



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ/SR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DEYSE MARIA SARAIVA ROCHA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INCIDENTE DA
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO EXTENSÃO DOS
EFEITOS SANCIONATÓRIOS POR ILCITUDES LICITATÓRIAS**

SANTA RITA – PB
2018

DEYSE MARIA SARAIVA ROCHA

A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO EXTENSÃO DOS EFEITOS SANCIONATÓRIOS POR ILICITUDES LICITATÓRIAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba, no campus de Santa Rita, como requisito para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Me. Alex Taveira dos Santos.

SANTA RITA – PB
2018

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

R672i Rocha, Deyse Maria Saraiva.

A (Im) possibilidade de aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica como extensão dos efeitos sancionatórios por ilicitudes licitatórias / Deyse Maria Saraiva Rocha. - João Pessoa, 2018.
60 f.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. 2. LICITAÇÕES PÚBLICAS. 3. FRAUDES. I. Título

UFPB/CCJ

DEYSE MARIA SARAIVA ROCHA

A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO EXTENSÃO DOS EFEITOS SANCIONATÓRIOS POR ILICITUDES LICITATÓRIAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba, no campus de Santa Rita, como requisito para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Me. Alex Taveira dos Santos.

Data da aprovação: ____ / ____ /2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Alex Taveira dos Santos - **Orientador**

Prof. Dr. Ronaldo Alencar dos Santos - **Examinador**

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho - **Examinador**

À Deus, por todo cuidado e fidelidade.

À minha mãe, por todo apoio, amor e confiança.

À minha flor, Vovó Nilda, por ser minha força viva.

AGRADECIMENTOS

À Deus, primeiramente, pelas promessas cumpridas, pela fidelidade e proteção ao longo do curso.

Os mais sinceros agradecimentos aos professores que marcaram minha trajetória ao longo da graduação, em especial: Valdredo de Andrade Aguiar Filho, Giscard Farias Agra, Rinaldo Mouzalas, Ronaldo Alencar, Pedro Ataíde, têm todo meu respeito e admiração.

Ao meu orientador, Professor Alex Taveira, pelo exemplo de profissionalismo, de ser humano, por tanto amor pela docência e pelo privilégio em ter sido aluna e orientanda.

Ao promotor Júlio Cesar de Lira Soares, por ter me recebido no Ministério Público, em Petrolina-PE no dia 12 de setembro de 2012, pelo conselho e motivação para acreditar que tudo é possível, é só estudar. Primeira vez que entrei em um órgão público, que conversei com um operador do Direito e a única vez que o vi. Mas a cada dia de estudo, lembro do caminho traçado e palavras ditas naquela oportunidade. Todo meu reconhecimento e gratidão por fazer a diferença em minha vida.

À minha mãe, mulher guerreira e virtuosa, que sempre esteve ao meu lado, ensinando que apesar de todas as dificuldades, o estudo é o que podemos ter de mais valioso.

À minha família, pelo carinho e auxílio nessa jornada.

Aos meus irmãos por dar sentido à minha vida.

Aos amigos Alex Andrade, Rafael Azevedo, Jessica Costa, Simone Barbosa, pelo apoio e companheirismo.

“O Direito não é uma simples ideia, é força viva”.

(Rudolf Von Ihering)

RESUMO

Esse trabalho objetiva analisar a impossibilidade ou possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em licitações públicas, como instrumento importante à coibição de ilicitudes, sem ferir o princípio da intranscendência da pena. O trabalho foi realizado sob o método dedutivo, utilizando-se de pesquisas bibliográficas, artigos científicos, decisões jurisprudenciais e dispositivos legais pertinentes à temática. Inicialmente, foi feita uma abordagem aos objetivos e normas principiológicas que fazem regras ao procedimento licitatório, cuja observância é inerente aos licitantes. A atuação de modo diverso enseja uma ilicitude, nascendo à Administração uma atuação a fim de coibi-los. A desconsideração da personalidade jurídica se mostra importante ferramenta na repressão e prevenção de fraudes, ao relativizar a autonomia da personalidade para penalizar os autores que abusam e sob ela se ocultam. Uma das consequências da desconsideração da personalidade jurídica é a restrição ao direito de licitar, o que deu azo a alguns autores a tratar como um novo tipo de sanção à pessoa jurídica, porém, entende-se que a restrição à pessoa jurídica é decorrência dos efeitos da penalização imposta aos sócios gestores. Desse modo, chega-se à conclusão de que a Administração pode desconsiderar a personalidade jurídica em matéria licitatória, vez que a natureza jurídica defendida é justificada pela diferença essencial entre a penalização aplicada e a extensão dos efeitos sancionatórios.

Palavras Chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Licitação. Extensão dos efeitos sancionatórios.

ABSTRACT

This work aims to analyze the impossibility or possibility of applying the disregard of legal personality in public bids, as an important instrument to the prohibition of unlawful acts, without hurting the principle of intranscendence of punishment. The work was carried out under the deductive method, using bibliographical research, scientific articles, jurisprudential decisions and legal provisions pertinent to the subject. Initially, an approach was taken to the principles and principles that make rules for the bidding procedure, the observance of which is inherent to bidders. Acting in a different way provokes an illegality, giving rise to the Administration an action in order to restrain them. The disregard of legal personality proves to be an important tool in the repression and prevention of fraud, by relativizing the autonomy of the personality to penalize perpetrators who abuse and conceal it. One of the consequences of disregarding the legal personality is the restriction to the right to bid, which has given rise to some authors to treat as a new type of sanction to the legal person, however, it is understood that the restriction to the legal person is due to the effects of the penalty imposed on managing partners. In this way, it is concluded that the Administration may disregard legal personality in relation to the bidding process, since the legal nature defended is justified by the essential difference between the penalty applied and the extent of the sanctioning effects.

Keywords: Disregard of legal personality. Bidding. Extension of sanctioning effects.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	13
2.1 PRINCÍPIOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO QUE REGRAM O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	16
2.1.1 Princípio da Supremacia do Interesse Público	19
2.1.2 Princípio da Legalidade	20
2.1.3 Princípio da Moralidade Jurídica	21
2.2 ILICITUDE ADMINISTRATIVA COMO AUTORIZADORA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	22
3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM LICITAÇÕES	29
3.1 DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM SI	29
3.2 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	33
3.3 EVOLUÇÃO NORMATIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO PÁTRIO.....	34
3.4 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM LICITAÇÕES PÚBLICAS	37
3.5 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA APÓS A LEI Nº 12.846/2013	44
3.6 POSICIONAMENTO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	49
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

A licitação é o procedimento utilizado pela Administração Pública para contratar bens e serviços, ressalvados as previsões legais, que tem como finalidade estatal a busca pelo supremo interesse público. No ordenamento pátrio, o procedimento está regulamentado expressamente na Lei nº 8.666/92, em vigor há 25 anos, a qual trás o conjunto de regras e princípios que são inerentes aos licitantes. Desse modo, a não observância a estes princípios já postos e consagrados constitucionalmente e administrativamente, seja por previsão legal ou construção jurisprudencial, constitui uma ilicitude administrativa.

Diante da ocorrência, a Administração tem o poder-dever de atuar a fim de coibir violações, vez que uma ilicitude compromete todos os interesses sociais interligadas ao certame. Nesse intuito, se instaura a necessidade de responsabilizar o autor da conduta lesiva, causada pelo particular licitante, no tocante ao uso e abuso da pessoa jurídica e as consequências que decorrerem desta. Para isso, torna-se indispensável a comprovação do abuso e fraude pela Administração Pública a fim de aplicar de modo justo, razoável e proporcional as consequências jurídicas em direito admitidas.

Nesse ímpeto, encontramos a possibilidade de aplicação da Teoria da desconsideração ou “*disregard of legal entity*” em licitações, com a finalidade de resguardar o interesse público envolvido, bem como de evitar novas fraudes, vez que a impunidade dá margem à interesses alheios da licitude e probidade exigidos - e esperados, tanto durante a realização do procedimento, quanto após a conclusão do certame.

Faz-se, então, uma abordagem acerca da sua origem no Direito comparado no século XIX bem como a evolução histórico-normativa que se deu no Brasil. No ordenamento pátrio, por sua vez, houve um amadurecimento através de alguns dispositivos a normatizaram ao longo do tempo, porém, só com a Lei anticorrupção¹ teve-se uma previsão material expressa com intuito preventivo contra atos lesivos à Administração Pública, considerada o fundamento para a desconsideração administrativa. À luz desta Lei, se analisa os desdobramentos quanto à possibilidade de extensão da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica prevista na Lei 12.846/93 à Lei 8.666/93, visto que a Lei anticorrupção não trata a desconsideração como sanção por atos lesivos à Administração Pública, tampouco interfere na suspensão ou impedimento de licitar como consequência de

¹ Lei nº 12.846 de 1 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. Brasília/ DF. Ago, 2013.

uma responsabilização por alguma fraude licitatório. A Lei de licitações, por sua vez, é completamente omissa quanto à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica.

Diante disso, confronta-se o argumento da impossibilidade de extensão de aplicação do instituto em licitações, pois apesar de haver uma lacuna legislativa na Lei nº 8.666/93, os princípios são suficientes para justificar sua aplicação.

Ainda, uma das consequências sentidas pela pessoa jurídica, é a restrição ao direito de licitar e contratar com o poder público, dando margem à alguns autores tratar a desconsideração como um novo tipo de sanção. Nesse sentido, tem importância ímpar abordarmos a relevância da natureza jurídica do instituto da *Disregard Doctrine*, diferenciando a aplicação de uma sanção e a extensão dos efeitos sancionatórios à outra empresa, a fim de preservar a probidade da licitação e, especialmente, em respeito ao princípio da não transcendência das penas administrativas. Assim, instala-se a problemática acerca da impossibilidade ou possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica.

Apesar do Tribunal de Contas e da Suprema corte já vir aplicando a desconsideração da personalidade jurídica em matéria licitatória, quando se trata da desconsideração expansiva, houve a dubiedade entre a deliberação do Tribunal de Contas e a decisão monocrática do Min. Celso de Melo, em sede de Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32494/DF. O Tribunal de Contas, após comprovação da íntima relação entre duas empresas com indícios que comprometam sua idoneidade, aplicou a desconsideração da personalidade jurídica expansiva, justificando a restrição nos moldes do art. 88, da Lei 8666/93. Outrossim, o Ministro considerou prudente uma discussão para o amadurecimento da matéria quanto à relativização da pessoa jurídica e a transcendência da sanção administrativa, motivo pelo qual deferiu a medida cautelar requerida e suspendeu os efeitos da decisão do Tribunal de Contas da União.

Ante o exposto, o objetivo desse trabalho é fazer uma análise acerca dos ilícitos administrativos que decorrem em fraudes em licitações, contextualizando-os com princípios norteadores do Direito Administrativo e a aplicação de penalidades para além da pessoa jurídica, de modo que reflita também à pessoa física atuante na contratação.

Dessa maneira, a problemática que surge acerca da possibilidade da desconsideração em licitações frente a entendimentos que a tratam como um novo tipo de sanção, refutando essa corrente, de modo a restrição ao direito de licitar decorrente da relativização da pessoa jurídica para atingir os sócios, são efeitos sofridos pela pessoa jurídica da sanção imposta aos sócios.

Abordando a suspensão e o impedimento ao direito de licitar, aponta que a atuação administrativa está para além do caráter punitivo da aplicação da sanção, mas sobretudo como medida protetiva e como instrumento para dar efetividade às sanções administrativas impostas, a fim de coibir futuros vícios de atos, seja em desconsideração típica, ou expansiva.

No que concerne à metodologia, o presente trabalho consiste em uma pesquisa essencialmente teórica, embasada em posicionamentos doutrinários, em livros, em artigos científicos, bem como a análise jurisprudencial e legislativa. Tem como propósito a construção de uma temática acerca da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em licitações, corroborando para a solução da mesma através dos delineamentos da não transação da pena, mas dos seus efeitos.

Nesse sentido, o primeiro capítulo traz uma conceitualização das licitações, fazendo uma análise em torno dos princípios diretamente relacionados às fraudes em licitações, sendo fundamental ao objeto do estudo. Destaca-se o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da legalidade, o princípio da moralidade administrativa que, por sua vez, representa o alicerce de todo o fundamento e deveria ser seguido pelas partes contratantes como um dever essencialmente ético. Inclusive, tais princípios dota a Administração Pública do dever de atuação a fim de reprimir e coibir violações em matéria licitatória, bem como responsabilizar os agentes infratores pelo descumprimento com má-fé de conduta, sob pena de prática improbidade administrativa.

Posteriormente, o segundo capítulo se ocupa em trazer à questão a personalidade jurídica, e a desconsideração desta, de modo típico e expansivo, assim como as teorias acerca da aplicação do incidente e da autonomia jurídica, que dota a pessoa jurídica de autonomia. A personificação, inclusive, atua como instrumento para alcançar finalidades a qual ela se propõe. O desvio da sua finalidade para alcançar condutas tidas como irregulares e devidamente comprovadas, compromete a idoneidade da empresa.

Nesse ímpeto, surge a relativização da personalidade em licitações públicas, especialmente após a Lei anticorrupção, colocando em questão a natureza jurídica desta como condicionante para a possibilidade de desconsideração.

