

A desconsideração da personalidade jurídica em face de impedimentos para participar de licitações e contratar com a Administração Pública: limites jurisprudenciais

Jessé Torres Pereira Junior
Marinês Restelatto Dotti

1. INTRODUÇÃO

A experiência da gestão pública conhece o expediente de constituir-se uma sociedade empresarial nova, com o propósito de contornar a incidência de normas definidoras de hipóteses que proíbem a participação de pessoas físicas ou jurídicas em licitações e contratações com a Administração Pública, seja em razão de vínculos indutores de impedimentos legais ou por efeito de penalidades aplicadas a sociedades anteriores.

Somente a previsão legal do impedimento ou do efeito da penalidade não tem bastado para dissuadir os impedidos ou os punidos de, mediante tal expediente da constituição de sociedade diversa, intentar, não raro logrando êxito, participar de licitações ou de contratar obras, serviços ou compras com a Administração Pública. Ao contrário, a existência do impedimento ou da penalidade parece estimular a fraude.

Decerto que à base desse expediente – ora tosco, ora refinado, em seus métodos de execução – está o princípio geral de direito segundo o qual a capacidade jurídica que se reconhece às sociedades empresárias regularmente constituídas, para assumir direitos e obrigações, decorre de personalidade própria, que não se confunde com a da pessoa física de seus sócios; seguindo-se que o patrimônio daquelas não responde por obrigações destes e vice-versa. Resulta que o impedimento ou o efeito da penalidade não alcançaria o impedido ou o punido se este passasse a participar de licitações ou contratações por meio de sociedade diversa daquela sujeita ao impedimento ou ao efeito da penalidade.

Jessé Torres Pereira Junior, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.
Marinês Restelatto Dotti é Advogada da União.

No direito privado, o abuso, perpetrado pela pessoa física dos sócios, consistente em empunhar como escudo a personalidade jurídica da sociedade, com o fim de livrarem-se de obrigações, gerou a chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que, a princípio em sede doutrinária e jurisprudencial, depois incorporada ao direito legislado, admite que o patrimônio de todos responda pelos encargos descumpridos. Assim é no direito brasileiro desde a década de 1970, quando foram dados os primeiros passos para a sua aplicação em casos concretos, sobretudo, em relações de índole comercial. Daí a cogitação de importar-se para as relações de direito público a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A passagem da tese à prática encontrou inúmeros obstáculos, na evolução quase cinquentenária da aplicação da teoria no direito privado. A mesma tendência se observa na importação desta para a seara do direito público, que se vem intensificando nos últimos dez anos. Por isso que os tribunais, judiciais e de contas, vêm construindo, em suas decisões, as regras e condições sob as quais cabe desconsiderar a personalidade jurídica de sociedades empresárias que, nada obstante impedidas, participam de licitações e contratam com a Administração, dando azo a situações que, se não claramente ilegais, contravêm aos princípios da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, que tutelam a administração direta e indireta de todos os poderes de qualquer das esferas da federação, a teor do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

O presente estudo almeja descortinar esse processo evolutivo da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nas licitações e contratações da Administração Pública, destacando os limites com que a jurisprudência dos tribunais judiciais e de contas a vem balizando. Em seu atual estágio, admite-se a desconsideração, desde que preenchidos certos requisitos, que os gestores devem conhecer e respeitar, sob pena de, visando a coibir a fraude, darem ensejo a excessos também prejudiciais ao interesse público.

2. HIPÓTESES DE IMPEDIMENTOS DE PARTICIPAR DE LICITAÇÕES E DE CONTRATAR COM O ESTADO

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Republicana de 1988, e institui normas gerais sobre licitações e contratos no âmbito dos órgãos da Administração direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelece proibições a que pessoas físicas ou jurídicas participem de licitações ou contratem com o Estado.

Considerando-se que todo certame seletivo público traduz opção (política pública traçada pela CR/88, art. 37, incisos II e XXI) que democratiza o acesso aos cargos e empregos públicos (concurso) ou aos contratos administrativos (licitação), na medida em que todos os candidatos ou concorrentes são admitidos à disputa, vencendo-a aqueles que, à vista de exigências editalícias isonômicas, comprovarem maior aptidão ou melhor proposta, todas as proibições à participação constituem exceções que não de ser implementadas na conformidade dos princípios e normas que as definam.

