

ANÁLISE HISTÓRIA DA APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EM EMPRESAS PARTICIPANTES DE LICITAÇÕES.

Juliana Janine Trovão Santos¹

Sumário: Resumo; 1 Introdução; 2 Licitação e sanções: a Lei n. 8.666/93 e a legislação mineira; 3 A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro; 4 Da Lei n. 12.846/13 – Lei Anticorrupção; 5 Da evolução histórica da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica à empresas constituídas com o fim de burlar a aplicação de penalidade administrativa; 6 Conclusão. Referências.

RESUMO

Este trabalho traça uma análise histórica a respeito da fundamentação jurídica para se realizar, por meio de processo administrativo, a desconsideração da personalidade jurídica de empresa licitante, quando ficar comprovado que a empresa licitante possui o mesmo objeto social e foi constituída pelos mesmos sócios de empresa apenas administrativamente com as sanções de suspensão do direito de licitar e contratar com a administração pública ou, que tenha sido declarada inidônea.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração da personalidade jurídica. Processo Administrativo. Fraude. Sanção Administrativa.

ABSTRACT

This work is a historical analysis concerning the legal basis to take place through the administrative process, the disregard of legal personality of bidding, when it is proved that the bidding company has the same business purpose and was formed by the same company partners sanctioned administratively with the suspension of the right to bid and contracting with the government or the declaration of unfitness.

KEYWORDS: Disregard of legal personality. Administrative process. Fraud. Administrative sanction.

¹ Advogada da Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA MG. Graduada e com especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES. Pós-graduada *lato sensu* (Especialista) em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-MINAS).

1 INTRODUÇÃO

Órgãos e entidades que realizam licitações públicas, não raro se deparam com a participação, em processos licitatórios, de empresas constituídas pelos mesmos sócios daquelas declaradas inidôneas ou impedidas de licitar e contratar com a administração. Disfarçados em novas pessoas jurídicas, criadas visando esquivarem-se dos efeitos da penalidade administrativa imposta, os sócios, em última análise, os beneficiários da atividade empresarial, tentam escapar dos efeitos decorrentes da aplicação da sanção, numa manobra aparentemente legal, contudo, imoral, num típico caso de abuso de direito.

Nesse contexto, a desconsideração da personalidade jurídica da nova empresa apresenta-se como solução para coibir a tentativa de fraude à licitação, deliberadamente praticada pelas pessoas físicas, os sócios, que se veem protegidos pelo princípio da autonomia jurídica das sociedades.

Embora tratada como uma excepcionalidade, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem sido aplicada pelo judiciário quando, dos autos, resta comprovado que a pessoa jurídica é mero instrumento para a prática de fraude ou abuso de direito.

Amplamente discutida pela doutrina e pela jurisprudência na análise e solução de casos concretos, com o passar dos anos, os fundamentos da teoria foram transportados para a legislação brasileira, passando a figurar em vários dispositivos legais, tais como: art. 50 do Código Civil Brasileiro – CCB; arts. 117, 233 e 244, § 2º da Lei n. 6.404/76; art. 135 do Código Tributário Nacional – CTN e, mais recentemente, na Lei 12.846/13, apelidada de Lei Anticorrupção.

Contudo, em que pese a previsão contida no art. 14 da Lei 12.846/13 de que: “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.” passados mais de dois anos da entrada em vigor da referida Lei, ainda pairam dúvidas a respeito da extensão da aplicabilidade do referido dispositivo.

Na prática, verifica-se um conflito entre o suposto direito do particular em participar de licitações e contratar com a administração pública - por meio de

empresa, em tese, regularmente constituída - e o direito da administração de manter afastadas de seus certames pessoas jurídicas estruturadas pelos mesmos sócios de empresas apenas administrativamente.

Partindo da pesquisa e análise da doutrina e da jurisprudência, bem como da interpretação da legislação aplicável ao tema, especialmente da Lei 12.846/13 e da regulamentação mineira atinente à matéria, propõe o presente estudo traçar uma evolução histórica a respeito da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica de empresas participantes de processos licitatórios, em processo administrativo instaurado pelo órgão ou entidade licitante.

Pretende-se, especificamente, discutir a viabilidade jurídica de se declarar, em processo administrativo regularmente instaurado, a desconsideração da personalidade jurídica de empresa constituída pelos mesmos sócios de empresa declarada inidônea ou impedida de licitar e contratar com a administração pública, de forma a se estender a aquela os efeitos da penalidade aplicada a esta.

2 LICITAÇÃO E SANÇÕES: A LEI N. 8.666/93 E A LEGISLAÇÃO MINEIRA

Editada com o fim de regulamentar a previsão do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, institui normas gerais sobre licitações e os contratos celebrados pela Administração Pública.

Concebida em um momento histórico peculiar, em que a legislação brasileira passava a refletir a nova ordem jurídica estabelecida na Constituição Federal recentemente promulgada, a chamada Lei de licitações importou da Carta de 1988 princípios e valores consagrados no Estado Democrático de Direito. Não sem razão, logo em seu artigo 3º, a Lei n. 8.666/93 enuncia a que se destina a Licitação: garantir a observância aos princípios constitucionais da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, também enumerados como princípios norteadores da administração pública, no caput do art. 37 da Constituição Federal.

Mas, se por um lado, a redação do referido artigo 3º traduz afinada sintonia com o espírito da Constituição promulgada, por outro, ao intérprete atento revela que a aplicação de seu texto não constitui tarefa fácil, considerando a amplitude de conceitos dos princípios que, no caso concreto, haverão de ser harmonizados.

Assim, não é incomum, no dia a dia dos certames, o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade ser invocado para flexibilizar o da vinculação ao

instrumento convocatório e obtemperar o do formalismo ou, com base no princípio da legalidade, afastar previsões do edital que contrariam ou extrapolam a legislação vigente.