Por fim, o entendimento apontado nesse estudo acerca da natureza jurídica não se trata de penalizar a pessoa jurídica e a pena a ser aplicada também aos sócios, de modo que é feita uma abordagem entre a diferença da extensão dos efeitos da sanção a fim de preservar a probidade da licitação de modo que não confronte o princípio da não transcendência das penas administrativas, contrário ao posicionamento monocrático da concessão da medida liminar do Mandado de Segurança n. 32494/13.

2 LICITAÇÕES PÚBLICAS

Para entendermos a base normativa que rege o instituto das licitações públicas, faz-se necessário uma conceitualização acerca desse procedimento, elencando os princípios basilares de todo modo de agir da Administração pública e os que fundamentam a institucionalização das licitações, consoante a pertinência temática da desconsideração da personalidade jurídica.

Percorrendo o tema, percebemos que a não observância desses princípios configura um ato viciado, e um ato eivado de vício enseja em uma ilicitude, cabendo à Administração atuar a fim de aplicar as devidas consequências jurídicas, as quais veremos ao longo da construção lógica desse trabalho.

Llicitação, portanto, é um procedimento prévio e necessário à celebração de contratos com a Administração Pública. Tem a ideia de alcançar, através de uma competição justa entre os entes licitantes, a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, diante da necessidade de melhor aproveitamento dos vultosos recursos públicos envolvidos nos contratos que por ela virão a ser celebrados após o procedimento.

Esse ambiente de ampla concorrência entre os potenciais candidatos foi a principal razão de existência da “Concorrência pública”, nome atribuído inicialmente para dar ideia de concurso público no tocante à participação em chamamento público. No entanto, apenas alguns poderiam concorrer e fazer lances em vendas judiciais, fato que ensejou a mudança do nome para “Llicitação”. Etimologicamente, Fernando Moreno Machado *apud* Cretella Júnior, em sua dissertação de mestrado, escreve que a origem da palavra licitação é derivada do latim *licitationem* - Acusativo de *licitatio*, que significa venda por lances. Afirma ainda, que pela origem gramatical, licitação consiste na ação de licitar que significa oferecer preço por uma coisa vendida em hasta pública (MACHADO, 2014, p. 6).

Atualmente o termo usado remete à ideia de disputar, concorrerem entre si quando participam do certame público que vai regular previamente às contratações com a Administração Pública, ressalvadas os casos previstos em lei. Sobre o assunto, escreve o autor José dos Santos Carvalho Filho, com os seguintes dizeres: “Llicitação é óbvio, não poderia exaurir-se com instantaneidade. Ao revés, é necessária uma sequência de atividades da Administração e dos interessados, devidamente formalizadas, para que se chegue ao objetivo desejado” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 243).

Essa série coerente de atos legalmente distribuídos, culmina na celebração do contrato, segundo doutrina do autor Matheus Carvalho, complementada com citação do jurista Marçal Justen Filho (2011), que à vista desse procedimento, também conceitua o instituto:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos da seleção da proposta da contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão de competência específica (CARVALHO, 2018, p. 441).

Por tratar-se de tema importante para a Administração Pública dado seu caráter essencial ao procedimento e, consequentemente, à celebração do contrato, provém abordar a obrigação de licitar nos casos não excetuados em previsão legal. Nesse ínterim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI, impõe como regra o dever de licitar, com ressalva aos casos especificados em lei, envolvendo ainda os contratos de concessão e permissão de serviço público, assegurados no bojo do art. 175 da Carta Magna, que é justificada pela importância do bem jurídico envolvido nas contratações.

Essa obrigatoriedade se encontra estampada no primeiro artigo da Lei especial de Licitações Públicas, Lei nº 8.666/93, a qual abrange vinculação a todos os entes da Administração Pública Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), indireta (autarquias e fundações públicas, Sociedades de economia mista e Empresas Públicas, sejam elas prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica). Não obstante, as demais entidades que sejam subvencionadas ou mantidas pelo poder público, bem como as de Fundo especial que, em regra, representam destinação de verbas, também se enquadram nas hipóteses do artigo supramencionado. *In litteris*:

Art. 37, XXI, CF/88: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Diante de uma necessidade de realizar obras, contratar serviço, promover alienações, a regra é a obrigatoriedade de licitar, conforme dispositivo constitucional que é regulamentado pela lei nº 8.666/93. Ainda, a Carta da República dá atribuição ao Poder público de licitar quando se tratar de concessão ou permissão de serviço público, conforme o Art. 175. Vejamos:

Art. 175: Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos (BRASIL, 1988).

Insta salientar que o referido inciso é regulamentado pela Lei nº 8.987/95, mas tem na Lei de licitações a aplicação em caráter subsidiário. Nesse ínterim, tais previsões constitucionais estão, também, estampadas no art. 1º da Lei nº 8.666/93, averbando:

Art. 1º: Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (BRASIL, 1993).

Ademais, para além da obrigatoriedade, incluem-se aos atos que formam a licitação, as regras que regem o certame público. Nesse sentido, os licitantes são vinculados de modo especial por meio de um edital - ato administrativo que traz em seu conteúdo toda ciência das regras e condutas esperadas, bem como as que devem ser seguidas, considerado por alguns autores como “lei” interna da licitação. No entanto, vale pontuar que não se trata de lei, mas de ato administrativo que faz lei entre os licitantes (CARVALHO, 2018, p. 444-445).

Essa vinculação ao instrumento convocatório, princípio licitatório expresso, estabelece o primeiro ato de regulamentação à proteção do certame, vez que há uma limitação dos atos que possam ser praticados, seja por parte do poder público, seja pela comissão de licitações e durante a execução de suas atividades ou ainda pelo particular licitante, no momento em que as regras se tornam de cumprimento imperativo. Nesse aspecto, aduz Matheus Carvalho com os seguintes dizeres:

A Administração Pública possui tarefa árdua e complexa de manter o equilíbrio social e gerir a máquina pública, composta por seus órgãos e agentes. Por esta razão, não poderia a lei deixar a critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque essa liberdade daria margem a escolhas impróprias e escusas, desvirtuadas do interesse coletivo (CARVALHO, 2018, p. 441).

Desse modo, pode-se considerar o edital (ou carta convite, para licitações na modalidade convite), como um instrumento utilizado pelo legislador para regulamentar e manter a lisura e probidade do procedimento, verificadas através da higidez e pormenorização das regras pré-estabelecidas, passando a representar efetivo filtro às relações jurídicas daqueles que não ostentam condições, segundo a Administração e, assim, evitar a prática de

irregularidades lesivas ao interesse público vez que havendo vício na licitação, haverá também em momento posterior, um vício no contrato (MACHADO, 2014, p. 115).

Ademais, as medidas que devem ser adotadas ao longo de todo o procedimento, tem como finalidades específicas: a busca pela proposta mais vantajosa, reflexo da indisponibilidade do interesse público; a garantia da isonomia, a qual em conjunto com a imparcialidade se fazem basilares da conjuntura dos atos administrativos; e a garantia do Desenvolvimento Nacional Sustentável – que após advento da Lei 12.349/10, acrescentou ao art. 3º da Lei 8.666/93 status de princípio constitucional. *In verbis*:

Art. 3º: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da imparcialidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (BRASIL, 1993).

Essas e outras normas e princípios são regulamentados pela Lei especial, em vigor há 25 anos, a qual institui normas para licitações e contratos com a Administração Pública. Dentre suas regras, merecem destaque os princípios que regem o Direito Administrativo, bem como aos específicos do certame público.

Enfim, tem-se a reflexão sobre o enrijecimento do dever de obediência a eles, traduzindo na seriedade com que deve ser tratado o certame licitatório, sob pena de consequências jurídicas desfavoráveis, de aplicação indisponível pela Administração Pública.

2.1 PRINCÍPIOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO QUE REGRAM O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Na Constituição de 1891, o Estado que tinha suas liberdades baseadas na autonomia da vontade, marcado pela legalidade restrita da Administração fazer tudo o que a lei não proibia, e consequentemente, as atividades visavam apenas a mera execução de atividades direcionadas a coletividade, como justiça, segurança.

Após a Constituição de 1934, passou-se a exigir do Estado medidas para além da mera execução dessas atividades, mas que constituíssem um novo Estado Social de Direito - *Welfare-State*, com objetivo no interesse público. Com isso, “O Estado deixa a sua posição de

guardião da ordem pública e passa a atuar no campo da saúde, higiene, educação, economia, assistência e previdência social” (DI PIETRO, 2018, p. 27).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por sua vez, estabeleceu princípios próprios do Estado Democrático de Direito, que desde o seu preâmbulo reafirma o objetivo de se instituir esse Estado mais atuante, colocando o bem-estar e a justiça como valores supremos da sociedade. Vejamos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

A partir de então, os princípios do Estado Democrático de Direito se tornaram basilares que orientam toda a gestão pública, em um Estado não mais marcado pelo individualismo, mas sim, pela busca do Bem-Estar Social. Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz:

A constitucionalização dos princípios da Administração conferiu ao Poder Judiciário e aos demais órgãos de controle a possibilidade de examinar aspectos do ato antes vedados ao Poder Judiciário. Princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, dentre outros previstos no ordenamento jurídico, são utilizados no controle de atos administrativos, dentro da ideia, já referida, de que a Administração Pública deve obediência não só à lei, mas ao Direito (DI PIETRO, 2018, p.41).

Sendo assim, para que haja uma atuação em resultado benéfico à coletividade, deve-se atentar para a obediência dos princípios como normas imperativas, que embasam, também, o controle de atos pelo poder público. Vale dizer, ainda, que à Administração é dado o poder-dever de atuação quando se defrontam com atos que vão de encontro ao interesse público, e como resposta ao ato irregular, em uma relação de causa (defrontar princípios) e consequência (medidas que devem ser tomadas para coibir tais violações).

Diante da importância ímpar dos princípios, prestígio este conferido especialmente após a Carta Constitucional de 1988, torna-se imprescindível ao estudo do presente trabalho, a análise mais aprofundada deles. Inicialmente, ao analisar sua aplicação, a doutrina reconhece

como sendo os de menção expressa e os implícitos. Os princípios expressos são aqueles mencionados na Lei ou Constituição de modo expresso, que nos dizeres do autor José dos Santos Carvalho Filho, expressa:

A Constituição vigente, ao contrário das anteriores, dedicou um capítulo à Administração Pública (Capítulo VII do Título III) e, no art. 37, deixou expressos os princípios a serem observados por todas as pessoas administrativas de qualquer dos entes federativos. Convencionamos denominá-los de princípios expressos exatamente pela menção constitucional. Revelam eles as diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles (CARVALHO FILHO, 2018, p. 29).

Os princípios implícitos, por sua vez, chamados pelo mesmo autor de “princípios reconhecidos”, são admitidos a partir da interpretação do ordenamento jurídico, que os conceitua:

Além dos princípios expressos, a Administração Pública ainda se orienta por outras diretrizes que também se incluem em sua principiologia, e que por isso são da mesma relevância que aqueles. Doutrina e jurisprudência usualmente a elas se referem, o que revela a sua aceitação geral como regras de proceder da Administração. É por esse motivo que os denominamos de princípios reconhecidos, para acentuar exatamente essa aceitação (CARVALHO FILHO, 2018, p. 37).

Todos os princípios aplicáveis à atuação do Estado, que recebe nome de Regime Jurídico Administrativo, devem ser observados e aplicados na realização de licitações públicas. É cediço que os princípios têm importância ímpar, visto ser o Direito Administrativo, por origem, ter elaboração não codificada, estes se tornam essenciais ao equilíbrio e eficiência dos atos, junto a outros gerais e específicos.

Apesar das licitações públicas ter lei própria, sendo a União privativamente competente para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos, em consoante disposição do art. 22, XXVII da CRFB/88, os princípios são norteadores e indispensáveis à atuação e execução de serviços público, de modo que a contrariedade a eles caracterizaria vício. Nesse sentido, o professor Matheus Carvalho aborda acerca da sua importância “(...) porque eles são postulados que inspiram o modo de agir de toda Administração Pública, trazendo dinamismo ao sistema. Eles representam a conduta do Estado no exercício de suas atividades essenciais.” (CARVALHO, 2018, p.59).

Posto isso, importante a análise dos mais pertinentes ao trabalho.

2.1.1 Princípio da Supremacia do Interesse Público

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado representa um dos pilares que justifica toda função e atividade administrativa, com a ideia de que o interesse público é supremo e que deve ser priorizado em detrimento dos interesses particulares, seja na elaboração de leis ou na execução das atividades. Assim, o indivíduo é parte integrante da sociedade, não podendo seus interesses e direitos serem sobrepostos aos interesses e direitos sociais. Nesse diapasão, autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro escreve:

Esse princípio está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação (DI PIETRO, 2018, p. 99).