Mas a antiga tese de que ditas exceções não comportam interpretações analógicas ou extensivas, como próprio de todo impedimento ou suspeição que incompatibiliza o agente público com o exercício de função exigente de isenção ou imparcialidade (THEODORO JUNIOR, 1993), vem cedendo à compreensão de que, além das normas positivadas, também os princípios ministram os parâmetros necessários à configuração de hipóteses de impedimento. Ou seja, este permanece sendo, ontologicamente, exceção à regra geral da ampla participação em competições seletivas públicas (concursos e licitações) e na celebração de contratos administrativos, porém, a configuração do impedimento à participação e à contratação pode emergir tanto da incidência de norma vedativa específica quanto de princípios reitores da função administrativa estatal, flexibilizando-se, destarte, e em termos, o recurso hermenêutico à analogia e à extensão.

É que o instituto jurídico do impedimento tem por núcleo conceitual a isenção ou imparcialidade do sujeito, seja este agente público ou pessoa física ou jurídica que pretenda servir à administração pública mediante vínculo contratual. Se o sujeito tem comprometida a sua imparcialidade para bem desempenhar a função, deve ser impedido de fazê-lo. E o conceito de imparcialidade vem sendo depurado, em busca de maior sintonia com os princípios da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, notas dominantes do Estado democrático de direito.

No campo do direito processual, em que se consolidaram vetustas hipóteses legais de impedimento ou suspeição do juiz e de outros auxiliares da prestação jurisdicional (BRASIL, 1973, artigos 134-138), já se verifica a evolução do conceito de imparcialidade, como faz ver Alexandre Freitas Câmara, *verbis*:

A imparcialidade que se espera do juiz é a que resulta da ausência de qualquer interesse pessoal do juiz na solução da demanda a ele apresentada. Não se pode admitir que um processo seja submetido a um juiz ligado a alguma das partes por laços de parentesco ou amizade (ou mesmo de inimizade), ou que tenha interesse, econômico, jurídico ou de outra ordem, na vitória de qualquer das partes. O juiz deve ser alguém estranho às partes, sob pena de se desobedecer ao princípio do juiz natural, que exige não só um órgão com competência constitucional preestabelecida, mas também um juiz imparcial, sob pena de se violar a garantia do processo justo (2010, vol. I, p. 49).

Basta, no texto supratranscrito, que se leia “agente público” onde se lê “juiz” para que se alcance o teor de imparcialidade que deve nortear a condução dos procedimentos licitatórios e contratuais da Administração Pública, bem como as decisões que serão tomadas no curso de seus respectivos processos. De certo modo, as autoridades que presidem esses processos são os “juízes” administrativos - mais uma decorrência do princípio do “**juízo** objetivo”, regente de todos os certames seletivos públicos (Lei nº 8.666/93, artigos 3º, *caput*, 40, VII, e 45) - da aplicação de recursos públicos e da consecução dos interesses públicos que deve deles resultar, daí não se admitir que tenham qualquer interesse que não seja o público, a exigir-lhes isenção e imparcialidade em relação aos participantes, que, evidentemente, são titulares de interesses privados.

Para os fins deste estudo, importa conhecer-se, previamente, o casuísmo legal na definição das hipóteses que, ao se materializarem em situação concreta, produzem o efeito jurídico legítimo de impedir pessoa física ou jurídica de participar de licitação ou de contratar com a Administração Pública.

Importa porque, como se verá, a possibilidade de desconsiderar-se a personalidade jurídica pressupõe, sempre, o seu uso abusivo, que se consumará, ou não, conforme se comprove que o sujeito sabia encontrar-se em situação de impedimento e, ainda assim, a desafiou, por meio do escuso expediente de manipular a personalidade de pessoa jurídica diversa, ou tergiversando sobre o sentido da norma ou dos princípios que o censuram.

2.1 IMPEDIMENTO DECORRENTE DE CONFLITO DE INTERESSES

A primeira categoria de hipóteses de impedimento de participar de licitações e de contratar com o Estado tem sede no art. 9º da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

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

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

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

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

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

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação. (BRASIL, 1993).