Marçal Justen Filho, ao discorrer sobre os princípios norteadores da licitação e, especificamente, sobre o do formalismo, apresenta diretrizes do caminho a ser trilhado pelo aplicador da Lei:

Os diplomas legais podem ser mais ou menos formalistas. Isso não autoriza o formalismo do intérprete. Não pode transformar-se em autômato, pretendendo localizar a mais rigorosa compatibilidade entre o mundo dos fatos e o texto escrito de uma lei. A lei não é elaborada para bastar-se a si mesma, tal como se os fins do Direito fossem menos relevantes do que as palavras do legislador. Portanto, **aplicar a Lei 8.666 não consiste numa mera atividade mecânica, derivada da simples inteligência do sentido das palavras. É necessário compreender os valores veiculados através do diploma, verificar os fins a serem atingidos e escolher a solução mais compatível com todos os princípios jurídicos consagrados pelo Direito brasileiro.** (JUSTEN FILHO, 2008, p. 76) (grifos nossos).

O autor deixa claro, pois, que o intérprete deve se inspirar nos princípios jurídicos consagrados no direito pátrio para, no caso concreto, identificar a solução que melhor traduz os valores veiculados pelo dispositivo legal, transpondo a mera interpretação literal.

Nos dias atuais, verifica-se que a contratação de obras e serviços, as compras, alienações e locações realizadas pela administração pública têm exigido, cada vez mais, a adoção de procedimentos céleres e eficientes, que possibilitem ao Estado bem servir seus administrados. É nesse contexto que novos dispositivos legais têm sido editados com o objetivo de fornecer mecanismos procedimentais alternativos, visando dar maior celeridade às contratações públicas.

Nesse sentido, a Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, instituiu a nova modalidade licitatória denominada Pregão, cuja principal característica é a inversão das fases da licitação, propiciando maior agilidade no procedimento e maior economia para os cofres públicos, vez que a modalidade, além de fomentar a competição na fase de lances, permite ampla negociação.

Contudo, se o procedimento licitatório tem sido repensado e adequado para melhor atender aos anseios de eficiência na gestão da coisa pública, os dispositivos que regulamentam a execução dos contratos administrativos, tratados no Capítulo III

da Lei n. 8.666/93, não sofreram mudanças significativas desde a edição da Lei, assim como as sanções administrativas previstas nos artigos 81 a 88 do mesmo estatuto legal.

Depreende-se, portanto, que as chamadas cláusulas exorbitantes, previsões unilaterais, que ressalvam o direito de a administração pública aplicar sanções administrativas, rescindir unilateralmente contratos firmados e, nos casos de contratação de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato administrativo rescindido, encontram-se plenamente incorporadas ao cotidiano das contratações públicas.

As sanções administrativas, especialmente a suspensão do direito de licitar e contratar com a administração, bem como a declaração de inidoneidade ganham relevância no desenvolvimento do presente estudo. As duas hipóteses foram previstas, respectivamente, nos incisos III e IV do art. 87, da Lei n. 8.666/93:

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

[...]

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 ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. (BRASIL, 2016).

Essas duas sanções administrativas são graves e a aplicação de ambas pressupõe a prática de condutas sérias, justificando o afastamento provisório do direito atribuído ao particular de manter vínculo com a administração pública.

O Estado de Minas Gerais, embora não tenha editado lei própria que disponha sobre licitações e contratos administrativos, a exemplo do que ocorreu nos estados da Bahia e do Paraná², regulamentou, por meio da Lei n. 14.167, de 10 de janeiro de 2002, a adoção do Pregão como modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns no Estado.

² Conferir o art. 78 da Lei 9.433/05 do Estado da Bahia e o art. 40 da Lei 15.340/06 do Estado do Paraná.

Anteriormente, em 18 de setembro de 2001, o Estado de Minas Gerais já havia editado a Lei Estadual n. 13.994, instituindo o Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual – CAFIMP, atualmente regulamentada pelo Decreto n. 45.902, de 27 de janeiro de 2012, que também dispõe sobre o Cadastro Geral de Fornecedores – CAGEF, previsto no art. 34 da Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Conclui-se, assim, que o Estado de Minas Gerais, no uso de sua competência, fez opção por legislar sobre o tratamento a ser adotado em caso de inadimplência das empresas contratadas pelos órgãos e entidades da administração pública do Estado, dispondo, nos arts. 2º e 3º da Lei n. 13.994/01, que:

Art. 2º - Será incluída no Cadastro instituído por esta lei a pessoa física ou jurídica que:

I - não cumprir ou cumprir parcialmente obrigação decorrente de contrato firmado com órgão ou entidade da administração pública estadual;

II - tenha praticado ato ilícito visando a frustrar os objetivos de licitação no âmbito da administração pública estadual;

III - tenha sofrido condenação definitiva por praticar, por meio doloso, fraude fiscal no recolhimento de qualquer tributo;

IV – demonstrar não possuir idoneidade para contratar com a administração pública em virtude de ato ilícito praticado.

Parágrafo único - Será imediatamente incluído no Cadastro o fornecedor que, na data da entrada em vigor desta lei, esteja cumprindo penalidade prevista nos incisos III ou IV do art. 87 da Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 3º - São consideradas **situações caracterizadoras de descumprimento total ou parcial de obrigação contratual**, dentre outras:

I - o não-cumprimento de especificação técnica relativa a bem, serviço ou obra prevista em contrato;

II - o retardamento imotivado da execução de obra, de serviço, ou de suas parcelas, ou de fornecimento de bens;

III - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento do bem, sem justa causa e prévia comunicação à administração;

IV - a entrega, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, furtada, deteriorada, danificada ou inadequada para o uso;

V - a alteração de substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

VI - a prestação de serviço de baixa qualidade;

VII - a não assinatura do contrato no prazo estabelecido pela administração pública estadual. (BRASIL, 2016) (grifos nossos).