Logo, o objetivo da Administração deve ser o interesse público, do mesmo modo em que deve se pautar a atuação do administrador, a fim de não ferir o Direito. Sob esse prisma, Matheus Carvalho expressa que “a atuação do administrador não visa ao interesse do indivíduo, mas do grupo social em sua totalidade e, se assim não ocorrer, a conduta estatal sofrerá desvio de finalidade, o que não está amparado pelo Direito” (CARVALHO, 2018, p. 62). A violação ao princípio da supremacia do interesse público está expressamente positivada no artigo 2º da Lei que regulamenta o processo administrativo disciplinar, Lei nº. 9.784/99, com a exigência trazida no parágrafo único, inciso II, Vejamos:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único[...] - II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; [...] (BRASIL, 1999).

Conforme o exposto, qualquer ato que viole o princípio supracitado vai de encontro ao objeto de atuação da Administração Pública, assim como ocorre quando há uma fraude em licitações públicas ou nos contratos dela decorrentes. Nessa matéria, sabemos que o interesse público é violado quando ocorre alguma fraude, inclusive por envolver vultosos recursos públicos. Por isso, a violação a este e demais princípios que serão analisados no decorrer deste

trabalho devem ser prioritariamente repelidos pelo Poder público, de forma que uma atuação (ou omissão) de modo contrário, ensejará improbidade e resultará em má administração.

2.1.2 Princípio da Legalidade

O princípio expresso da Legalidade permite à Administração Pública que ela só faça o que a lei permite, sendo, princípio inerente ao Estado Democrático de Direito. No tocante à sua importância, aponta José dos Santos Carvalho Filho:

O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 30).

A importância de tal princípio em licitações públicas se constitui por ser um procedimento inteiramente vinculado aos ditames das normas que estão regradas na Lei nº 8.666/93, ainda que sua observância seja de modo originário ou subsidiário. Vale ressaltar que em licitações é perceptível uma intenção do legislador em proteger o procedimento através de normas e regras pormenorizadas e previamente postas, a qual é verificada com a vinculação ao instrumento convocatório, obrigatoriedade de licitar, e ao conjunto de princípios postos, por exemplo. O ilustríssimo Marçal Justen Filho aduz, ainda, que “tipificar legislativamente a ilicitude e sua sanção, equivale a atribuir ao particular a possibilidade de escolha entre o lícito e o ilícito” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 813).

Atenta-se para o fato de que toda contratação que houver com o poder público deve ser executada dentro do que a lei determina como regular, caracterizando inclusive como um pressuposto de condição de validade. Quando há um descumprimento a algum princípio ou norma, ou ainda, uma burla à sanção imposta, tem-se violado a Legalidade do ato, viciando-o e consequentemente, tornando-o ilícito.

Com isso, salienta-se ao fato de que a obediência à legalidade vai além da mera obediência ao sentido formal da lei, pois ele se vincula ao ideal de Direito, como um instrumento de Justiça, vez que o princípio da legalidade abrange não só a lei, mas também outros princípios e valores (DI PIETRO, 2018). Devendo, portanto, ser concebido a observância à Legalidade no Direito Administrativo sancionador, abrangendo sua análise para o microssistema principiológico. Assim, se torna imprescindível a obediência à previsão legal

somado à ao modo atuante de boa-fé de conduta dos participantes das relações. Passemos a abordá-la.

2.1.3 Princípio da Moralidade Jurídica

A Administração Pública e quem dela pretender ter relação, tem por excelência dever de probidade diante dos interesses envolvidos, ou seja, atuação conforme padrões de boa-fé de conduta jurídica. Sobre esse princípio direutivo, aponta Alexandre de Moraes:

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública (MORAES, 2018, p. 355).

No âmbito das licitações públicas, representa um princípio indispensável a todos os entes que integram a Administração Pública direta e indireta, bem como os licitantes concorrentes, que devem obedecer a moralidade, pautando-se na razoabilidade e, sobretudo, resultando em uma atuação honesta, vez que se refere ao trato com a coisa pública. Com efeito, a 2^a Turma do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Recurso Extraordinário nº 160.381/SP, com relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, atesta a importância dos princípios, sejam expressos ou implícitos no ordenamento pátrio. Vejamos:

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da Constituição Federal). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina Jesus Gonzales Perez ‘el hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter’ (El principio de buena fe en el derecho administrativo. Madri, 1983. p. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser honesto e probó, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César. (STF, 1994, on-line)

Ante o exposto, percebemos que os princípios são norteadores e inerentes à atuação e execução de serviços públicos, sem haver qualquer força hierárquica entre eles, estão em patamar de igualdade, de modo que a contrariedade a eles caracteriza algum vício nos mesmos efeitos de uma violação a uma norma legal. Em licitações, especialmente, havendo algum vício, restará viciado também o contrato e todos os atos que da licitação dependam, comprometendo não somente o certame, mas a eficiência da contratação, vez que esta tem relação direta com a integridade do certame desde a sua origem, bem como à satisfação de interesses coletivos de modo integral.

2.2 ILICITUDE ADMINISTRATIVA COMO AUTORIZADORA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

É cediço que as licitações representam importante papel no objetivo de zelo pela coisa pública, dados através das regras e princípios constitucionais, administrativos e específicos da licitação o qual estão postos e que devem ser obedecidos e tutelados, ante a impossibilidade de dispor do Interesse Público. Nesse aspecto, o autor Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a gravidade de violação aos princípios, escreve:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contuméia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada (MELLO, 2010, p. 959).

Percebe-se, portanto, que as leis e princípios que regem o procedimento tem força de comandos, limitam a discricionariedade dos licitantes em detrimento da melhor contratação para o interesse público. No entanto, quando há alguma violação das normas e princípios, há um vício do ato decorrente da má-fé de conduta. Sabemos que o ato, quando eivado de vício no procedimento, resulta em uma ilicitude (DI PIETRO, 2018, p. 266).

Sobre tais normas, o autor Matheus Carvalho descreve a manifestação do ordenamento jurídico por meio de “normas de conduta impositivas, criadas por um Estado politicamente

organizado, tendente a realizar a busca pela justiça e, principalmente, com a função de alcançar a paz social” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 35).

O mesmo autor cita o ilustre Marçal Justen Filho (2011), escrevendo que “num Estado de Direito devem prevalecer as normas jurídicas e abstratas ao invés da vontade do governante (CARVALHO FILHO, 2017, p. 31). Assim, depreende-se que ordenamento jurídico brasileiro estabelece normas em caráter antecedente de modo que o descumprimento dessas normas imperativas dá ensejo ao instituto da ilicitude jurídica administrativa, no mesmo sentido em que Márcio Pestana prescreve:

A partir do binômio lesão-sanção (em uma nítida composição antecedente-consequente), uma vez ocorrido o ato lesivo, por descumprimento à norma legal, deverá ser necessariamente aplicada a sanção ao caso concreto, apenando-se o infrator ou responsável, com os consectários previstos em lei (PESTANA, 2016, p. 38).

É perceptível essa ocorrência ao analisarmos o Direito Administrativo, especialmente nas licitações públicas, de tal forma que as normas estabelecidas pelos princípios fundamentais são normas de caráter obrigatório para uma licitação proba. Consoante a esses moldes, a decisão monocrática exarada em juízo de deliberação no Mandado de Segurança nº 32494/DF, com relatoria do Ministro Celso de Melo, que:

O licitante de má-fé, por isso mesmo, deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação das entidades estatais e de seus órgãos de controle, que não podem tolerar o abuso de direito e a fraude como práticas descaracterizadoras da essência ética do processo licitatório (STF, 2013).

Se houver a caracterização de um ilícito administrativo, ante a desobediência dos princípios e comprovada a lesão à Administração Pública, são impostas penalidades a fim de coibir a intenção fraudulento, de modo que o objetivo da sanção não representa somente a punibilidade, mas também, o caráter preventivo da pretensão ilícita.

Tal fato surge dà ao Poder Público o poder-dever de atuar almejando a repressão e coibição dos ilícitos comprovados, vez que presente um vício que frustre o objeto licitatório, a Administração Pública não pode manter-se inerte, pois tal omissão fere a moralidade administrativa, bem como restaria ausente a indisponibilidade do interesse público. Inclusive, sabemos que quando há improbidade, há o resultado de uma má qualidade da administração da coisa pública, a qual tem o povo como titular, e o administrador como gestor.

Nesse ínterim, quando uma pessoa jurídica frustra a probidade da licitação, desobedecendo a princípios regentes do certame, a Administração deve agir a fim de evitar que interesses alheios ao interesse público se sobressaiam, e, assim, coibir uma sequência de abusos de direito e fraudes. As regras de licitação condicionam inclusive a formação e execução de contratos particulares com a Administração Pública.

Insta salientar o reconhecimento doutrinário acerca das formas de contratos administrativos e contratos da administração. Segundo a doutrina do professor Matheus Carvalho, descreve que o primeiro, é espécie dos contratos celebrados pela administração pública, sob regime de direito público, em sentido estrito, de modo que os contratos celebrados pela administração, permitem que sejam regidos pelo regime de direito público quanto pelo direito privado, sujeitos ao controle pelo Tribunal de Contas.

Escreve o mesmo autor que “Os contratos da administração, ainda que privados, devem respeitar as regras de licitação. [...] Ademais, esses contratos são celebrados com a finalidade de atingir o interesse público” (CARVALHO, 2018, pág. 538). Assim, presentes as frustrações ao procedimento em comento, o ordenamento prevê no art. 87 da Lei 8.666/93, as devidas penalidades. *In verbis*:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - Advertência;

II - Multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado resarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior (BRASIL, 1993).

Inicialmente, deve ser precedido de regular procedimento administrativo para apurar a responsabilidade e aplicar as devidas sanções. As penas de advertência e de multa são as mais leves, as quais são previstas no instrumento convocatório. As penas de suspensão temporária para participar de licitação, é uma sanção que tem efeitos limitados ao período máximo de 2 anos, e abrange apenas o ente federativo que aplicou a penalidade, incluindo todas as entidades a ela pertencentes, da Administração direta ou indireta (CARVALHO, 2017, pág. 554).

Por sua vez, a pena considerada mais grave é a prevista no inciso IV, a declaração de inidoneidade para licitar com a Administração Pública, pois o impedimento atinge todos os entes da Administração Pública até que perdure os efeitos da sanção ou até que seja reabilitada.

Tal sanção restringe o direito de participar do chamamento público, ainda que temporariamente, diferenciando da penalidade suspensiva segundo a proporcionalidade e razoabilidade para com o ato infrator. Sobre esse aspecto, sustenta Fernando Moreno Machado que a diferença entre a suspensão e declaração de inidoneidade se dá pela expressão literal do texto, a qual:

Pelo fato de a redação do normativo utilizar, deliberadamente, a expressão Administração e não ‘Administração Pública’ cuja concepção, para fins da Lei de licitações, encontra-se no art. 6º, XI, parte da doutrina entende que se âmbito de abrangência deveria ser o da ‘jurisdição administrativa’ da autoridade que aplicou a penalidade (MACHADO, 2014, p. 70).

O mesmo autor segue afirmando que a declaração de inidoneidade, por seu turno, abrange a ‘Administração pública’ na acepção do art. 6º, XI, incluindo todas as unidades e órgãos do estado nacional. (MACHADO, 2014, p 70). Vejamos a literalidade citada, na Lei 8.666:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: [...]

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente (BRASIL, 1993).

Apesar de não ser objeto desse estudo, considera-se importante destacar que há discussão doutrinária que recorre à hermenêutica jurídica para uma aplicação mais justa e lógica baseada na descentralização, conforme explicação da ementa exposta:

É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública².

Quanto aos entendimentos dos efeitos causados à Administração Pública entre as duas sanções mais gravosas, convergimos com o entendimento exposto de que deve prevalecer o sentido literal de que a declaração de inidoneidade é mais grave do que a suspensão para poder licitar, visto haver uma discussão, conforme ementa exposta.

Nesse diapasão, aduz Matheus Carvalho: “As punições serão aplicadas em consonância ao princípio da proporcionalidade, não sendo admitida a aplicação da penalidade mais intensa ou mais extensa do que o necessário a sancionar a infração praticada.” (CARVALHO, 2018, p. 554).

Após os apontamentos apresentados, a estrição ao direito de participar de chamamentos públicos devido a suspensão ou impedimento e seus desdobramentos que objetivam o estudo do presente trabalho para a análise da natureza jurídica dos efeitos dessa restrição, quando decorrentes da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

No entanto, torna-se relevante tecer alguns comentários quanto às sanções previstas na Lei nº 8.666/93. De início, o art. 87 da Lei 8666/93 trata das sanções pela inexecução do contrato também podem ser aplicadas, caso tenham praticado ilícitos a fim de frustrar os objetivos do chamamento público. No entanto, quando restar demonstrada inidoneidade para contratar, conforme vemos no art. 88 da mesma Lei, é possível aplicar a suspensão ou declaração de inidoneidade licitatória. *In litteris*:

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

- I - Tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;
- II - Tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;
- III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados (BRASIL, 1993).