Em tese, poder-se-ia anuir em que o autor do projeto guardaria isenção em sua elaboração, de modo a não lograr qualquer vantagem caso viesse a participar do procedimento licitatório a seguir instaurado para contratar a execução do projeto elaborado. Também o servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação, que detivesse informações privilegiadas sobre o seu regulamento, poderia resistir a fazer uso dessas informações com o fim de se beneficiar. No entanto, é tão indissociável da natureza humana prevalecer-se dessa situação que a Lei nº 8.666/93 houve por bem de evitar a mera possibilidade de que isso ocorresse. O conflito de interesses é evidente: o da Administração está em manter sob reserva aquelas informações, rente ao disposto no art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993, grifo nosso) (“A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, **salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura**”); o do autor do projeto ou o do servidor ciente do regulamento antes de sua publicidade oficial estaria em tirar o maior proveito pessoal de seu conhecimento. É a possibilidade do conflito entre o público e o privado que alicerça o impedimento.

2.2 IMPEDIMENTO POR EFEITO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA

O impedimento¹ de participar de licitação e contratar com o Estado, por efeito de sanção aplicada, encontra previsão na legislação que se arrola a seguir. Tratando-se de efeito de penalidade administrativa - somente impositivo ao cabo de processo regular, vale dizer, com as garantias da ampla defesa e do contraditório -, o impedimento, aqui considerado, é que dá efetividade à sanção. Sem o efeito do impedimento, a só imposição da penalidade

constituiria censura moral, sem repercussão material relevante. De efeito, de nada valeria declarar-se alguém inidôneo sem o conseqüente impedimento de, por isso mesmo, continuar a participar de licitações e de contratar com a Administração.

O impedimento por efeito de penalidade administrativa conta com expressa previsão em nada menos do que sete leis específicas.

Na Lei nº 8.666/93, que institui normas gerais sobre licitações e contratos administrativos:

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.

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).

Na Lei nº 10.520/02, que instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a modalidade licitatória do pregão, para aquisição de bens e serviços comuns:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no SICAF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. (BRASIL, 2002b).

Na Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União)²:

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (BRASIL, 1992b).

Na Lei nº 8.884/94, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia:

Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: [...] II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos. (BRASIL, 1994).

Na Lei nº 10.683/03, que define a competência da Controladoria-Geral da União:

Art. 18. [...] § 1º À Controladoria-Geral da União, por seu titular, sempre que constatar omissão da autoridade competente, cumpre requisitar a instauração de sindicância, procedimentos e processos administrativos outros, e avocar aqueles já em curso em órgão ou entidade da Administração Pública Federal, para corrigir-lhes o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível. (BRASIL, 2003a).

Na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa):

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. (BRASIL, 1992a).

Na Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas sobre eleições:

Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição.

§ 2º A doação de quantia acima do limite fixado neste artigo sujeita a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica que ultrapassar o limite fixado no § 1º estará sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa. (BRASIL, 1997).

Na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente:

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º: [...]

XI - restritiva de direitos. [...]

§ 8º As sanções restritivas de direito são: [...]

V - proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos. (BRASIL, 1998).

2.3 CADASTRO ÚNICO DE FORNECEDORES PROIBIDOS DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO E DE CELEBRAR CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A implantação de um cadastro único de fornecedores proibidos de licitar e contratar com o Estado é importante ferramenta a ser posta à disposição do gestor público, com o fim de viabilizar o intercâmbio de informações entre os distintos cadastros existentes no âmbito dos diversos órgãos e entidades da Administração Pública.

O Tribunal de Contas da União realizou auditoria na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com o objetivo de conhecer o conjunto de sistemas informatizados que compõem ou subsidiam o portal www.comprasnet.gov.br, no qual são realizados os pregões eletrônicos dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG). Um dos seus módulos é o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF. Ao apreciar o relatório produzido pela equipe de auditoria, o voto do Relator destacou que o SICAF

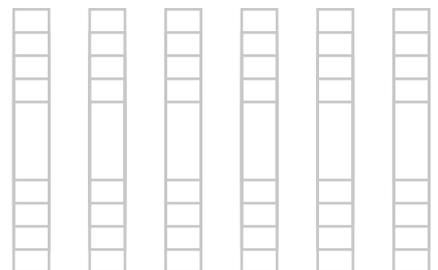
[...] não contempla o registro de ocorrências, a exemplo das impeditivas de contratar, de órgãos ou entidades não integrantes do Sisg e que optaram por ter cadastro próprio, nos termos da Lei nº 8.666/93, art. 34, § 2º. O fato possibilita a contratação de pessoa impedida de licitar e contratar com a Administração Pública, a exemplo das sanções previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93. (BRASIL, 2010c)