Ao regulamentar a Lei Estadual n. 13.994/01, o Decreto n. 45.902/12, em seu art. 46, basicamente repetiu a redação do art. 3º da Lei, definindo no art. 47, §1º, objetivamente, o prazo de duração da penalidade de suspensão imposta para cada hipótese de descumprimento.³

Nota-se, portanto, que o executivo estadual, ao regulamentar a Lei 13.994/01 apresentou um elenco de hipóteses para a aplicação da penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a administração pública do Estado, sem exaurilas. E, mais ainda, atribuiu de forma objetiva, para cada hipótese prevista, os respectivos prazos de suspensão, valorando objetivamente a intensidade lesiva da conduta praticada pela empresa licitante ou contratada.

Para a hipótese da sanção administrativa da declaração de inidoneidade, prevista no art. 87, inciso IV da Lei n. 8.666/93, o tratamento dado tanto pela Lei n. 13.994/01, quanto por seu Decreto regulamentador foi genérico.

Registra-se que desde 2008, o Decreto regulamentador da Lei n. 13.994/01, à época o Decreto n. 44.431/2006, com alteração inserida pelo Decreto Estadual n. 44.786/08, passara a prever a possibilidade de extensão dos efeitos das penalidades de suspensão temporária e declaração de inidoneidade às empresas constituídas mediante fraude ou abuso de forma, bem como às pessoas naturais envolvidas, especificando-se as condições para a concretização desta providência.

Transcreve-se a atual redação do art. 39 do Decreto Estadual n. 45.902/12:

Art. 39. Observado o disposto no *caput* do art. 38, constatando-se a existência de fraude ou abuso de forma na criação de pessoas jurídicas, **os efeitos das sanções administrativas que restringem**

³Art. 47. O fornecedor que incorrer em alguma das hipóteses previstas no art. 45 estará sujeito, sem prejuízo das demais sanções previstas no art. 38, à suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a Administração Pública Estadual ou à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

§ 1º A suspensão temporária impedirá o fornecedor de licitar e contratar com a Administração Pública Estadual pelos seguintes prazos: I - **seis meses**, nos casos de: a) alteração de substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; ou b) prestação de serviço de baixa qualidade. II - **doze meses**, no caso do descumprimento de especificação técnica relativa a bem, serviço ou obra prevista em contrato; III - **vinte e quatro meses**, nos casos de: a) retardamento imotivado da execução de obra, de serviço, de suas parcelas, ou de fornecimento de bens; b) paralisação de obra, de serviço ou de fornecimento de bem, sem justa causa e prévia comunicação à Administração Pública Estadual; c) entrega de mercadoria falsificada, furtada, deteriorada, danificada ou inadequada para o uso, como se verdadeira ou perfeita fosse; d) praticar ato ilícito visando frustrar os objetivos de licitação no âmbito da Administração Pública Estadual; ou e) sofrer condenação definitiva por praticar, por meio doloso, fraude fiscal no recolhimento de qualquer tributo.

§ 2º Será declarado inidôneo, ficando impedido de licitar e contratar com Administração Pública por tempo indeterminado, o fornecedor que demonstrar não possuir idoneidade para tanto, em virtude de ato ilícito praticado.

§ 3º Em qualquer caso, a escolha da sanção administrativa e a gradação do prazo de suspensão do direito de licitar e contratar deve, obrigatoriamente, levar em conta a natureza e a gravidade da irregularidade bem como a extensão dos danos que dela provierem para a Administração Pública Estadual.

(grifos nossos)

o direito de licitar e contratar poderão ser a elas estendidos, bem como às pessoas naturais envolvidas, sem prejuízo da aplicação da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e demais medidas administrativas e judiciais cabíveis.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput à pessoa jurídica quando:

I - for constituída por empresário individual, acionista controlador, sócio administrativo ou sócio majoritário de sociedade que esteja cumprindo as referidas sanções;

II - tiver objeto social similar ao da sociedade punida ou atuar no mesmo segmento de fornecimento de bens ou prestação de serviços. (BRASIL, 2016) (grifos nossos)

Numa primeira análise, depreende-se que o texto do mencionado dispositivo inovava o direito, pois, à época, não havia na legislação federal ou estadual, previsão legal para a hipótese tratada e, como é assente na doutrina e na jurisprudência, o decreto tem sua abrangência limitada pelo texto legal que regulamenta, não podendo o executivo ampliar a permissão concedida pelo legislador.

Contudo, aprofundando no estudo da questão, era possível identificar no ordenamento jurídico outros valores que, se ponderados à luz dos princípios jurídicos consagrados no ordenamento pátrio, podiam endossar eventual decisão administrativa no sentido de se promover a desconsideração da personalidade jurídica de empresa licitante criada com o fim de driblar o cumprimento da penalidade de suspensão dos direitos de licitar ou contratar com a administração ou, aquelas declaradas inidôneas.

É que, embora a redação do referido art. 39 do Decreto Estadual nº 45.902 não mencione a expressão “desconsideração da personalidade jurídica”, o que se pretende ao prever “*constatando-se a existência de fraude ou abuso de forma na criação de novas sociedades, os efeitos das sanções administrativas de suspensão temporária e declaração de inidoneidade poderão ser a elas estendidos, bem como às pessoas naturais envolvidas (...)*” nada mais é, a nosso ver, que desconsiderar a personalidade jurídica da nova empresa, criada com o fim de burlar os efeitos da sanção administrativa imposta à primeira, estendendo-se à segunda os mesmos efeitos da sanção que cumpre a apenada.