Não obstante, a suspensão e impedimento previstos no art. 87, não são aplicados somente quando o contrato já está em execução, mas a qualquer tempo em que a pessoa

² REsp 151567 / RJ - SEGUNDA TURMA - STJ - Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. Publicação: DJ 14/04/2003 p. 208.

jurídica não possuir idoneidade. Ademais, importa salientar que as penas são aplicadas após o devido processo legal, percorrendo por inteiro o processo administrativo de responsabilização, com a produção de todos os meios de provas em direito admitidos, de modo que não reste dúvidas quanto à aplicação da sanção à medida de sua gravidade. Nessa esteira, o autor Antônio Cecílio Moreira Pires manifesta o seguinte apontamento:

Assim, ainda que o agir da Administração em sancionar o licitante ou contratado tenha sido legítimo, ainda que a sanção esteja em consonância com a lei formal, o nosso ordenamento jurídico exige muito mais que a mera legalidade do ato, exige-se, pois, legitimidade, eficácia. Há que se questionar quais os condicionantes para se atingir a legitimidade e a eficácia na aplicação das penas previstas nas leis de regência das licitações quando verificado abuso da pessoa jurídica? A nosso ver, tal questionamento encontra-se indene de dúvidas. A resposta há de ser solvida pelo Direito, mais especificamente mediante a conjugação de princípios. Logo, a sanção administrativa imposta à empresa, cujos sócios venham a se constituir em outra pessoa jurídica, e continuem a participar de licitações, exige da Administração providências no sentido de lançar mão da desconsideração da personalidade jurídica, como modo de conferir legitimidade à sanção perpetrada. Dito isso, uma vez verificada a incidência de um dos pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica – fraude, desvio de finalidade ou confusão patrimonial – cabe à Administração agir. (PIRES, 2014, p. 135-136).

Diante disso, a penalização imposta é um instrumento para sanar as ilícitudes que ocorrerem ao longo do certame, sendo aplicada após a comprovação de ato lesivo à administração pública. Outrossim, inclui entre as possibilidades de ilicitude, a desobediência à penalidade já imposta, a tentativa de burlar o regime jurídico administrativo punitivo. Fato que acontece quando os administradores de empresa suspensa de licitar ou declarada inidônea, constitui nova pessoa jurídica, a utilizando para se ocultar enquanto mantém os interesses fraudulentos. A peculiaridade da penalização à pessoa desses sócios, é um instrumento para coibir essa prática.

Com efeito, havendo o intuito precípua de burlar a sanção imposta, não há violação somente ao princípio da legalidade, posto que viola especialmente a moralidade jurídica e ato atentatório ao interesse público. É mister e necessária uma ação estatal para além do campo teórico, com uma atuação mais presente, eficaz e eficiente, com vistas a impedir que se frustre o propósito da aplicação da sanção.

Nessa esteira, torna-se massivo ressaltar que o objetivo da penalização vai além da mera punição pela desobediência às normas impostas, de modo que se assim fosse, os interesses públicos estariam desvirtuados.

Diante de toda a exposição introdutória nos entornos da licitação pública relevantes para o estudo, passa-se a uma análise mais detalhada acerca da aplicação da teoria da Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito Administrativo, de essencial importância ao estudo do presente trabalho.

3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM LICITAÇÕES

Para uma análise mais detalhada acerca da aplicação da teoria da Desconsideração da personalidade jurídica em Licitações, típica e especialmente a expansiva, e para adentrarmos no objeto do estudo, é primordial uma abordagem acerca da personalidade jurídica em si.

A *posteriori*, o amadurecimento normativo e a possibilidade da transladar os efeitos sancionatórios à outra empresa constituída pelos mesmos sócios, com a finalidade coibir fraudes nas contratações públicas e resguardar o interesse público através do instituto a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do impedimento indireto.

Percorrendo o tema, veremos a desconsideração administrativa trazida com a Lei anticorrupção, bem como o questionamento acerca da possibilidade de estender a previsão normativa da Lei 12.846/13 à lei 8.666/93. Finalmente, a análise acerca da natureza jurídica sancionatória ou declaratória, a qual define a possibilidade da aplicação a desconsideração em matéria licitatória, objeto desse estudo.

3.1 DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM SI

A personalidade jurídica é um atributo que confere direitos e deveres às pessoas naturais que se juntam para constituir associações ou sociedades, com início no ato constitutivo no respectivo registro, conforme está previsto no art. 45 do Código Civil de 2002. (BRASIL, 2002).

O autor Gilberto Gomes Bruschi, em referência à citação de Rachel Sztajn (1992) define a pessoa jurídica como a “Organização de pessoas naturais com interesse comum ou de massa de bens dirigidos à realização de interesses comuns ou coletivos aos quais a ordem jurídica reconhece como sujeitos de direito” (BRUSCHI, apud SZTAJN 2009, p. 6). Um dos principais atributos adquiridos com a personalidade jurídica é a autonomia subjetiva a ela conferida no ato de constituição, passando a ser titular de direito e obrigações.

Acerca dessa autonomia, doutrinariamente já foi defendido a Teoria da ficção e a Teoria da realidade. A primeira, amparada por Savigny, defendia que unicamente o homem era dotado de direitos e obrigações, ao passo que para além da pessoa física, a titularidade de direitos e obrigações figurava tão somente de modo fictício. No mesmo entendimento, Rolf Madaleno atesta:

Já foi considerado por Savigny que a personalidade da pessoa jurídica decorre de uma ficção da lei, porque ela seria um ser que, na realidade, não existe, entendendo Ihering tratar-se a pessoa jurídica apenas de um recurso técnico, porquanto seus verdadeiros protagonistas são pessoas físicas ocultas sob o manto da personalidade jurídica. Entremes, a pessoa jurídica é detentora de uma realidade existencial, que não é física, mas é jurídica, e sua personalidade jurídica não é uma ficção, mas uma investidura atribuída pelo Estado, com o intuito de atingir determinados fins (MADALENO, 2013, p. 23).

Os autores Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, trazem em sua obra argumento no mesmo sentido, com os seguintes dizeres:

[...] em Savigny, é de particular importância o destaque dado aos pressupostos normativos para o reconhecimento da personalidade jurídica. Como a capacidade patrimonial era o dado mais importante, a pessoa jurídica permanecia uma ficção do direito, incapaz de gerar uma vontade própria. (COMPARATO, 2014).

De outro lado, a Teoria realista (originária por Gierke), reconhece a personalidade jurídica como uma consequência das necessidades sociais, e não uma criação, conforme Fernando Moreno Machado, em sua tese de dissertação de mestrado para Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, à vista disso, aduz:

[...] pelo fato de entender que a personalidade jurídica deve ser reconhecida pelo ordenamento não como uma consequência da criação humana, mas como resposta à necessidade de se tutelar uma realidade fática preexistente e decorrente da necessidade social de assim se organizar, por meio da união de pessoas ou patrimônio para a realização de determinadas atividades. (MACHADO, 2014, p. 101).

Com seguimento, o mesmo autor comenta que o Código Civil de 2002 adotou essa teoria, pois é disposto no art. 45, que o ato da inscrição no respectivo registro, apenas atesta uma situação já existente e a constitui como pessoa jurídica. A partir de sua criação, os efeitos da personificação giram em torno da autonomia adquirida, invalidando a previsão do art. 20 do Código de Civil de 1916, a qual estabelecia que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros (BRASIL, 1916). Ainda nesse ponto, Thereza Nahas destaca que:

A autonomia patrimonial é, assim, uma das mais importantes consequências da personalização, permitindo que sócios e administradores sejam considerados, em suas relações com a sociedade e com terceiros, como

pessoas estranhas, a ponto de isentá-los de responsabilidades sociais. Portanto, o abuso no manejo das pessoas jurídicas por seus sócios ou administradores traz a possibilidade de se responsabilizar pessoalmente seus dirigentes, penetrando-se, desconsiderando-se, ou, simplesmente, levantando o véu da pessoa jurídica, a fim de atingir-lhes, uma vez que somente se sacrifica um bem jurídico por outro desde que este possa trazer maiores benefícios, fundamento esse da própria personalização legal (NAHAS, 2007. p. 25).

Neste azo, devemos ter como um especial atributo, também, a autonomia patrimonial, que não permite confundir o patrimônio da sociedade com o patrimônio dos sócios administradores; que, juntamente à autonomia subjetiva, deve ser usada com finalidade proba.

Antônio Cecílio Moreira Pires disserta em consoante maneira:

Impende considerar, ainda, que a personalização da pessoa jurídica é de caráter instrumental, tendo por objetivo alcançar as finalidades a que ela se propõe e que, necessariamente, devem ser lícitos e em consonância com a ordem jurídica em vigor. Doutra parte, caso a sociedade seja utilizada em desconformidade com os seus objetivos legais, impossível será invocar a questão da autonomia patrimonial, surgindo, assim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (PIRES, 2014, p. 112).

Quando a finalidade da pessoa jurídica personificada não é atendida por ter sido usada de modo alheio à finalidade originária, se configura o abuso da pessoa jurídica. Da mesma forma acontece com as empresas licitantes que concorrem no intuito de sagrar-se vencedora do procedimento e contratar com o poder público, se desvirtuam do interesse público, e passam a utilizá-la com má-fé para conseguir interesses alheios, cometendo fraudes e ilícitos para sagra-se vencedora ou burlar impedimento decorrente de sanção. No estudo, o argumento do autor Márcio Pestana é fiel ao posicionamento do presente trabalho:

No abuso de direito o administrado, titular de determinado direito subjetivo, o utiliza não para obter o bem da vida que seria protegido pelo ordenamento, caso tal exercício se desse com boa-fé, em obsequio à finalidade abrangida pela norma asseguratória do aludido direito, mas, sim, com o propósito deliberado de prejudicar terceiros, iludindo-os, enganando-os, no caso, tendo como vítima inocente a Administração Pública e, as últimas, o próprio Estado, nele naturalmente compreendido o Poder Judiciário. É o que se passa com a constituição de uma sociedade por uma pessoa jurídica para que, por intermédio dessa nova pessoa jurídica em conjunto com a controladora, participe de uma licitação, com isso aumentando, probabilisticamente, a competitividade e a possibilidade de vitória do respectivo certame. Ora, a constituição de uma sociedade controlada, por si só, é um ato lícito autorizado pelo ordenamento jurídico. Contudo, utilizá-la com o propósito

de enganar terceiros (no ponto, a Administração Pública), mantendo-a nesse estado de aparente inocência, ludibriando-a e estabelecendo competitividade artificial entre ambas as empresas, com esse expediente materializa-se inquestionável ilicitude licitatória (PESTANA, 2016, p. 35).

Nesses moldes, insta relembrar que o licitante quando participa da competição e se sujeita às condições preestabelecidas no instrumento convocatório, por ser um procedimento inteiramente vinculado à lei e aos princípios, não obstrui de seu objetivo maior que é a obtenção de lucro com a contratação, razão pela qual se justifica a necessidade de um cuidado maior por parte do poder concedente, conforme já tratado alhures (CARVALHO, 2018). Por outro lado, a obrigação de observância ao interesse público é inerente a ambas as partes contratantes, ao passo que ela não pode quedar-se em desviar a finalidade da pessoa jurídica para interesses pessoais, e não mais sociais, o que ensejará abuso da pessoa jurídica.

A fraude, por sua vez, acontece quando há descumprimento às normas que regem as licitações, como a tentativa de frustrar o procedimento para satisfazer interesses pessoais em detrimento do interesse público, bem como a tentativa de burlar as penalidades aplicadas quando já houve uma fraude anterior. À vista disso, José Jairo Gomes ensina que:

Embora personalizadas, as pessoas jurídicas não gozam de proteção absoluta. Jamais se poderia tolerar que servissem de anteparo seguro para negócios escusos. Em sua base, igualmente, encontram-se os princípios que repelem o abuso de direito (GOMES, 2006, p. 264-265).

No intuito de coibir o abuso da pessoa jurídica e a fraude, surge o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, a qual permite estender os efeitos das penalidades aplicadas, após o regular processo administrativo. Inclusive, os efeitos podem atingir à outra empresa, quando identificados elementos que comprovem a fraude ou o abuso, fato que a impedirá de ser contratada por comprometimento da idoneidade, evento chamado de desconsideração expansiva, advinda do impedimento indireto. Nesse azo, o autor Antonio Cecílio Moreira Pires destaca:

Todavia, uma vez sancionada a empresa, nada obsta que os sócios se constituam em uma nova pessoa jurídica, totalmente distinta daquela apenada, com a finalidade de continuar a participar dos certames licitatórios, em nítida fraude à legislação vigente (PIRES, 2014, p. 135).

Logo, a fraude e o abuso da personalidade jurídica de empresa diversa da pessoa jurídica apenada, justifica a desconsideração, vez que apesar de não frustrar o caráter competitivo da concorrência pública, esta contribui para burlar a sanção imposta à empresa fraudulenta. Diante disso, passemos a analisar esse instituto que representa importante instrumento ao interesse da coletividade.

3.2 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Diante do mau uso da pessoa jurídica pelo gestor que a utiliza para se ocultar e cometer ilícito, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro a *Disregard of legal entity* e *lifting the corporate veil*, ou seja, a desconsideração da personalidade jurídica. É notório o conceito trazido pelo autor Marcio Pestana, de que a desconsideração é um meio utilizado nos domínios judiciais para enfrentar situações em que reste caracterizada a prática, por parte de administradores ou sócios da pessoa jurídica infratora, de abuso de direito (PESTANA, 2018, p. 32).