Em razão disso, o relator propôs e o Plenário determinou à Secretaria auditada que:

9.2.9. de forma a possibilitar o intercâmbio de informações de ocorrências de licitantes entre os distintos cadastros de fornecedores, notadamente as impeditivas de licitar e contratar, implemente procedimentos de envio remoto, por exemplo, utilizando *web services*;

9.3. recomendar à Casa Civil da Presidência da República que promova ações com vistas a propor projeto legislativo com o objetivo de tornar efetivas as sanções suspensivas e de declaração de inidoneidade a fornecedores previstas na legislação, tendo em vista a falta de obrigatoriedade de alimentação de um cadastro único de sancionados pelos diversos órgãos e entidades das esferas administrativas;

9.4. comunicar à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que as sanções a fornecedores definidas na Lei nº 8.666/93, art. 84, inciso IV, e na Lei nº 10.520/2002,



art. 7º, podem não ser efetivas, devido à ausência da obrigatoriedade de alimentação de cadastro único de ocorrências de fornecedores pelos diversos órgãos e entidades das esferas administrativas. (BRASIL, 2010c).

Fácil perceber a utilidade que teria tal cadastro único de fornecedores penalizados e, por conseguinte, impedidos de participar de licitações e de contratar com a Administração. Não apenas para garantir a efetividade da medida, como, também, para subsidiar o exame da pertinência da desconsideração da personalidade jurídica em casos concretos, como a seguir se verá.

Também daria passo inicial para distinguir, por contraste indiciário, os quadros societários em que estariam os mesmos sócios de pessoas jurídicas anteriormente impedidas de licitar e de contratar com a Administração Pública, daqueles em que figurariam terceiros, a encobrir os antigos sócios impedidos, ou seja, o que o jargão popular batizou de “laranjas” (pessoas que aparecem como sócias de direito, sem o serem de fato, nem terem ciência dessa situação, muito menos formação e meios para assumirem os respectivos encargos).

3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (*DISREGARD DOCTRINE*)

3.1 APLICABILIDADE

Tal como hoje consagrada, a desconsideração da personalidade jurídica é aplicável nos casos em que se desvia a pessoa jurídica de sua legítima finalidade, o que caracteriza abuso de direito, com o fim de lesar terceiros ou violar a lei, a configurar fraude. Abuso e fraude são, portanto, os requisitos da aplicação. À falta de qualquer deles, não se admite a desconsideração.

A legislação pátria afinal acolheu a teoria, tendo-a por acenável em hipóteses tais como as de falência, insolvência ou encerramento das atividades da sociedade empresária, se e quando de qualquer forma a personalidade jurídica desta for manejada como obstáculo ao ressarcimento de credores ou instrumento para a prática de ilicitude.

Tornou-se norma legal expressa a de que a personalidade jurídica de uma entidade empresarial, embora inconfundível com a pessoa de seus sócios, não pode ser por estes invocada com o fim de se esquivarem de responsabilidades por ato praticado com abuso de poder, por meio de fraude ou para prejudicar terceiros em nome da sociedade.

Nos casos mais comuns, a desconsideração da personalidade jurídica é aplicada para afastar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e envolver o patrimônio particular dos sócios, de modo a que tal patrimônio particular responda pelas obrigações da sociedade. A

desconsideração torna os sócios responsáveis, de forma solidária e ilimitada, desde que hajam praticado ato ilícito (civil ou penal), em abuso e fraude contra direito de terceiros, e usando a pessoa jurídica como barreira ou imunidade.

A jurisprudência das cortes judiciais³ vem evoluindo no sentido de admitir, também, a chamada desconsideração inversa, que é a que imputa à sociedade responsabilidade por obrigações não cumpridas pelos sócios.

Seja na desconsideração propriamente dita ou na invertida, os tribunais tendem a dispensar ação autônoma para a aplicação da medida excepcional, mas assentam que somente nos casos de abuso de direito, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que será ela legítima e conforme ao direito.