3 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

Propala a doutrina comercialista que a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é a mais importante conquista do direito societário. Mesmo que instituída pelo concurso de vontades particulares, a sociedade assume personalidade jurídica própria, ficando autorizada a adquirir direitos e a contrair obrigações. Há, portanto, plena autonomia patrimonial, conforme enuncia o art. 1024 do Código Civil Brasileiro: “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.”

Fran Martins, em seu Curso de Direito Comercial, assim distingue as pessoas físicas das jurídicas:

Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento; pelo contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio. Por tal razão, **as pessoas jurídicas têm nome particular, como as pessoas físicas, domicílio e nacionalidade; podem estar em juízo, como autoras ou como rés, sem que isso se reflita na pessoa daqueles que as constituíram. Finalmente, têm vida autônoma, muitas vezes superior às das pessoas que as formaram; em alguns casos, a mudança de estado dessas pessoas não se reflete na estrutura das pessoas jurídicas, podendo, assim, variar as pessoas físicas que lhes deram origem sem que este fato incida no seu organismo.** É o que acontece com as sociedades institucionais ou de capitais, cujos sócios podem mudar de estado ou ser substituídos sem que se altere a estrutura social. (MARTINS, 2001, p.148) (grifos nossos).

Ocorre que, não raro, os sócios instituidores usam da autonomia patrimonial da sociedade para a prática de fraude ou abuso de direito, desvirtuando os fins para os quais ela fora constituída. Assim, a chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica ou *disregard of legal entity* ou ainda *disregard theory*, mostra-se como uma reação do direito ao mau uso da pessoa jurídica, que teve sua função social deturpada, vindo a ser utilizada como instrumento para prejudicar terceiros.

Luciano Amaro assim define a teoria da desconsideração da personalidade jurídica:

(...) uma técnica casuística (e, portanto, de construção pretoriana) de solução de desvios da função da pessoa jurídica, quando o juiz se vê diante de situações em que prestigiar a autonomia e a limitação de

responsabilidade da pessoa jurídica implicaria sacrificar um interesse que ele reputa legítimo. (AMARO, 1993, p. 74-75).

André Luiz Ramos (2010) ensina que, sendo fruto de uma construção jurisprudencial, sobretudo inglesa e norte-americana, os pilares da teoria da desconsideração da personalidade jurídica foram construídos no caso *Salomon versus Salomon & Co. Ltd.*, julgado em última instância em 1897, pela Câmara dos Lordes, na Inglaterra.

A *Salomon & Co. Ltd.* fora constituída em 1892, por Aaron Salomon, sua mulher, sua filha e seus quatro filhos, num total de 20.007 ações, das quais, 20.001 pertenciam a Salomon e as outras seis ações à mulher e aos cinco filhos cada uma. Salomon integralizou 20.000 ações por meio da transferência para a sociedade de um fundo de comércio de que era proprietário individual. O valor da transferência do fundo de comércio seria bem superior ao valor das ações subscritas, ficando Aaron, com uma garantia real constituída em seu favor, portanto, ainda credor da *Salomon & Co. Ltd.*, no valor equivalente à suposta diferença. Posteriormente, com a insolvência da sociedade e vindo ela a ser dissolvida, os credores quirografários amargaram prejuízos, vez que, pago o suposto crédito privilegiado de Aaron Salomon, as demais obrigações não puderam ser adimplidas.

A tese defendida pelo liquidante na defesa dos credores quirografários sustentou então que a atividade da empresa *Salomon & Co. Ltd.* nada mais era que a própria atividade de Salomon, que teria usado do artifício da constituição da pessoa jurídica para limitar sua responsabilidade. Assim, Aaron Salomon deveria ser condenado a pagar os débitos da sociedade aos credores quirografários, utilizando o valor a ele pago na liquidação de seu crédito privilegiado. Nascia, assim, um novo entendimento: afastar a pessoa jurídica *Salomon & Co. Ltd.* para se enxergar quem realmente agia por meio da sociedade.

As sentenças de 1º grau acataram a tese, depois de reconhecerem que Aaron Solomon tinha total controle sobre a sociedade e, desse modo, não se justificava a separação patrimonial entre ele e a pessoa jurídica. Porém, esse entendimento foi, unanimemente, refutado pela Câmara dos Lordes, que julgou válida a constituição da companhia, ao entender que a lei exigia simplesmente a participação de sete pessoas, que haviam criado uma pessoa distinta daquela de si mesmas.

Mas, conforme relata Rubens Requião (1998), a tese das decisões reformadas nas instâncias inferiores repercutiu, dando origem à *disregard of legal entity*, sobretudo, nos Estados Unidos, onde se formou larga jurisprudência, expandindo-se para Alemanha e outros países europeus.

A primeira manifestação dos tribunais brasileiros, em que o princípio da autonomia patrimonial da empresa foi superado para afastar a pessoa jurídica e responsabilizar a pessoa do sócio, ocorreu no julgamento da Apelação n. 9.247, de relatoria do Desembargador Edgard de Moura Bittencourt, no então Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, em 1955. Contudo, a decisão não fez qualquer referência expressa à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, à época, ainda incipiente no direito brasileiro. A decisão fundamenta-se basicamente na impossibilidade de o direito cancelar a fraude ou o abuso.

A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu a entrar a própria ação do Estado na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao Direito. (BRASIL, Tribunal Alçada da Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 9.247, Segunda Turma, Rel. Des. Edgar Moura Bittencourt, São Paulo, SP, 1955, D.J. **Lex:** jurisprudência do TAJSP. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2016).

Observa-se que, paulatinamente, os fundamentos de tal teoria foram sendo absorvidos pelo legislador brasileiro, que passou a prever em diplomas legais a hipótese da responsabilização dos sócios por atos praticados em nome da sociedade. Nesse sentido, destaca-se o Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/90, art. 28; Lei n. 12.529/11, art. 34; Lei n. 9.605/98, art. 4º e, a Lei n. 10.406/02, o Código Civil Brasileiro, que estabelece em seu art. 50:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (BRASIL, 2016).