Essa teoria visa relativizar a autonomia da pessoa jurídica, por isso a expressão “levantar o véu”, ante a possibilidade de extensão dos efeitos da decisão para atingir os sócios/gestores que a corporificam. Diante disso, escreve o nobre Flávio Tartucce sobre a temática:

Devido a essa possibilidade de exclusão da responsabilidade dos sócios ou administradores, a pessoa jurídica, por vezes, desviou-se de seus princípios e fins, cometendo fraudes e lesando a sociedade ou terceiros, provocando reações na doutrina e na jurisprudência. Visando a coibir tais abusos, surgiu no Direito Comparado a figura da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ou teoria da penetração (*disregard of the legal entity* ou *disregard doctrine*). Com isso, são alcançados pessoas e bens que se escondem dentro de uma pessoa jurídica para fins ilícitos ou abusivos, além dos limites do capital social (responsabilidade ultra vires) (TARTUCCE, 2016).

A primeira análise do instituto da desconsideração ocorreu em 1809, no caso *Bank of United States × Deveaux*, nos EUA, após uma decisão percutora que versava em torno do conflito de competência para julgar a lide em questão. Em suma, na constituição americana, a competência é da Justiça Federal quando as partes sejam de Estados diferentes, hipótese que se verificararia se determinasse o domicílio do *Bank of United States* não pela sede da empresa, mas de acordo com o domicílio dos sócios (MACHADO, 2014, p. 103).

Mais adiante, em 1897, foi julgado na Inglaterra o segundo caso que viria a se tornar precedente ao tema da desconsideração, com o caso: *Salomon v Salomon & Co. Ltda.* No entanto, diferente do objeto da matéria do primeiro caso, esse versava especificamente sobre abuso da personalidade jurídica. Em sede narrativa, Antonio Cecílio Moreira Pires escreve:

Aaron Salomon, com mais seis membros de sua família, criou uma company, em que cada sócio era detentor de uma ação, reservando 20.000 ações a si, integralizando-as com o seu estabelecimento comercial, sendo certo que Aaron Salomon já exercia a mercancia, sob a forma de firma individual. Os credores oriundos de negócios realizados pelo comerciante individual Aaron Salomon viram a garantia patrimonial restar abalada em decorrência do esvaziamento de seu patrimônio em prol da *company*. Ressalte-se, entretanto, que a *House of Lords*, reconhecendo a diferenciação patrimonial entre a companhia e os sócios, não identificando nenhum vício na sua constituição, reformou a decisão exarada (PIRES, 2014, p. 113).

O caso em epígrafe representa, historicamente, um marco de importância ímpar aos estudos em torno da Teoria da Desconsideração, pois, a partir dele, aflorou discussões sobre o instituto em diversos países, inclusive no Brasil, conforme veremos adiante.

3.3 EVOLUÇÃO NORMATIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Trazido ao Brasil pelo professor Rubens Requião na década de 60, em uma conferência da Universidade Federal do Paraná, e inspirado na tese de Rolf Serick, da Faculdade de Direito de Heidelberg, esclarece que a teoria poderia ser perfeitamente adotada no Brasil, pelos tribunais, a fim de “impedir a consumação de fraude contra credores e mesmo contra o fisco, tendo como escudo a personalidade jurídica da sociedade comercial” (DIREITO apud REQUIÃO, 2003, p. 3).

O instituto da desconsideração foi regulamentado materialmente pela primeira vez no ordenamento pátrio com o advento do Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90, o qual tratou de forma expressa no art. 28 que “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 (...)” (BRASIL, 1990).

Nesse ínterim, vale ressaltar que o Código Tributário Nacional, anterior ao CDC, prevê a responsabilização pessoal dos sócios que se ocultam para praticar atos com excesso de

poderes ou infração da lei, contrato social, ou estatuto [...], correspondentes a obrigações tributárias.

No entanto, a responsabilização prevista no rol do art. 135 do CTN faz referência aos atos praticados na gestão administrativa, de modo que havendo a possibilidade de responsabilizar os sócios sem a necessidade de desconsiderar a autonomia da pessoa jurídica, não deve ser tratada como uma hipótese de previsão que fundamente a aplicação da Teoria da desconsideração da autonomia da personalidade jurídica.

A título de exemplificação, Camila Soares Moscon cita Luiz Emydgio, o qual expressamente aduz que “o art. 135 do CTN não consagra a teoria da desconsideração da pessoa jurídica” (MOSCON apud EMYDGIO, 2011, p. 12). Logo, por muitos, não considerado a precursora da teoria em se tratando de previsão legal, mas sim, a Lei nº 8.078/90.

Percorrendo o amadurecimento normativo, a teoria da desconsideração foi estampada no art. 18 da Lei nº 8.884/94, anteriormente conhecida por Lei antitruste, revogada em 2011, pela Lei nº 12.529, dispondo sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. A aplicação da Teoria da desconsideração encontra-se prevista no rol do 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 (BRASIL, 2011).

Mais adiante, o Código Civil de 2002, no art. 50, estabeleceu que:

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 obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (BRASIL, 2002).

Destarte, caso fosse demonstrado pelo credor que estão presentes os requisitos legais, haveria o levantamento do véu da personalidade jurídica a fim de impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.

Com a publicação da Lei Anticorrupção em 2013, Lei nº 12.846, houve a previsão da aplicação no âmbito administrativo, até então o tema era tratado somente em base doutrinária e jurisprudencial. A ideia é prevenir a Administração Pública de atos alheios aos considerados legais e prudentes, diante dos interesses jurídicos envolvidos e da necessidade de prevenir atos de corrupção, que atentem à ordem jurídica. Assim, a desconsideração é prevista como um dos meios que vão ao encontro dessa finalidade, e será abordada com maior precisão.

Por fim, o Código de Processo Civil, prevê no Capítulo IV, acerca do incidente da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito processual, como meio de proteger os credores de eventuais abusos e ilícitos oriundos de quem se aproveita da autonomia da pessoa jurídica e nesta se oculta. No entanto não é objeto do presente estudo a análise processual do instituto, mas a evolução normativa expressa bem como sua aplicação no ordenamento brasileiro.

Entende-se que é através dela que é dada a autorização para relativizar a autonomia da personalidade jurídica e, assim, executar bens particulares dos administradores por dívidas das respectivas sociedades. Nesse intuito, para sua correta aplicação, é importante definir preliminarmente acerca da Teoria Maior e da Teoria Menor.

A Teoria Maior exige a comprovação do abuso de direito, de modo que a teoria menor, adepta da corrente minoritária, não importa se houve má-fé de conduta ou violação ao princípio da moralidade, interesse público, legalidade ou qualquer outra regra e princípio cabível, pois sua aplicação não é condicionada à comprovação do desvio de finalidade, como se depreende em direito do consumidor e matéria ambiental. Sob este prisma, o Supremo Tribunal Federal diferenciou ambas as teorias no julgamento do Recurso Especial nº 1526287 SP, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, conforme ementa da decisão:

2. Nas relações jurídicas de natureza civil-empresarial, adota-se a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual a desconsideração da personalidade é medida excepcional destinada a punir os sócios, superando-se temporariamente a autonomia patrimonial da sociedade para permitir que sejam atingidos os bens das pessoas naturais, de modo a responsabilizá-las pelos prejuízos que, em fraude ou abuso, causaram a terceiros.

3. Para a aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica exige-se a comprovação de que a sociedade era utilizada de forma dolosa pelos sócios como mero instrumento para dissimular a prática de lesões aos direitos de credores ou terceiros - seja pelo desrespeito intencional à lei ou ao contrato social, seja pela inexistência fática de separação patrimonial -, o que deve ser demonstrado mediante prova concreta e verificado por meio de decisão fundamentada.

4. A mera insolvência da sociedade ou sua dissolução irregular sem a devida baixa na junta comercial e sem a regular liquidação dos ativos, por si sós, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica, pois não se pode presumir o abuso da personalidade jurídica da verificação dessas circunstâncias.

5. In casu, a Corte estadual entendeu que a dissolução irregular da sociedade empresária devedora, sem regular processo de liquidação, configuraria abuso da personalidade jurídica e que o patrimônio dos sócios seria o único destino possível dos bens desaparecidos do ativo da sociedade, a configurar confusão patrimonial. Assim, a desconsideração operada no acórdão recorrido não se coaduna com a jurisprudência desta Corte, merecendo reforma. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.³

Diapasão em que se depreende que a teoria maior, ante o abuso de direito, ou seja, a utilização dolosa da proteção societária advinda a personificação, a aplicação da teoria maior se faz necessário e segura após o devido processo, oferecidos os meios de prova em direito admitidos em todos os ramos do Direito.

O mesmo ocorre para a aplicação da desconsideração administrativa, diante das abstrações que venham a se formar, do bem jurídico envolvido, imprescindível a verificação de circunstâncias que embasem a aplicação, e, com isso, evitar injustiças. Assim, ultrapassada as previsões legais que influenciaram e positivaram a desconsideração e sua aplicação, passemos a estudá-las nas licitações públicas e os desdobramentos pertinentes para a construção lógica da temática.

3.4 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

A Teoria da Desconsideração surge como possibilidade para dar eficácia à coibição de fraudes e tentativas de burlar e frustrar tanto o certame quanto as sanções impostas. Segundo Paulo Ulhôa Coelho, como um meio para corrigir o seu mau uso, afirmando:

O objetivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity* ou *piercing the veil*) é exatamente possibilitar a coibição da fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, isto é, sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação aos de seus membros. Em outros termos, a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica, sem deixar ao desabrojo terceiros vítimas de fraude (COELHO, 1999, p. 34-35).

³ STJ - REsp: 1526287 SP, Rel.: Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 26/05/2017.

Infelizmente, fraudes em licitações é um tema recorrente na prática administrativa, a aplicação da sanção que restringe o direito de licitar se torna totalmente ineficaz quando os sócios constituem uma nova pessoa jurídica para continuar licitando e contratando. É cediço que a pessoa jurídica é um instrumento para alcançar finalidades as quais elas foram criadas, ao passo que quando ocorre o desvio dessa finalidade nasce a possibilidade de desconsideração, em respeito aos princípios massivamente já comentados, e o dever de manutenção da ordem jurídica. O apontamento feito por Luciano Chaves de Farias acerca da desconsideração em licitações públicas, merece destaque:

O terreno mais fértil e propício para a aplicação da teoria na esfera administrativa é a licitação. Com efeito, havendo inequívoca intenção de fraudar a lei, é perfeitamente plausível a desconsideração da personalidade jurídica da empresa licitante para que também sejam estendidas as sanções aos sócios, de modo que respondam solidariamente pela lesão patrimonial e sejam punidos conforme prevê a lei. Não se justifica favorecer-lhos com a intangibilidade de seu patrimônio pessoal, como se tivessem sendo beneficiados apesar de terem afrontado o ordenamento jurídico. Nunca é demais repetir que, para a desconsideração da personalidade jurídica, a Administração Pública, diante de um regular processo, deve oportunizar o contraditório e a ampla defesa, lembrando que o instituto é de aplicação episódica e excepcional (FARIAS, 2007).

Insta salientar que a aplicação da desconsideração não trata de anulação ou extinção da personalidade jurídica, visto que a tal ato enseja a despersonalização. Pelo contrário, apenas relativiza sua autonomia jurídica, deixando-a inoperante para algum ato específico, como a restrição ao direito de licitar e contratar com o poder público enquanto perdurarem os efeitos da sanção, que nas palavras do ilustre Marçal Justen Filho, consiste em uma “reação à utilização abusiva ou fraudulenta de uma pessoa jurídica.” (JUSTEN FILHO, 2016, on-line).

Dentre as hipóteses da desconsideração, encontramos a típica e a expansiva. É considerada desconsideração típica ou propriamente dita aquela em que apenas levanta o véu da autonomia que protege a pessoa jurídica, para então atingir aos sócios. Sobre a responsabilidade, explica, a Ministra Nancy Andrighi:

“[...] a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir, então, o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações de seus sócios ou administradores”⁴.

⁴ STJ, REsp. 948.117/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.06.2010.

Conforme o julgado, percebe-se que na desconsideração típica, não há a responsabilização dos sócios por obrigações contraídas pela pessoa jurídica, visto que esta é utilizada para sócios que se ocultem sob o manto da sua autonomia. Para além da relativização da autonomia da sociedade personificada, tem-se a desconsideração expansiva, a qual estende os efeitos para outra pessoa jurídica, somente quando comprovada que foi constituída para satisfazer interesses lesivos à administração pública.

Tal medida se revela necessária, pois é comum no âmbito administrativo que determinada empresa apenada, constitua outra empresa com finalidades semelhantes para que os sócios burlem a restrição de licitar e continuem participando das licitações de modo oculto. Essa nova empresa será impedida também, pela extensão dos efeitos que a sanção foi aplicada à apenada. O autor Matheus Carvalho, chama de impedimento indireto e explana: “O impedimento indireto ainda é algo muito novo, com pouca jurisprudência, mas deve ser analisado com bastante cuidado pelos gestores que atuam no setor de licitações. A intenção do instituto é coibir o abuso da Pessoa Jurídica” (CARVALHO, 2018, p. 555).