3.2 POSITIVAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Prescindiria de positivação (inscrição no direito legislado mediante norma escrita) a aplicação da teoria da desconsideração, uma vez que ao Estado-juiz compete verificar se o direito está sendo adequadamente realizado e aplicá-lo no caso concreto – direito subjetivo individual fundamental garantido pela CR/88, art. 5º, XXXV (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Nada obstante, o legislador houve por bem de albergar a teoria da desconsideração no ordenamento normativo brasileiro.

A iniciativa pioneira coube ao Código de Defesa do Consumidor, cujas regras foram copiadas e estendidas a relações outras que não as de consumo.

Eis o rol de leis cujas normas preveem a desconsideração da personalidade jurídica, no atual direito positivo brasileiro:

Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor):

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. [...]

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. (BRASIL, 1990).

Lei nº 8.884/94 (denominada Lei Antitruste), que trata da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica:

Art. 18 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. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (BRASIL, 1994).

Lei nº 9.605/98 (dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente):

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Lei nº 10.406/02 (Código Civil Brasileiro):

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, 2002a).

3.3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os julgados do STF têm reconhecido a possibilidade jurídica da intercomunicação dos patrimônios das pessoas jurídicas e das pessoas físicas de seus sócios, destacando que a responsabilidade destes (sócios) passa a ser ilimitada nas hipóteses de conduta dolosa ou culposa, da violação de lei ou do contrato social, situações que possibilitam a desconsideração da personalidade jurídica.

Trazem-se à colação excertos dos seguintes julgados:

Reputa-se lícita a sociedade entre cônjuges, máxime após o Estatuto da mulher casada. O sócio não responde, em se tratando de

sociedade por quotas de responsabilidade limitada, pelas obrigações fiscais da sociedade, quando não se lhe impute conduta dolosa ou culposa, com violação da lei ou do contrato. Hipótese em que não há prova reconhecida nas decisões das instancias ordinárias de a sociedade haver sido criada objetivando causar prejuízo à Fazenda, tampouco restou demonstrado que as obrigações tributárias resultaram de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou dos estatutos, por qualquer dos sócios. (BRASIL, 1989);

Como anotado no despacho inicial, a desconsideração da personalidade jurídica para extensão dos efeitos da falência não depende de ação autônoma e, uma vez lançada, abre a possibilidade de defesa.

No caso concreto, há elementos de convicção que apontam para a confusão patrimonial, independentemente dos diferentes objetivos sociais, como demonstrou a síndica. Ficou provado que a agravante foi constituída como sociedade anônima e dois meses depois adquiriu imóvel da empresa agora falida, por valor muito superior, nominalmente, ao de seu capital social, sem prova da origem ou da destinação. Não há dúvida de que Filtros Logan foi 'esvaziada' para prejudicar seus credores, passando imóveis para a Abesa e a industrialização e comércio de acessórios e serviços correlatos para a empresa PNP, todas se confundindo patrimonialmente entre si (v. fls. 107/121, 128/131, 163/167 e 169/242).

Bem ponderou, a propósito, o procurador de justiça que o objetivo social da agravante não é simplesmente civil e que se mostram presentes os requisitos da desconsideração das personalidades jurídicas e de extensão dos efeitos da falência. (BRASIL, 2004).

3.4 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM JULGADOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O TCU imputou, com supedâneo na desconsideração da personalidade jurídica, responsabilidade e aplicou penalidade de multa a ex-sócios de entidade empresarial por usufruírem

pessoalmente de recursos públicos ilicitamente auferidos de órgão municipal contratante (superfaturamento de preços). Veja-se excerto do Acórdão nº 189/2001, Plenário:

Dos fatos:

a) a empresa [...], em 1994, emitiu notas fiscais relativas a um suposto fornecimento de mercadorias para merenda escolar, verificando-se, depois, que as mesmas eram do tipo 'calçadas' (fls. 15/18);

b) a empresa [...] tem como único negócio o comércio de frangos, inclusive como fazem prova inventários de mercadorias de 1993 e 1994 (fls. 24/25) e os registros de entradas (fls. 33/45), portanto o que torna provável o não recebimento dos bens que constam nas notas fiscais citadas acima, fato que, nos autos, não foi abordado;

c) como se percebe, o dinheiro do pagamento foi sacado na própria agência, em linguagem mais corriqueira 'na boca do caixa' (fls. 59/60), pelos favorecidos que assinam no verso [...];