Embora com redações distintas, peculiares a cada matéria tratada, todos os dispositivos mencionados visam, como fim último, coibir a utilização fraudulenta e abusiva da pessoa jurídica.

4 DA LEI N. 12.846/13 – LEI ANTICORRUPÇÃO.

Sancionada em 1º de agosto de 2013 e passando a vigorar em 29 de janeiro de 2014, a Lei n.12.846 *dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.*

Sabe-se que a Lei foi editada para que o Brasil pudesse atender a compromissos internacionais assumidos, em razão de o País ter sido signatário da *Convenção para o Combate ao Suborno de Agentes Oficiais em Transações Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”)* de 1997 (a “Convenção OCDE”), que exige de seus signatários a edição de leis que proíbam o suborno de agentes oficiais e fixem penalidades eficientes a serem aplicadas aos infratores na hipótese de violação dessas regras.⁴

O Projeto de Lei n. 6.826/2010 (“PL”), de iniciativa do executivo federal, enviado à Câmara dos Deputados em 2010, somente foi levado à votação em 2013, após a onda de protestos populares contra a corrupção que se espalharam pelo Brasil em junho de 2013, o que levou a Presidência da República a requerer do Congresso a aplicação do “procedimento de urgência” para a aprovação do Projeto de Lei, permitindo que o texto fosse aprovado em 1º de agosto de 2013.

Nesse cenário, a nova Lei, que também tem como inspiração o princípio da moralidade, busca, diferentemente do que ocorre com a Lei n. 8.429/92, a chamada Lei de Improbidade Administrativa, cujo o foco principal é punir o agente público (corrompido), atuar no outro polo, o do corruptor.

Embora não tenha criado novas figuras típicas, além daquelas já previstas no Código Penal, na Lei de Improbidade e, na Lei 8.666/93, a Lei de Licitações, a Lei Anticorrupção traz diversas inovações para o contexto legislativo brasileiro, dentre elas: responsabilização objetiva, nos âmbitos administrativo e civil das pessoas jurídicas; sanções severas na ocorrência de práticas proibidas, como por exemplo, a aplicação de multas no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo ou, na

⁴A implementação da lei internacional anticorrupção no comércio: o controle legal da corrupção direcionado às empresas transnacionais. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5255/A%20implementa%C3%A7%C3%A3o%20da%20lei%20internacional%20anticorrup%C3%A7%C3%A3o%20no%20com%C3%A9rcio.pdf?sequence=1> Acesso em: 10 jan. 2016.

impossibilidade da utilização desse critério, as multas poderão variar de R\$ 6 mil a R\$ 60 milhões; responsabilização judicial, que poderá resultar na perda de bens, suspensão ou interdição parcial de atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica, proibição de receber incentivos, subsídios, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas; a figura do *compliance*⁵ e, o acordo de leniência⁶.

Nesse contexto, cuidou a Lei n.12.846/13 em seu Capítulo IV, dedicado ao processo administrativo de responsabilização, no art. 14, da previsão da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, sempre que esta for utilizada com abuso de direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos em seu texto legal, conforme segue:

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.
(BRASIL, 2016).

O art. 5º da mesma Lei é claro ao elencar as condutas puníveis pelo referido diploma legal:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:
I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

⁵ Nos termos do art. 7.º inciso VIII da Lei 12.846/13: "...mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

⁶ Nos termos do art. 16 da Lei 12.846/13, com redação dada pela Medida Provisória nº 703 de 18/12/2015: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no âmbito de suas competências, por meio de seus órgãos de controle interno, de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública, celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, de forma que dessa colaboração resulte: (...)”

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;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

(BRASIL, 2016). (grifamos)

Nota-se que o art. 5º traz um inciso específico para cuidar das condutas lesivas à administração atinentes às licitações e contratos administrativos, fixando como conduta punível o ato de criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo. É patente a intenção do legislador em bem resguardar a lisura na tramitação dos processos licitatórios.

Assim, quer parecer que a dificuldade do aplicador da regra estará justamente em demonstrar que a criação da empresa ocorrera de forma fraudulenta ou irregular, com o fim de participar de processo licitatório.

Para a temática proposta neste artigo, qual seja - a desconsideração da personalidade jurídica de empresa constituída pelos mesmos sócios daquela apenada com as sanções administrativas da suspensão do direito de licitar e contratar com a administração pública ou, a declaração de inidoneidade - tem-se que à norma extraída do art. 14, combinada a do art. 5º, inciso IV da Lei n. 12.846/13, revelam importante evolução legislativa e dão à Administração conforto na adoção dessa providência, caso a hipótese se configure na prática.

5 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA A EMPRESAS CONSTITUIDAS COM O FIM DE BURLAR A APLICAÇÃO DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi cunhada com o objetivo de proteger direitos e princípios basilares do ordenamento jurídico, uma vez que visa coibir a fraude e o abuso de direito cometidos por meio da pessoa jurídica.

Assim, é certo que o princípio da moralidade cria uma barreira intransponível para que a administração pública venha contratar empresa que, sabidamente, tenha sido constituída com o fim de burlar os efeitos de sanção administrativa imposta.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da moralidade ultrapassa a esfera administrativa, devendo orientar, também, a conduta do administrado.

(...) o princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, **mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública**. São frequentes, em matéria de licitação, os conluíus entre licitantes, a caracterizar ofensa a referido princípio. Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração **ou do administrado que com ela se relaciona** juridicamente, **embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa**. (DI PIETRO, 2008, p. 74.) (grifos nossos).