Com efeito, compartilhando o pensamento do autor sob a ótica do impedimento indireto, vemos que uma empresa que atendeu em sua integralidade a toda norma e princípio previamente posto, não atuou em dissonância à lei, logo não pode ser impedida de licitar e contratar em decorrência de ato sancionatório. Porém, se essa empresa é constituída com uma pretensão fraudulenta dos sócios de contornar uma sanção imposta à outra empresa já apenada com a qual há uma intimidade organizacional – que de modo comprovado ponha em risco sua integridade, ela deve ser impedida também.

Assim, autorizando a declaração do art. 88, III, da Lei 8666/93 e declarando-a não idônea para licitar e contratar com o poder público diante da prática do ilícito licitatório. O mesmo autor, traz trecho do acórdão 2.218/2011 do Tribunal de Contas da União, o qual dispõe que:

Presume-se fraude quando a sociedade que procura participar do certame licitatório possui objeto social similar e, cumulativamente, ao menos um sócio controlador e/ou sócio gerente em comum com a entidade apenada, com as sanções de suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/9 (CARVALHO, 2018, p. 555)⁵.

É cediço que a Administração não pode manter-se ociosa, vez que a consequencia dessa ilicitude terá relação direta com a eficiência administrativa especialmente após o

⁵ TCU, 1^a Câmara, acórdão nº 2218/2011

encerramento do procedimento e das contratações públicas. Se assim não for a atuação, estará a própria Administração atuando com improbidade, e banalizando a razão de sua existência.

Apesar de não ser objetivo a responsabilização pela má gestão, vale salientar que a Lei de Improbidade Administrativa Lei nº 8429/92, a qual faz parte de um microssistema legislativo que visa a proteção de interesses públicos prevê no art. 11, que se constitui ato de improbidade administrativa os atos que atentem contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições [...] (BRASIL, 1992). Nesse ímpeto, é claro o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão, conforme observamos no julgado a seguir exposto:

O ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa)⁶.

Sob esse aspecto, o autor Marlon Tomazette trata do tema expressando que os fins desonestos não serão tolerados, e a forma de adequar a pessoa jurídica ao fim a qual fora criada, é através da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, escrevendo:

A desconsideração é, pois, a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins os quais ela foi criada, vale dizer, é a forma de limitar e coibir o uso indevido deste privilégio que é a pessoa jurídica, vale dizer, é uma forma de reconhecer a relatividade da pessoa jurídica das sociedades. Este privilégio só se justifica quando a pessoa jurídica é usada adequadamente, o desvio de função faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial. O conceito será sustentado apenas enquanto seja invocado e empregado para propósitos legítimos. A perversão do conceito para usos impróprios e fins desonestos (e. g., para perpetuar fraudes, burlar a lei, para escapar de obrigações), por outro lado, não será tolerada. Entre esses são várias as situações onde as cortes podem desconsiderar a pessoa jurídica para atingir um justo resultado (TOMAZETTE, 2011, p. 233).

À vista disso, a eficiência administrativa diante da desconsideração da personalidade jurídica não advém de uma nova punição, mas do caráter preventivo a ela implícito. Antonio Cecilio Moreira Pires apud Jessé Torres Pereira Júnior e Marines Restelatto Dotti afirma que à Administração caberá comprovar o abuso e a fraude, em processo administrativo no qual

⁶ STJ. REsp 1186192/MT, 1ª Turma. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julg. 12.11.2013. DJe, 02 dez. 2013

garanta a ampla defesa e o contraditório, e prevalecer o impedimento previsto a fim de atender a ordem jurídica, aduzindo os autores que:

Do ato administrativo de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária, que age com comprovado abuso de direito e pratica fraude contra a Administração, não surte supressão de direito algum, porém, ao revés, restauração de direito que o abuso e a fraude pretendiam eliminar. Pondere-se que a sociedade fraudadora estava impedida de participar de licitação e de contratar, cabendo à Administração, no exercício regular de seus poderes-deveres de atender à ordem jurídica, fazer prevalecer o impedimento nesta previsto (PIRES apud PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2014, p. 191).

Para que seja possível a responsabilidade através da desconsideração, deve-se ter a comprovação da pretensão calcada na má-fé, que interligam ambas as empresas, visto que é raso o argumento único de que ambas as empresas detêm o quadro societário em comum. O Tribunal de Contas da União, em acórdão 2.218/11, delibera que para que seja possível presumir a intenção ilícita, é preciso que possua objeto social similar e, em acréscimo, sócios-controladores e/ou o sócios-gerentes em comum com a entidade apenada. (TCU, 1^a Câmara, acórdão nº 2218/2011).

Destarte, o professor Matheus Carvalho aponta alguns aspectos que tornem evidentes a análise de empresas que agem com má-fé de conduta jurídica, quais sejam: interesses das empresas, os gestores, o local de funcionamento, as atividades, entre outros aspectos, e que deve ser observados a completa identidade da empresa sucedida e sucessora; a atuação no mesmo ramo de atividades; e a transferência integral do acervo técnico e humano da empresa sucedida e sucessora (CARVALHO, 2018, p. 555).

A competência para legislar sobre normas gerais de licitação é privativa da União, nos termos do Art. 22, XXVIII, CRFB/88. No entanto, nada obsta a suplementação através de um ente federativo, que a regule em caráter especial, editando normas específicas. Sobre o assunto, escreve o autor José dos Santos Carvalho Filho:

Ante o texto vigente, contudo, foi dissipada qualquer dúvida sobre a matéria. É importante anotar, todavia, que a referida competência se limita à edição de normas gerais, e, sendo assim, às demais entidades da federação foi conferida a competência para editar normas específicas. Na verdade, nem sempre tem sido fácil identificar quando um dispositivo encerra norma geral ou específica, e talvez por essa razão muitos Estados e Municípios adotam a Lei no 8.666/1993, deixando, pois, de criar normas específicas, para evitar o risco de eventuais impugnações (CARVALHO FILHO, 2018, p. 180).

Nesse sentido, o Estado da Bahia dispôs sobre licitação e contratos no âmbito dos poderes do referido Estado, através da Lei Estadual nº 9.433/05. A Lei Baiana é considerada uma Lei estadual pioneira no trato com a desconsideração da personalidade jurídica, ao passo em que dispõe em seu art. 200 acerca da aplicação desse instituto nas licitações de competência daquele Estado:

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.

Essa positivação autoriza a desconsideração para aplicar a penalidade aos gestores e estender os efeitos à outra pessoa jurídica, desde que presentes os requisitos de que: tenham praticado atos ilícitos, visando a frustrar os princípios e objetivos da licitação, demonstrar não possuir idoneidade para contratar com a Administração, em virtude de atos ilícitos praticados, tenham sofrido condenação definitiva por atos de improbidade administrativa, na forma da lei.

Assim fica autorizado a aplicação do instituto da desconsideração pela Administração Pública. O objetivo da lei baiana, portanto, é evitar que os sócios de uma empresa suspensa por irregularidades em licitações possam constituir outra sociedade empresária para participar de novos certames (MOSCON, 2011, p. 19).

No entanto, o Estado da Bahia não foi o único ente federativo que positivou a *Disregard of Doctrine* e sua aplicação em licitações públicas. A Lei Estadual nº 15.608/07, que dispõe normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos Poderes do Estado do Paraná, também a disciplinou no seu art. 158. *In litteris*:

Art. 158. Estendem-se 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 constituir ou de outra em que figurarem como sócios;
II – as pessoas jurídicas que tenham sócios comuns com as pessoas físicas referidas no inciso anterior.

A salutar intenção do legislador ordinário em prever a desconsideração, resultou em diversas tentativas de inserir na Lei Federal nº 8.666/93, a positivação ao instituto da

desconsideração. Com isso, surgiram diversos projetos de lei que tentaram revogar a Lei geral, e em todos eles, continham dispositivos prevendo a desconsideração.

À vista disso, encontra-se o Projeto de lei nº 6.814/2017, em trâmite no Congresso Nacional para proposição sujeita à apreciação do plenário, em regime prioritário, a fim de uma nova implementação de normas para licitações e contratos da Administração Pública. Tal Projeto de Lei pretende revogar a Lei 8.666/93, e alguns dispositivos da Lei 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações – RDC). Dessa maneira, a desconsideração da personalidade jurídica se encontra presente na referida proposta, no rol do art. 12 do Projeto. Vejamos:

Art. 12. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:

III – pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, apenada por declaração de inidoneidade ou outra que acarrete efeitos equivalentes;
 § 1º O impedimento de que trata o inciso III será também aplicado ao licitante que esteja atuando em substituição a outra pessoa, física ou jurídica, com o intuito de burlar a efetividade de sanção a essa aplicada, incluindo sua controladora, controlada ou coligada, desde que devidamente comprovado o ilícito ou a utilização fraudulenta da personalidade jurídica do licitante.

Apesar de ainda estar em trâmite, percebe-se que o tema já é analisado a fim de materializá-la de modo específico à licitações. Contudo, doutrinariamente já é consagrado que não é necessária uma positivação material para que seja possível sua aplicação, entendimento manifestado, inclusive, na decisão do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, de relatoria do Ministro Castro Meira, conforme a ementa a seguir exposta:

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei 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 facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.⁷

⁷ RMS 15.166/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262

Ante o teor da fundamentação da colenda turma, os princípios e o interesse público são suficientes para fundamentar a desconsideração da personalidade jurídica, visando coibir atos reprováveis nas licitações públicas. Insta salientar que até recentemente, uma corrente de defensores do formalismo exacerbado, discutia-se acerca da violação ao princípio da legalidade, vez que a Administração não tem autonomia funcional, agindo em consonância ao que a lei permite, conforme já tratado em capítulo anterior. O principal argumento em sentido contrário, segundo Fernando Moreno Machado, se dava no conflito entre a ausência da reserva legal que abrangesse a teoria no âmbito administrativo sancionatório frente a violação da moralidade jurídica (MACHADO, 2014, p. 116-117).

No entanto, em 2014 entrou em vigor uma lei que previu a desconsideração de modo expresso em atos lesivos à Administração Pública, a quem tenha intuito de fraudá-la, porém, não previu a impossibilidade de licitar e contratar, prevendo outras sanções a quem lesionar a Administração pública. Para esse estudo mais detalhado e a possibilidade quanto à extensão da referida Lei n. 8666/93, faremos melhor análise.

3.5 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALDIADE JURÍDICA APÓS A LEI Nº 12.846/2013

Em 2013, foi publicada a Lei 12.846 conhecida como Lei Anticorrupção, a qual dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. No entanto, ela não é pioneira quando se trata de normas em defesa da probidade administrativa, visto que era normatizado anteriormente com a Lei que regulamentava as atividades econômicas: a Lei nº 8884/94.

De modo expresso, a Lei deixou claro no art. 14, que a desconsideração administrativa em comento se aplica quando a pessoa jurídica estiver sendo usada para ocultar o sócio fraudatório e suas ilícitudes, a qual caberá a extensão dos efeitos sancionatórios aos administradores com poderes de administração, portanto titulares da conduta fraudulenta. *In verbis:*

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.

Tal dispositivo proporcionou embasamento legal da extensão dos efeitos sancionatórios da pessoa infratora, à pessoa dos sócios gestores (PESTANA, 2016). Os atos ilícitos foram listados também na redação da mesma lei, expondo em um rol taxativo os atos considerados lesivos à Administração Pública no tocante às licitações, quais sejam:

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, [...] contra os princípios da administração pública [...] assim definidos; [...]

IV - No tocante a licitações e contratos:

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;**
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;**
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; - grifei (BRASIL, 2013).

As alíneas supramencionadas descrevem tipos de abusos em licitações públicas, ao próprio procedimento e ao uso da pessoa jurídica, cujas sanções para quem cometer tais ilícitos, são previstos no art. 6º da Lei. *In litteris*:

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória (BRASIL, 2013).

No entanto, a Lei de licitações, prevê que 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, constitui crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/93.

Até então não há previsão na Lei licitatória quanto à desconsideração da personalidade jurídica, bem como a Lei de 2013 não faz qualquer menção à suspensão ou impedimento de licitar e contratar, motivo ao qual deu azo a questionamentos acerca da sua (não) extensão à Lei 8.666/93. O posicionamento do professor João Marcelo Rego Magalhães, apoiados nos seguintes argumentos:

- a) a Lei nº 12.846/2013 previu várias proibições às pessoas jurídicas sancionadas pelas condutas que descreve como lesivas, não prevendo expressamente a proibição de licitar ou contratar com o poder público, não sendo possível o uso da analogia pelo princípio da legalidade, principalmente quando implicar sanção ao administrado;
- b) [...]
- c) as sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 são aplicadas por inexecução do contrato, ou seja, quando a pessoa jurídica já foi adjudicada no objeto licitado, sendo certo que os atos lesivos previstos na Lei nº 12.846, de 2013, podem ou não estar relacionadas com licitações públicas (incisos I a III e V do art. 5º) ou terem sido praticados antes da efetiva contratação com o poder público (alíneas ‘a’ a ‘e’ do inciso IV do art. 5º) (MAGALHÃES, 2013).