d) feito um comparativo de preços (fls. 93/94), demonstrou-se que o superfaturamento chegava a 280% em cruzeiros e 193,9%, se calculados em URV, lembrando que pesa, além disso, a provável hipótese de não entrega dos bens. Estando este em indícios e aquele provado, deu-se, a partir daqui, preferência pela irregularidade do sobrepreço (fls. 85);

e) interessante notar que a reunião da Comissão de Licitação foi realizada às 10h do dia 28.02.94 (fls. 122), sagrando vencedora a empresa [...] (não se verificando nem opinando pela paridade do preço com os de mercado). No mesmo dia foi homologado o certame pelo então prefeito (fls. 123). No mesmo dia 28.02.94 foi emitido empenho (fls. 51). No mesmo dia, 28.02.94, foram emitidas as notas fiscais pela [...] (fls. 15 e 17). No mesmo dia os insumos foram recebidos (?) na municipalidade (fls. 15 e 17 - vide atestes). No mesmo dia foi feita a ordem de pagamento (fls. 50). Apenas o cheque foi sacado, mesmo assim no dia seguinte (01.03.94), fls. 59/6;

f) outro fato de nota: a grafia que data o ateste da nota fiscal (fls. 52) parece ser a mesma que data a homologação do certame (fls. 123);

g) mais um elemento digno de nota: a única concorrente na Tomada de Preços nº 01/94 foi uma empresa de frutos do mar (fls. 128);

h) através da Decisão 68/98 - Plenário (fls. 153), foi determinada a conversão do processo em TCE e a citação, solidária, de [...] (ex-prefeito) e [...] (então presidente da Comissão de Licitação);

i) o Exmo. Sr. Ministro-Relator Guilherme Palmeira, em despacho saneador (fls. 171), faz incluir no rol de solidários os demais membros da Comissão de Licitação [...] e a Firma [...], na pessoa de seu representante legal;

j) citada a empresa [...], fatos novos aparecem aos autos com sua resposta (fls. 224/236), em resumo: que os recursos oriundos do pagamento feito à empresa jamais ingressaram em sua contabilidade e, portanto, em seu patrimônio; que em 1996 entrou na sociedade [...]; em maio de 1997, o novo sócio assumiu o controle total da empresa (fls. 225); que o antigo sócio deixou dívidas, ocultas quando da transação, bancárias, fiscais etc; que a empresa [...] encontra-se em sérias dificuldades financeiras.

Do Direito:

Como se observa, os antigos proprietários da empresa [...] agiram com as mais diversas modalidades de fraude: superfaturamento, venda de bens que nunca existiram legalmente, emissão de notas fiscais 'calçadas'. Ademais, retiraram o dinheiro referente ao pagamento diretamente no caixa do banco, não o fazendo ingressar em proveito da empresa. Está provado, portanto, que as ações foram em benefício próprio. (BRASIL, 2001).

3.5 REQUISITOS QUE AUTORIZAM A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Nada obstante a sua clara e reiterada admissão, a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica ainda suscita dúvidas em sua aplicação. Em julgamento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (Resp nº 1.098.712-RS), o relator, Min. Aldir Passarinho Junior, sublinhou a necessidade de cautela. A turma deu provimento a recurso especial interposto pelos sócios de uma sociedade empresária e reformou acórdão de Tribunal de Justiça estadual. Em síntese, a recorrida (a sociedade empresária) dirigiu ação monitória aos recorrentes, pela emissão de cheques não pagos (houve falência e arrecadação de bens particulares de sócios-diretores da empresa). Os sócios argumentaram que, embora possível a execução, a sentença de primeira instância, que acolhera a pretensão da credora, deveria haver

considerado se se caracterizara, ou não, desvio de finalidade ou confusão patrimonial (entre o patrimônio da empresa e o dos sócios), conforme estabelece o artigo 50 do Código Civil, o que não aconteceu. De acordo com o relator do recurso, a Justiça estadual não identificou motivos objetivos que autorizassem a desconconsideração da personalidade jurídica, razão pela qual deu provimento ao recurso.

4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Em vista da inexistência de norma legal expressa nesse campo do direito positivo brasileiro, é legítima a aplicação da teoria desconconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações e contratações administrativas?

Alinhando-se a outros autores de nomeada, Ricardo Watanabe⁴ entende que sim, *verbis*:

A atuação administrativa deve se pautar pela observância dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. O art. 37 da Constituição Federal prevê expressamente que 'a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência'.