Na mesma linha, assevera Marçal Justen Filho:

A **ausência de disciplina legal não autoriza** o administrador **ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral**. A moralidade soma-se à legalidade. Assim, **uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida**. (...) Existindo imoralidade, afasta-se a aparência de cumprimento à lei ou ao ato convocatório.

(...) Extrai-se a intenção legislativa de que a licitação seja norteadada pela honestidade e seriedade. (...) O **Princípio da Moralidade também se refere à conduta dos próprios participantes da licitação**. A disputa deve ser honesta entre eles. Devem guardar postura moralmente correta perante os demais competidores e a Administração. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 72-3) (grifos nossos).

Ora, repugna ao direito permitir que os sócios de uma empresa, apenada com a suspensão ou a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, burlando a lei e fraudando os efeitos da penalidade imposta, venha participar de licitação e contratar com a entidade aplicadora da sanção, utilizando-se de outra pessoa jurídica, criada, posteriormente, para esse específico fim.

Nos idos de 2003 o Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (ROMS n. 15166/BA), proferiu emblemático julgamento sobre a questão. Transcreve-se trecho do acórdão do referido julgamento:

A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, **constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações (Lei n. 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. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 15166, Salvador/BA, Rel. Min. Castro Meira, Brasília, DF, 07 de agosto de 2003, D.J. 08 de setembro de 2003. **Lex**: jurisprudência do STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2016) (grifos nossos).

Em sua decisão, invocando princípios de envergadura constitucional, o ministro relator Castro Meira entendeu plenamente legal o procedimento realizado pela administração pública baiana, que em processo administrativo regularmente instaurado, havia demonstrado que a empresa recorrente possuía o mesmo quadro societário, o mesmo objeto social e o mesmo endereço da empresa apenada pela administração. Tais dados eram suficientes para comprovar a fraude e autorizar o

ente público licitante a aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no caso concreto.

Considerando a clareza de fundamentos do referido acórdão e seu valor histórico para a evolução doutrinária, jurisprudencial e, por que não dizer, legislativa da matéria, posto que, invariavelmente, são os tribunais e a doutrina quem motivam a produção legislativa, vale destacar alguns trechos do voto do Min. Castro Meira, acolhido por unanimidade pelos demais ministros da Segunda Turma do Tribunal:

Firmado o entendimento de que a Recorrente foi constituída em nítida fraude à lei e com abuso de forma, resta a questão relativa à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, na esfera administrativa, sem que exista um dispositivo legal específico a autorizar a adoção dessa teoria pela Administração Pública.

A atuação administrativa deve pautar-se pela observância dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. E esses princípios, quando em conflito, devem ser interpretados de maneira a extrair-se a maior eficácia, sem permitir-se a interpretação que sacrifique por completo qualquer deles.

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

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

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

A concepção moderna do Princípio da Legalidade não está a exigir, tão-somente, a literalidade formal, mas a inteligência do ordenamento jurídico enquanto sistema. Assim, como forma de conciliar o aparente conflito entre o dogma da legalidade e o Princípio da

Moralidade Administrativa é de se conferir uma maior flexibilidade à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a permitir o seu manejo pela Administração Pública, mesmo à margem de previsão normativa específica.

Convém registrar, por oportuno, que a aplicação desta teoria deve estar precedida de processo administrativo, em que se assegure ao interessado o contraditório e a mais ampla defesa, exatamente como realizado no caso dos autos. Ao prejudicado restará sempre aberta a porta do Judiciário, para que então possa provar, perante um órgão imparcial, a ausência de fraude à lei ou de abuso de forma, afastando, por conseguinte, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. No presente caso, a Recorrente não se desincumbiu desse ônus probatório.

Ademais, como bem lançado no Parecer Ministerial acostado às fls. 173/179, o abuso de um instituto de direito não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico. Seria uma grande incongruência admitir-se a validade jurídica de um ato praticado com fraude à lei, assim como seria desarrazoado permitir-se, com base no Princípio da Legalidade, como é o caso dos autos, a sobrevida de um ato praticado à margem da legalidade e com ofensa ao ordenamento jurídico. Não pode o direito, à guisa de proteção ao Princípio da Legalidade, atribuir validade a atos que ofendem a seus princípios e institutos.

Neste diapasão, acompanhe-se o escólio do Ilustre Professor Lamartine Correia de Oliveira (RT n. 6, p. 52):

“[...] o desconhecimento da forma da pessoa jurídica em casos de fraude à lei não passa de aplicação específica do princípio geral segundo o qual o abuso de um instituto jurídico não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico.”

[...]

Analogamente, como forma de garantir à Administração Pública um mecanismo eficaz de combate à fraude, é de admitir-se, em homenagem aos Princípios da Moralidade Administrativa e da Indisponibilidade do Interesse Público, possa a Administração desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade constituída em fraude à lei e com abuso de forma, mesmo à margem de previsão legal específica e sem a interveniência do Poder Judiciário, graças à executoriedade dos atos administrativos, desde que, repita-se, tenha sido assegurado ao administrado a mais ampla defesa em processo administrativo regular.

Adotar-se posicionamento contrário àquele veiculado no Acórdão recorrido, traria o risco de tornar ineficaz toda e qualquer sanção administrativa imposta às pessoas jurídicas. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 15166, Salvador/BA, Rel. Min. Castro Meira, Brasília, DF, 07 de agosto de 2003, D.J. 08 de setembro de 2003. **Lex:** jurisprudência do STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2016) (grifos nossos).

No mesmo passo, o Tribunal de Contas da União ao julgar a Representação n. TC-003.533/2006-1, publicada no Diário Oficial da União - DOU em 23/05/2008, promoveu a desconsideração da personalidade jurídica de sociedade que havia sido constituída com o fim de fraudar o procedimento licitatório, conforme se depreende de alguns trechos da decisão, que merecem destaque:

TC-003.533/2006-1 – Representação

Sumário: Representação formulada com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei de Licitações. Empresa constituída com o intuito de burlar a lei. Fraude em licitação. Audiência. Rejeição das razões de justificativa. Declaração de inidoneidade de licitante. Nulidade do certame e da contratação.