De fato, uma pessoa jurídica que sofre alguma das sanções previstas na Lei 12.846/13, não fica impedida de licitar, tanto que não é esse o objetivo da lei. O professor expõe que a aplicação da Lei anticorrupção à ilicitudes licitatórias deve obedecer a legalidade em sentido literal, contudo, há de se levar em consideração que a violação aos princípios, justifica-se a extensão à licitações para um atuar administrativo mais eficiente e eficaz, pois a observância dos princípios não deve ser dispensável em qualquer hipótese, especialmente em Direito Administrativo, que essencialmente não há uma codificação material específica de toda a normativa.

Ainda, ao se referir às sanções, entende que entre as leis, tem natureza jurídica diversa, o que impossibilita a extensão, mas permite a aplicação concomitante, justificando com as palavras:

Enquanto aquele diploma legal trata de responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas que, conforme o inciso IV de seu art. 5º, fraudaram procedimento licitatório ou contrato firmado com o poder público, a Lei de Licitações e Contratos, em seus arts. 87 e 88, cuida de responsabilidade contratual daqueles que já pactuaram avença com a Administração Pública (MAGALHÃES, 2013, p. 41-42).

Refuta-se o posicionamento supramencionado, no tocante à aplicação das sanções do art. 87 da Lei 8666, visto que já foi tratado nesse trabalho que o art. 88 da mesma, autoriza a aplicação da sanção prevista nos incisos III e IV do art. 87 da mesma lei, aplicadas às empresas e aos profissionais, que demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados, sendo irrelevante a limitação da sanção para além da contratação.

Ainda, percebe-se que a extensão dos efeitos é tratada pelo Mestre com caráter sancionatório. Do mesmo modo, Marçal Justem Filho comenta acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a colocando como penalidade imposta, e se posicionando em admitir a extensão da penalidade a outros sujeitos, nos seguintes dizeres:

É usual submeter essa discussão à figura da desconsideração da pessoa jurídica. O tema foi versado em várias passagens anteriormente. Tem-se reputado cabível a extensão do sancionamento à pessoa física ou a terceiros na medida em que se evidencie a utilização fraudulenta e abusiva da pessoa jurídica. Isso não equivale a estabelecer que toda e qualquer penalidade administrativa será automaticamente aplicada também aos controladores e administradores. O que se reconhece é que, diante da comprovação da prática reprovável da pessoa física, que configure utilização abusiva e fraudulenta da pessoa jurídica, poderá ser admitida a extensão da penalidade também a outros sujeitos (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1014).

Nesse ínterim, vale salientar que a não aplicação da desconsideração da personalidade jurídica gera impunidade, pois os sócios ocultos continuariam agindo com o *animus fraudulento* inicial e se ocultando sob o manto da personalidade da empresa, agravada pela omissão do poder público que tem dever de atuação para reprimir e prevenir fraudes nesse cenário.

Contudo, ao refletir sobre o tema, vemos que a problemática se encontra em torno dos efeitos da sua aplicação, de modo que é ponto em que diverge nos posicionamentos da doutrina e a jurisprudência, isto é, quanto à natureza jurídica do ato da desconsideração da personalidade jurídica administrativa. Com efeito, para tratar a desconsideração sob o prisma da configuração da punibilidade, faz-se necessário uma análise crítica diante da natureza jurídica dos efeitos da aplicação.

Quando abordamos acerca da sanção, foi tratado alhures que é uma consequência jurídica proveniente de um descumprimento, seja da lei expressa, seja dos princípios norteadores expressos ou implícitos. Nesse entendimento, a desconsideração não é um novo tipo de sanção, uma vez que a pessoa jurídica foi usada como mero instrumento para ocultar o

a má intenção dos sócios administradores, assim, não estaria sendo penalizada quando a desconsiderar, porque não descumpriu normas legais.

Tampouco, estendendo a pena da pessoa jurídica para os sócios gestores e, a partir deles, ainda houvesse uma extensão à outra pessoa jurídica diante de aspectos em comum entre ambas que as comprometam moralmente. Nessa esteira, o autor Antônio Cecílio Moreira Pires escreve no sentido que há uma diferença entre o ato de impor restrição ao direito de licitar e contratar e a extensão aos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, no sentido em que:

[...] em se tratando de uma sanção administrativa, não temos dúvidas de que se trata de uma restrição de direito, no caso, uma restrição ao direito de licitar e contratar, decorrente de regras expressas. Ou seja, estamos perante uma consequência jurídica desfavorável, em razão de que o particular atuou em dissonância com um dispositivo legal (PIRES, 2018, p. 150).

É notório que após a desconsideração, a pessoa jurídica sentirá como consequência maior a restrição ao direito de licitar e contratar com o Poder Público. À vista disso, a discussão se dá não em torno da imposição da sanção decorrente de descumprimento, mas em torno da extensão dos efeitos sentidos pela pessoa jurídica, provenientes da penalização, dos sócios. Logo, não podemos confundir aplicação da pena, com extensão dos seus efeitos. Nestes termos, entende Fernando Moreno Machado que esse ato de desconsiderar não pode se constituir em uma restrição de direito, pelo simples fato de não ser dado a ninguém o direito de burlar a Lei, apontando o autor:

Por assim dizer, entendemos que o ato que venha a desconsiderar a personalidade jurídica da empresa de modo a estender a pena restritiva de licitar e contratar aos sócios desta tem caráter declaratório, eis que a Administração estará reconhecendo uma situação jurídica decorrente de outra preexistente (MACHADO, 2018, p. 151).

A relativização da autonomia subjetiva para poder penalizar os “sócios-ocultos” na desconsideração típica, não está dando à pessoa desconsiderada uma punição, pois ela não descumpriu o ordenamento, ponto em que convergimos ao entendimento do autor. Concordância que se mantém quanto à desconsideração expansiva, visto que nesta hipótese, a pessoa jurídica que será usada pelos sócios da apenada vai ser declarada inidônea não pelo descumprimento a regras e princípios, nem mesmo da violação à Legalidade.

Por conseguinte, tanto na desconsideração propriamente dita quanto na desconsideração expansiva, a suspensão e impedimento ao direito de licitar, nos moldes da lei e decorrentes da desconsideração, não deve ser vista como penalidade à pessoa jurídica. A penalidade é aplicada tão somente aos sócios, o que a pessoa jurídica sente, são os efeitos dessa penalização.

Sendo assim, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica se analisada para fins de efeitos da penalização, é entendida não como ato sancionatório, vez que a administração não atua punindo a pessoa jurídica, mas declarando que a formação societária da licitante está comprometida por uma situação impeditiva anterior: o mesmo quadro societário somado a elementos q sejam suficientes para a comprovação.

3.6 POSICIONAMENTO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O Superior Tribunal de Justiça reconhece que a desconsideração em comento deve ser aplicada somente em situação excepcional, após o regular contraditório e ampla defesa, de modo que esteja comprovado a intenção fraudulenta, conforme decisão de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial nº 1526287/SP:

[...] a desconsideração da personalidade é medida excepcional destinada a punir os sócios, superando-se temporariamente a autonomia patrimonial da sociedade para permitir que sejam atingidos os bens das pessoas naturais, de modo a responsabilizá-las pelos prejuízos que, em fraude ou abuso, causaram a terceiros (STF, 2017).

Conforme foi tratado alhures acerca das hipóteses que se considera íntima relação entre pessoas físicas e jurídicas, e entre pessoas jurídicas, capaz de comprometer a idoneidade, os ministros do Tribunal de Contas deliberaram em sessão plenário no mesmo sentido, ou seja, que não é suficiente apenas ter o quadro societário em comum, deve-se, sobretudo, ter certeza se o intuito da nova pessoa jurídica é fraudulento ou não. Desse modo, a comprovação é condicionante para, posteriormente, determinar a possibilidade de extensão da penalização.

Nesse sentido, o referido acórdão traz uma situação em que a empresa foi constituída antes da sanção imposta à empresa apenada, bem como a presença do mesmo quadro societário, não ser o fator determinante para a desconsideração, típica ou expansiva. Vejamos:

8. Primeiro, destaco que a nova empresa já existia desde 2003, muito antes da referida penalização à Construtora Gautama Ltda., o que exclui a possibilidade de ter sido constituída com o fim específico de burlar a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública. Além disso, embora haja relação próxima de parentesco, os sócios das empresas são distintos e essa condição permaneceu inalterada desde o início das atividades de ambas. Também não serve de prova da irregularidade o fato de os sócios das duas residirem em um mesmo endereço, uma vez que é perfeitamente possível que os filhos exerçam suas atividades de forma independente, ainda que tenham relação pessoal estreita com seus pais. Finalmente, quanto às alterações contratuais, não há como afirmar categoricamente que tenham sido realizadas com o intuito de absorver as atividades da construtora punida. E mais. Creio que também não poderíamos considerar irregulares essas mudanças se houvesse a comprovação de que foram feitas com a intenção de tornar factível a realização, pela Mandala, das mesmas atividades anteriormente exercidas pela Gautama, visto que se trata de pessoa jurídica distinta, de sócios distintos. É razoável imaginar que, diante da impossibilidade de desempenhar suas atividades, os pais tenham feito aporte financeiro na empresa de seus filhos, para que estes pudessem aumentar o volume de negócios dentro do ramo em que já atuavam. Ressalto ainda que não há elementos, nos autos, de que uma empresa utiliza equipamentos ou pessoal da outra (TCU, Acórdão 2304, 30/09/2009, online).

Assim, atesta a Corte do Tribunal que a desconsideração faz sentido quando aplicada corretamente, após a comprovação do ilícito, se tornando raso e insuficiente o argumento que de modo excepcional, vez que no âmbito do Regime Jurídico Punitivo administrativo, é imprescindível o cuidado para não cometer injustiças. Fato pode acontecer, se a Teoria da desconsideração for aplicada sem a análise minuciosa às empresas e sócios administradores envolvidos.

Sob a autorização do incidente da desconsideração, o Superior Tribunal de Justiça aduz que quando configurado o abuso da personalidade, é aplicável em procedimento licitatório, conforme o julgamento do Recurso especial nº 1652080/18, de relatoria da Ministra Assusete Magalhães, com a seguinte ementa:

5. O elemento subjetivo da conduta do administrador deve ser apurado pela demonstração de ausência de boa-fé objetiva no cumprimento dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, inerentes ao exercício da administração do patrimônio público.
6. Aplicável a desconsideração da personalidade jurídica na hipótese tendo em vista a configuração do abuso da personalidade da empresa ré para fraudar a lei de licitações.
7. Ao cominar a sanção por prática de ato de improbidade administrativa, deve o Julgador analisar a lesividade e a reprovabilidade da conduta dos réus, o elemento volitivo e a consecução do interesse público, de modo a adequar a pena ao caso concreto, sempre com caráter inibitório de futuras

práticas lesivas ao erário e ao princípio da moralidade administrativa." (...) – grifei.⁸

Em 2013 foi feito um questionamento à Suprema Corte, acerca do acórdão proferido no processo nº: 000.723/2013-4, pelo Tribunal de Contas da União. Apesar de ainda não estar julgado até o momento deste estudo, já se encontra concluso para julgamento a indagação oriunda da deliberação do TCU sobre a aplicação da teoria da desconsideração.

Ocorre que o referido Tribunal estendeu à empresa (PNG Brasil Produtos Siderúrgicos Ltda), a sanção de suspensão para licitação e contratação com a Administração Pública federal imposta à apenada (Dismaf Distribuidora de Manufaturados Ltda), nos moldes do art. 87, da Lei 8666/93.

Tal fato ocorreu após a deflagração de diversas irregularidade e aspectos comum entre ambas de modo que as interligava, especialmente o mesmo quadro societário e a alteração do objeto social após o lançamento do edital, ensejando a aplicação da desconsideração com vistas a impedir que nova empresa (PNG Brasil Produtos Siderúrgicos Ltda) contrate com o poder público, mantendo sob sua direção, sócios apenados por fraudes em licitação anteriores.

Vejamos trecho da decisão:

- A aplicação da sanção prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 – que institui o pregão como modalidade de licitação, para aquisição de bens e serviços comuns – impede a participação do licitante em procedimentos licitatórios e a celebração de contratos com todas as entidades do respectivo ente estatal, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, implicando seu descredenciamento dos sistemas de cadastramento de fornecedores, pelo prazo de até cinco anos, com extensão a toda a esfera do órgão ou entidade que a aplicou.

- A sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 deixa explícita a vontade do legislador, no sentido de efetivamente punir as empresas que cometam ilícitos administrativos, não somente na restritíssima esfera da entidade que promoveu a licitação e sofreu os efeitos da conduta lesiva da licitante, mas de alijá-la de todas as licitações promovidas nas respectivas esferas federal, estadual, do DF e municipal, por até 5 anos, sem prejuízo das multas e das demais cominações legais, constituindo sanção gravíssima que materializa a jurisprudência do STJ em relação a similar dispositivo da Lei 8.666, cuja interpretação, no TCU, mereceu do Plenário visão bem mais restritiva. - Também por imposição dos princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos, a Administração Pública pode desconsiderar a personalidade jurídica de sociedades constituídas com abuso de forma e fraude à lei, para a elas estender os efeitos da sanção administrativa, em vista de suas peculiares circunstâncias e relações com a empresa suspensa de licitar e contratar com a Administração.