Daí a indagação: com base no princípio da legalidade, aplica-se a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, apesar de não haver norma específica prevendo tal conduta da Administração Pública?

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que o princípio da legalidade obriga a administração pública a somente agir, no exercício de sua atividade funcional, conforme expressa previsão na lei. A Administração Pública não possui vontade pessoal.

No entanto, além do princípio da legalidade, existem outros aplicáveis especificamente às

licitações, quais sejam: isonomia; publicidade; impessoalidade; moralidade; probidade administrativa; vinculação ao instrumento convocatório e adjudicação compulsória (Lei nº 8.666/93).

No caso de fraude no procedimento licitatório, há evidente ofensa ao princípio da moralidade. Uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, que venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público, afronta os princípios de direito administrativo.

No particular, se, num lado, há o princípio da legalidade como controle da atuação administrativa, noutro, existem princípios (como o da moralidade administrativa e o da indisponibilidade do interesse público) que também hão de ser respeitados pela Administração Pública.

Diante de tal conflito, no intuito de se extrair a maior eficácia da atuação do Poder Público no caso concreto, deve-se proceder à ponderação, de modo que se atinja a melhor solução, harmonizando os referidos dogmas, sem que a aplicação de um deles acarrete o sacrifício de outro.

Não por outra razão, o princípio da legalidade tem sido tratado numa concepção moderna, que não exige tão somente a literalidade formal, mas a análise sistemática do ordenamento jurídico vigente.

Destarte, o simples fato de não haver norma específica autorizando a desconsideração da personalidade jurídica não pode impor à Administração que permita atos que afrontem a moralidade administrativa e os interesses públicos envolvidos. Embora não haja regra legal específica, deve-se empregar a analogia e os princípios gerais de direito (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 7º). Daí porque aplica-se, com uma maior flexibilidade, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa.

Ora, até com base no próprio princípio da legalidade, não parece razoável permitir o abuso de direitos e a validade de ato praticado com manifesto intuito de fraudar a lei.

Vale o escólio de LAMARTINE CORREIA DE OLIVEIRA: [...] 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. [...]

Provado o intuito de fraude à norma legal, será perfeitamente defensável decisão que desconheça a pessoa jurídica (RT 06/52).

[...]

Com efeito, no caso das licitações, havendo inequívoca intenção de fraudar a lei, parece 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.

Ora, se os bens da empresa forem insuficientes ao ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público, os quais, vale dizer, foram causados pelos sócios daquela, cabível é a responsabilização destes. Não se justifica favorecê-los com a intangibilidade de seu patrimônio pessoal, como se houvessem de ser beneficiados apesar de terem afrontado o ordenamento jurídico. (WATANABE, 2006).

4.1 EXTENSÃO, POR ATO ADMINISTRATIVO, DO IMPEDIMENTO DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO E DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO À SOCIEDADE CONSTITUÍDA COM O PROPÓSITO DE FRAUDÁ-LO

É juridicamente possível à Administração Pública, enfim, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade empresarial, para o efeito de estender-lhe a penalidade aplicada a outra, tendo sido aquela constituída ulteriormente a esta, pelos mesmos sócios e com o mesmo objeto social, no evidente intuito de ladear o impedimento decorrente da sanção e viabilizar a participação da nova sociedade em licitações e contratações com o Estado?

A resposta é afirmativa. Como forma de garantir à Administração Pública instrumento eficaz de combate à fraude, é de admitir-se, em homenagem aos princípios que, na Constituição da República, tutelam a atividade administrativa do Estado, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade constituída em fraude à lei e com abuso de forma; mesmo diante do fato de inexistir previsão legal específica, para o que há expressivo apoio doutrinário e se contam inúmeros precedentes na jurisprudência recente dos tribunais judiciais e de contas.

A indagação imediatamente seguinte é a de se saber se a desconsideração dispensaria a intervenção do Poder Judiciário, uma vez que, em tese, implica restrição de direito garantido pela Constituição

com a maior amplitude, qual seja o do acesso isonômico a licitações e contratos administrativos. A resposta é também afirmativa, graças à chamada autoexecutoriedade dos atos administrativos e desde que previamente assegurada à sociedade acusada a ampla defesa em processo administrativo regular.

De efeito.

O ato administrativo nasce com qualidades decorrentes da presença do interesse público na função estatal. São os atributos da presunção de veracidade e legitimidade, de exigibilidade e de autoexecutoriedade.