1. Confirmado que a empresa licitante foi constituída com o nítido intuito de fraudar a lei, cabe desconsiderar a sua personalidade jurídica de forma a preservar os interesses tutelados pelo ordenamento jurídico.

2. Deve ser declarada a nulidade de licitação cujo vencedor se utilizou de meios fraudulentos.

[...]

12.9. Defende, mais adiante, que a jurisprudência do TCU tem aplicado a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para imputação da responsabilidade aos sócios em casos de ressarcimento ao erário, mas a aplicação da referida teoria ainda não estaria devidamente uniformizada. Citou, então, o Acórdão n. 516/2004 – Plenário, que determinou a criação de grupo de trabalho no âmbito da SEGECEX para examinar a proposta do Sr. Procurador-Geral junto a esta Corte de Contas, no sentido da elaboração de anteprojeto de decisão normativa e/ou enunciado de súmula que contemple, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (fl. 131 do TC-021.928/2006-1).

[...]

12.12. O fato de a jurisprudência desta Corte de Contas utilizar com mais frequência o artifício de desconsiderar a personalidade jurídica de certas entidades no caso de ressarcimento ao erário não pode obstar o uso do mesmo em outros casos, quando necessário. Do contrário, corre-se o risco de tornar letra morta os incs. XIII e XIV do art. 4º da Lei n. 10.520/02, o art. 12, inc. IV, alíneas c e d, da Resolução n. 1.102, de 20.2.06, do Sesc, e também de se desrespeitar o princípio da moralidade.

[...]

Ademais, como bem-lançado no parecer ministerial acostado às fls. 173/179, o abuso de um instituto de direito não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico. **Seria uma grande incongruência admitir a validade jurídica de um ato praticado com fraude à lei, assim como seria desarrazoado permitir, com base no princípio da legalidade, como é o caso dos autos, a sobrevida de um ato praticado à margem da legalidade e com**

ofensa ao ordenamento jurídico. Não pode o direito, à guisa de proteção ao princípio da legalidade, atribuir validade a atos que ofendem seus princípios e institutos. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Representação n. TC-003.533/2006-1, Rel. Des. Urbano Ruiz, Brasília, DF, D.J. 23 de maio de 2008. **Lex:** jurisprudência do TCU. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>. Acesso em: 10 jan. 2016). (grifos nossos).

Em 2010 o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu decisão no sentido de estender à nova empresa, instituída pelos mesmos sócios da que fora administrativamente apenada, os efeitos da sanção aplicada, uma vez que restou comprovado o intuito de fraudar os efeitos da penalidade aplicada, segundo consta da Apelação n. 994.09.386867-1:

Pregão Presencial – Contratação do Fornecimento Mensal de Cestas Básicas Licitante Vencedora que Possui os Mesmos Gerentes, Sócios e Objeto Social de Empresa Apenada com Suspensão e Declarada Inidônea – Desconsideração da Personalidade Jurídica – Sanções Estendidas ao Novo Empreendimento Criado para Burlar a Lei e Fraudar o Certame – Contrato Nulo. O que se conclui de todas estas informações é que a empresa Nutricionale foi criada com o único e exclusivo escopo de burlar a lei e fraudar as licitações, das quais está impedida a Alimentar, por força da penalidade prevista na Lei n. 8.666/93. Por outro lado, segundo ensina Sílvio Rodrigues, em seu Curso de Direito Civil, “o que pretendem os adeptos dessa doutrina (teoria da despersonalização da pessoa jurídica) é justamente permitir ao juiz erguer o véu da pessoa jurídica, para verificar o jogo de interesses que se estabeleceu em seu interior, com o escopo de evitar o abuso e a fraude que poderiam ferir os direitos de terceiros e o fisco. Assim sendo, quando se recorre à ficção da pessoa jurídica para enganar credores, para fugir à incidência da lei ou para proteger um ato desonesto, deve o juiz esquecer a ideia de personalidade jurídica para considerar os seus componentes como pessoas físicas e impedir que através do subterfúgio prevaleça o ato fraudulento.” (in Direito Civil – Parte Geral, vol. 1, 32. ed. Saraiva, p. 96). Correta, portanto, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa Nutricionale, a fim de que a punição e a declaração de inidoneidade aplicadas à Alimentar a ela sejam estendidas. (BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 994.09.386867-1, Rel. Des. Urbano Ruiz, Casa Branca, SP, 26 de janeiro de 2010. **Lex:** jurisprudência do TJSP. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2016).

Importante registrar que a Lei Estadual n. 9.433/05 - que dispõe sobre as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras,

alienações e locações no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia - prevê expressamente em seu art. 200, a possibilidade de extensão a nova pessoa jurídica, constituída com objeto similar e pelos membros da sociedade apenada dos efeitos da sanção administrativa aplicada à primeira.

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. (BRASIL, 2011).

Também a Lei Estadual n. 15.340/06 que estabelece normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos Poderes do Estado do Paraná prevê em seu art. 158:

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 - às pessoas jurídicas que tenham sócios comuns com as pessoas físicas referidas no inciso anterior. (BRASIL, 2011).

Por fim, registra-se que o Projeto de Lei n. 7.709/09, que tinha por objetivo alterar a Lei n. 8.666/93, originário da Câmara dos Deputados, arquivado no Senado Federal em 2015 em razão da nova legislatura, previa a inclusão do inciso VI e dos parágrafos 1º e 2º ao art. 28 da Lei de Licitações, nos seguintes termos:

Art. 28 A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

[...]