⁸ STJ - REsp: 1652080 MG 2017/0023685-0, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Publicação: DJ 03/09/2018

- Por múltiplos fundamentos, o caso concreto ostenta nítido conteúdo de nulidades insanáveis, tratando-se de hipótese de declaração de nulidade de todo o procedimento e não de revogação, ocorrente apenas por razões de interesse público⁹.

Assim, percebe-se a supressão ao direito de licitar deve ser estendida à pessoa dos sócios, que se ocultam sobre o manto de novo pessoa jurídica constituída com o intuito de burlar a sanção imposta. Diante disso, no mesmo acórdão, Tribunal de Contas, que usa a terminologia “Teoria da desconsideração expansiva de personalidade jurídica”, expondo que:

76. A doutrina e a jurisprudência dos tribunais já consideram que um desdobramento dessa teoria é a possibilidade de estender os seus efeitos a outras empresas, diante das circunstâncias e provas do caso concreto específico. Trata-se da teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica da sociedade, terminologia utilizada pelo Prof. Rafael Mônaco, cujas lições são reproduzidas por Monica Gusmão nos seguintes termos:

“Cuida-se da situação do chamado sócio oculto, não nos termos da sociedade em conta de participação, fique claro, mas na condição ‘daquele que é sem nunca ter sido’, ou seja, daquele que é o protagonista da empresa se valendo de interpostas pessoas contratuais, denominadas na expressão popular de ‘laranjas’, ‘testa de ferro’, ‘homem de palha’ e ‘boneco de gelo’, a funcionar como um véu, um anteparo, uma cortina, enfim uma armadura à sua responsabilidade” (GUSMÃO, Mônica, Lições de direito empresarial, ed. 7, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 115/116)

77. 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. [...]

A extensão pelo Tribunal de Contas da União foi tratado posteriormente em decisão monocrática na Suprema Corte, como sendo atribuição de poderes explícitos ao Tribunal de Contas, como enunciados no art. 71 da CRFB/88, supõe que seja reconhecida, ainda que de modo implícito, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário e ao ordenamento positivo. Logo, não há dúvidas quanto a atribuição do Tribunal em estender os efeitos.

No entanto, a extensão aplicada pelo Tribunal de contas foi suspensa pelo então Ministro Celso de Melo no Mandado de Segurança nº 32.494/DF, por considerar “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,

⁹ Acórdão nº 2593/2013, Rel. Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES.

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, STF, 2013).

O princípio da não transcendência da pena, previsto constitucionalmente no art. 5º XLV dispõe 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.”, nos dizeres do ilustríssimo Min. Celso de Mello: “O postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator”.¹⁰ (STF-2006, online)

A Teoria da Desconsideração, no entanto, trata apenas de tornar ineficaz da autonomia jurídica à determinado ato, para que assim, seja possível alcançar o sócio. Destarte, opina o vice Procurador Geral da república, Dr. Paulo Gustavo Gonçalves Branco, no mesmo Mandado de Segurança, aduzindo a seguinte manifestação:

[...] o argumento da não transcendência da pena tampouco impressiona. Não se trata, aqui, de transmissão da pena de uma pessoa jurídica a outra, mas de extensão da sanção administrativa, com vistas a impedir que se frustrre o propósito legal da sua aplicação; em suma, para obviar tentativa de fraude à lei em procedimento licitatório (STF, 12/03/2014, online).

Dessa forma, o douto Procurador, manifesta-se pelo indeferimento da segurança em questão, em concordância com a deliberação suspensiva do Tribunal de Contas para estender os efeitos da sanção supressiva. Posicionamento que converge, também, o teor desse trabalho.

Vale salientar que o princípio da personalidade da pena não é violado com a desconsideração, vez que não há transmissão da pena imposta do sócio para empresa, ou de empresa para outra empresa. Torna-se massivo que apenas os efeitos da sanção atingem a pessoa jurídica, vez que a sanção não pode ser transacionada de uma pessoa a outra. Assim, os desdobramentos dos tribunais superiores sobre o assunto são imprescindíveis, especialmente pela dualidade de posicionamentos ainda prematuros, mas existentes, acerca da natureza jurídica.

¹⁰ STF - Tribunal Pleno - AC 1033 AgR-QO - rel. Min. Celso de Mello-j. 25/05/2006

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do assunto das licitações públicas, percebemos que tão importante quando zelar pela coisa pública, é prevenir ilegalidades provenientes de fraudes em licitações. De modo que, havendo algum vício, restará viciado também o contrato e todos os atos que da licitação decorram, comprometendo, com isso a eficiência da contratação que tem relação direta com a integridade do certame desde a sua origem, bem como à satisfação de interesses coletivos de modo integral.

O ato de descumprimentos principiológicos em licitações reflete no poder-dever de atuação da Administração Pública, que não pode manter-se inerte. Assim, quando defrontada em alguma dissonância que resulte em ato lesivo, haverá uma consequência jurídica como resposta. Dentre os ilícitos existentes, focamos o estudo no abuso da personalidade jurídica, bem como a tentativa de sócios que fazem dessa personalidade um instrumento para satisfazer interesses alheios e burlar sanções impostas.

As hipóteses no ordenamento jurídico, que a cada dia amadurece mais no intuito de coibir ilícitos, debruçamos o estudo na possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica – relativizar a autonomia que protege a pessoa jurídica, a fim de alcançar os sócios que a utilizam com má-fé jurídica, bem como ser uma importante resposta da Administração para frenar objetivos alheios aos limites da legalidade e moralidade.

Apesar da Lei de licitações nada prever sobre esse instituto, leis estudais da Bahia e Paraná já regularam sua aplicação no âmbito de suas competências. Em âmbito nacional, tem-se o projeto de lei, ainda em votação em prioridade de tramitação, que propõe revogar a lei 8.666/93, Lei 10.520/02, e alguns dispositivos do RDC, porém, ainda em fase de amadurecimento legislativo.

No entanto, a Lei Anticorrupção trouxe previsão expressa para a aplicação no âmbito administrativo – especificamente no processo administrativo de responsabilidade, aproveitando-se disso para apresentar ao longo do trabalho, os entendimentos acerca da extensão dessa normativa à lei de licitações, frente à lacuna na lei 8.666/93 e da omissão a qualquer sanção ao impedimento de licitar na Lei 12.846/13, e posicionando pela possibilidade de extensão.

Ainda, na discussão doutrinária que versa no limbo da natureza jurídica do ato da desconsideração, prevalecendo o posicionamento de que o ato não deve ser visto como uma nova forma de sanção, mas com caráter declaratório. Seja na desconsideração

típica/propriamente dita ou na expansiva, a relativização da autonomia da pessoa jurídica para poder penalizar os sócios-ocultos não está dando a pessoa desconsiderada punição por nenhum descumprimento legal. Sobre ela, recairá tão somente os efeitos dessa punição, e o resultado desses efeitos que é a restrição ao direito de licitar, pois está comprometida sua idoneidade para contratar com o poder público, embasado no art. 88 da Lei 8666/93.

Apesar de a temática ser tratada por alguns atribuindo título de sanção, a vertente do trabalho conclui que a penalização não pode ser confundida com a extensão aos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, e essa diferença é que justifica a restrição do direito de licitar, sem violação ao princípio da não transcendência da pena e ao regime jurídico punitivo.

Inclusive, quando tratamos de desconsiderar a autonomia da pessoa jurídica para determinado ato, não se trata de penalizar a pessoa jurídica e também a pessoa dos sócios envolvidos, vez que não há transmissão da pena, mas, somente, a extensão dos efeitos da sanção que se dá após o levantamento do véu para atingir os sócios, com a estrita finalidade de preservar a probidade jurídica na licitação e contratação. É o que ocorre quando uma empresa sofre a extensão dos efeitos da pena aplicada a outra, ainda que pessoas jurídicas diversas, é necessário a desconsideração para fins de responsabilização, e sobretudo a repressão à uma licitação e contratação viciada.

Diante disso, apesar dos tribunais superiores aplicarem a desconsideração, em matéria licitatória, foi levantada a questão o não amadurecimento quanto à dicotomia entre desconsideração e o princípio da não transcendência da pena no direito administrativo. A concessão da medida cautelar em Mandado de Segurança na decisão monocrática no Supremo Tribunal Federal discordou da aplicação da desconsideração pelo Tribunal de Contas da União. Ato contínuo, o vice procurador geral da república manifestou-se pela denegação da segurança, discordando do entendimento na referida decisão e concordando com a aplicação correta pelo TCU, deliberação à qual se filia esse presente trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso. Senado. PL nº 6.814/17. **Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.**

Disponível em: <

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122766>.

Acesso em 27, out. 2018.

BRASIL, Lei Estadual nº 9.433, de 01 de março de 2005. **Dispõe sobre as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia e dá outras providências.** Salvador, BA, mar 2005.

BRASIL, Lei Estadual nº 15.608, de 16 de agosto de 2007. **Estabelece normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos poderes do estado do paraná.** Curitiba, PR, ago 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em <<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>> Acesso em 20, out. 2018.

BRASIL, Lei nº 3.071. Código civil dos estados unidos do brasil, de 1º de janeiro de 1916.

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

BRASIL, Lei nº 5.172, 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.** Brasília, DF, out 1966

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Brasília, DF, jan 2012.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Brasília, DF, mar 2015.

BRASIL, Lei Federal Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Brasília, DF, jan 1999.

BRASIL. Lei federal 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.** Brasília, DF, ago 2013.

BRASIL, Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Brasília, DF, dez 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - MC MS: 32494 DF - DISTRITO FEDERAL 9993042-79.2013.1.00.0000, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 12/04/2018, Data de Publicação do DJ Nr. 224 do dia 13/11/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - RE: 160381 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 29/03/1994, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 12-08-1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1526287 SP 2013/0175505-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 16/05/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/05/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp: 948117 MS 2007/0045262-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/06/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/08/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1186192/MT, 1ª Turma. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julg. 12.11.2013. DJe, 02 dez. 2013.)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1652080 MG 2017/0023685-0, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Publicação: DJ 03/09/2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp 151567 / RJ - SEGUNDA TURMA - Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. Publicação: DJ 14/04/2003

BRASIL. Tribunal de Contas da Uniao. Acórdão n.º 2593/13. Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES.

BRASIL. Tribunal de Contas da Uniao. Acórdão n.º 2218/11. Relator: JOSÉ MÚCIO MONTEIRO.

BRASIL. Tribunal de Contas da Uniao. Acórdão nº 2304/09. Relator: Min. JOSÉ JORGE.

BRASIL. RMS 15.166/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. Desconsideração da personalidade jurídica : aspectos processuais. 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2009.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** 5ª edição ver. Ampl. E atual. Salvador, JusPODIVM, 2018.

COELHO, Paulo Ulhôa. **Curso de Direito Comercial,** v. 2. São Paulo. Ed. Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder e Calixto Salomão Filho. **O poder de controle na sociedade anônima.** 6. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014

DIREITO, Carlos alberto menezes. **a desconsideração da personalidade juridica.** em ROSAS, Roberto; ALVIM, Arruda (coords.). Aspectos controvertidos do Novo Código Civil; escritos em homenagem ao Min. José carlos moreira alves, Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FARIAS, Luciano Chaves de. **Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa.** Boletim de Licitações e Contratos, n. 11, ano XX, nov. 2007.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo.** 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

FILHO, Marçal Justen. **Coluna da Gazeta do Povo - A Lei Anticorrupção, o Novo CPC e as figuras da responsabilidade de terceiro e da desconsideração da pessoa jurídica.** em 14.03.2016, disponível em << <http://justenfilho.com.br/tags/lei-anticorrupcao/>>>, acesso em 21, out. 2018

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos,** 15^a ed., São Paulo: Dialética. 2012.

GOMES, José Jairo, **Direito Civil. Introdução e Parte Geral.** Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

MADALENO, Rolf, 1954– **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões.** 2^a ed., – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAGALHÃES, J. **Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013).** Revista Controle - Doutrina e Artigos, v. 11, n. 2, p. 24-46, 31 dez. 2013.

MARINELA, Fernanda. **Lei anticorrupção : Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013 /** Fernanda Marinela, Tatiany Ramalho, Fernando Paiva. — São Paulo : Saraiva, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** - 34. ed. - São Paulo : Atlas, 2018.

MORENO, Fernando Machado. **As sanções administrativas da lei de licitações e a desconsideração da personalidade jurídica.** Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

MOSCON, Camila Soares. **Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica à Sanção de Inidoneidade para Licitar e Contratar com a Administração Pública.** Artigo PósGraduação. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011.

NAHAS, Thereza. **Desconsideração da Pessoa Jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho.** 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática /** Rafael Carvalho Rezende Oliveira, prefácio José dos Santos Carvalho Filho – 7. ed., rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

PERRET, Claudia Renata da E. Lemos. **A desconsideração da personalidade jurídica.** Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.

PESTANA, Marcio. **Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013** - Barueri, SP: Manole, 2016.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo.** 31. ed. rev. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PIRES, Antonio Cecílio Moreira. **A desconsideração da personalidade jurídica nas contratações públicas.** São Paulo: Atlas, 2014.

TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil** / Flávio Tartuce. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TOMAZETTE, Marlon, **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário,** vol. 1, ed. 3, São Paulo: Atlas, 2011.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2003.