VI – declaração do licitante, por si e por seus proprietários e diretores de que não está incurso nas sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 desta Lei.

§ 1º Não poderá licitar nem contratar com a Administração Pública pessoa jurídica cujos proprietários e diretores, inclusive quando provenientes de outra pessoa jurídica, tenham sido punidos na forma do § 4º do art. 87 desta Lei, nos limites das sanções dos incisos III e IV do mesmo artigo, enquanto perdurar a sanção.

§ 2º O impedimento de que trata o § 1º será também aplicado ao licitante que esteja manifestamente atuando em substituição a

outra pessoa jurídica, com o intuito de burlar a efetividade das sanções previstas no art. 87, III e IV, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa. (Redação do Parecer da CAE – Comissão de Assuntos Econômicos). (BRASIL, 2011).

6 CONCLUSÃO

Diante da linha de argumentação desenvolvida, conclui-se que se revela plenamente possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, pela administração pública, à empresa instituída por sócios de empresa apenada com as sanções de suspensão do direito de licitar ou contratar com a administração ou, a declaração de inidoneidade, restando configurado em processo administrativo regularmente instaurado, o fim de burlar os efeitos de sanção administrativa imposta.

Como a referida teoria tem por base a proteção de direitos e princípios basilares do ordenamento jurídico, não há dúvida de que sua aplicação é legítima em qualquer ramo do direito em que reste comprovado o uso da autonomia patrimonial da sociedade para o fim de encobrir fraudes e praticar abusos. Daí ser possível concluir que sua aplicação, pela entidade pública licitante, no âmbito das licitações, é plenamente viável, desde que respeitados o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Entende-se ainda que o artigo art. 39 do Decreto Estadual n. 45.902/12, não se encontra maculado pela ilegalidade. O dispositivo apenas estabelece parâmetros objetivos para se evidenciar a fraude ou o abuso de direito na criação de novas sociedades, autorizando a extensão dos efeitos da sanção aplicada à nova empresa *“constituída por empresário individual, acionista controlador, sócio administrativo ou sócio majoritário de sociedade que esteja cumprindo as sanções administrativas de suspensão temporária e declaração de inidoneidade e cujo objeto social seja similar ao da punida”*.

Ademais a festejada Lei Anticorrupção trouxe em seu bojo regra específica que contempla a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica de empresa, utilizada com abuso de direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na Lei, prevendo a possibilidade de se estender a seus administradores e sócios com poderes de administração (art. 14), todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica.

Prevê ainda a Lei Anticorrupção, dentre os atos lesivos à administração pública fixados em seu art. 5º, o de criar de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo.

Desta forma, ainda que sejam atendidos os preceitos formais para criação de uma nova pessoa jurídica, caso reste comprovado que o ato se presta, tão somente para driblar os efeitos da penalidade imposta à outra empresa, constituída pelos mesmos sócios e com o mesmo objeto social, restará, invariavelmente, comprovada a fraude e, por consequência, autorizada a desconsideração da personalidade jurídica, permitindo o afastamento da empresa do certame e, a aplicação das sanções legais a ela cabíveis.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Ajuris, v.20, n.58, p. 69-84, julho, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Lei de Licitações. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Lei n. 10.520 de 17 de julho de 2002. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Lei de Sociedades por Ações. Lei n. 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Lei de Improbidade Administrativa. Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127

BRASIL. Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Projeto de Lei n. 7.709 de 2007. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/80909>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.846 de 1º de agosto de 2013. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Lei Estadual n. 9.433 de 1 de março de 2005. Diário Oficial da Bahia. Disponível em: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/verdoc.php?id=63892>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Lei Estadual n. 15.340 de 22 de dezembro de 2006. Diário Oficial do Paraná. Disponível em: <http://www.alep.pr.gov.br/sc_integras/leis/LOS00015340.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Lei Estadual n. 14.167 de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=14167&comp=&ano=2002&aba=js_textoAtualizado#texto>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Lei Estadual n. 13.994/01 de 18 de setembro de 2001. Diário Oficial de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=13994&comp=&ano=2001&aba=js_textoAtualizado#texto>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Decreto Estadual n. 44.786 de 18 de abril de 2008. Diário Oficial de Minas Gerais. Disponível em:

<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=44786&comp=&ano=2008&aba=js_textoAtualizado#texto>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Decreto n. 44.431 de 29 de dezembro 2006. (revogado) Diário Oficial de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=44431&comp=&ano=2006&aba=js_textoAtualizado#texto>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL, Tribunal Alçada da Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 9.247, Segunda Turma, Rel. Des. Edgar Moura Bittencourt, São Paulo, SP, 1955, D.J. Lex: jurisprudência do TAJSP. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 15166, Salvador/BA, Rel. Min. Castro Meira, Brasília, DF, 07 de agosto de 2003, D.J. 08 de setembro de 2003. **Lex:** jurisprudência do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Representação n. TC-003.533/2006-1, Ministro Relator. Benjamin Zymler, Brasília, DF, 21 de maio de 2008, DOU. 23 de maio de 2008. Lex: jurisprudência do TCU. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 994.09.386867-1, Rel. Des. Urbano Ruiz, Casa Branca, SP, 26 de janeiro de 2010. **Lex:** jurisprudência do TJSP. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

COÊLHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Disregard Administrativa**. Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dalari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Aplicação do Código Civil às licitações e contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de direito empresarial**. O Novo Regime Jurídico-Empresarial Brasileiro. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. vol.1. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

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

Esforços internacionais contra a corrupção: A nova lei brasileira anticorrupção e a experiência canadense. Disponível em: <http://www.souzacescon.com.br/media/noticias/anexos/pt/c8485c09-dbfd-47c4-8831-38bb5a9528f2.pdf>