A autoexecutoriedade é a qualidade do ato administrativo que autoriza a Administração a executá-lo direta e imediatamente, independentemente de provimento judicial. Sua última ratio é a de evitar o dano social por meio de providências de natureza administrativa, insertas na competência da autoridade estatal.

Por isto os atos providos de autoexecutoriedade acham-se, com frequência, nas medidas que visam, sobretudo, à prevenção de dano social, que sobreviria sem a medida preventiva, tais como: requisição de bens para acudir a perigo público iminente (BRASIL, 1988, art. 5º, XXV); preservação da finalidade que resulta da afetação de bens públicos, quando indevidamente utilizados por terceiros, de modo a desviar o bem do uso comum do povo ou de sua destinação especial (remoções de favelas em logradouros públicos ou áreas de proteção ambiental); atos de polícia administrativa em geral (vg., destruição de alimentos impróprios para o consumo público, deferimento ou indeferimento de licenças, seja para edificar, para localizar e funcionar atividade profissional, ou para circular com veículos automotores pela via pública).

No direito público, a autoexecutoriedade é a regra, mesmo quando não expressamente prevista em lei. No direito privado, é exceção somente admissível diante de expressa previsão legal (vg., desde o Código Civil de 1916, art. 160 - atos praticados em legítima defesa ou no regular exercício de um direito, destruição de coisa alheia para remover perigo iminente -; 502 - desforço possessório ; 558 - direito de vizinhança, corte de galhos e raízes pelo

proprietário do terreno por eles invadido, todos reproduzidos em disposições equivalentes no Código Civil de 2002).

Os atos administrativos desprovidos de auto executoriedade referem-se aos direitos e garantias fundamentais que circulam na ordem constitucional e, por isto, somente se sujeitam à ordem administrativa em situações excepcionais. De ordinário, a auto executoriedade, porque qualidade do que é administrativo, não ultrapassa o limite traçado pelos direitos fundamentais garantidos pela ordem constitucional, o principal dos quais é o direito de propriedade.

As principais exceções à autoexecutoriedade decorrem do confronto com o direito de propriedade, em que a vontade do proprietário pode validamente opor-se à execução do ato administrativo pela própria Administração, daí ser imperiosa a mediação da tutela jurisdicional, tais como:

- a. na desapropriação (a natureza do decreto declaratório da utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, para fins de desapropriação; ato meramente declaratório, que implementa condição para que se venha a desapropriar; a fase executória da desapropriação somente se esgota na esfera administrativa se houver acordo com o proprietário quanto ao valor do preço indenizatório; caso contrário, a fase de execução terá por sede ação especial, cujo processo judicial tem índole executória, objetivando a apuração daquele valor);
- b. na interdição de obra em curso, nos lindes da propriedade, em violação do projeto licenciado ou sem licença (BRASIL, 1973, art. 934, III); a Administração, por seu órgão de polícia edilícia, pode impor embargo administrativo e multa, mas se, ainda assim, o proprietário prossegue na obra ilegal, o Município terá de propor a ação nunciatória, vedado que autoexecute o ato de impedi-lo *manu militari*;
- c. o mesmo raciocínio cabe no desfazimento de obra concluída, em que à resistência do proprietário responderá o ente público com o ajuizamento de ação demolitória, defeso que invada a propriedade e ponha abaixo a edificação que entenda clandestina ou ilegal;

d. a cobrança da dívida ativa, constituída em processo administrativo, terá de ocorrer por meio do aforamento de executivo fiscal, incabível que a Fazenda credora autoexecute a dívida.

Emerge que tais exceções se justificam porque a autoexecução administrativa acarretaria, nesses atos, a postergação, acompanhada de desapossamento imediato, de atributos inerentes ao direito de propriedade garantido na Constituição, o que só se tolera sob o pálio da jurisdição, observado o devido processo legal (BRASIL, 1988, art. 5º, incisos XXII, XXIV, LIV e LV).

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 pretenderiam 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. A cautela que se impõe à Administração estará em comprovar o abuso e a fraude, em processo administrativo no qual garanta a ampla defesa e o contraditório. Não comprovados o abuso e a fraude, impedimento não haverá à participação e à contratação, ainda que a conduta da sociedade pudesse parecer equivocada.

O Superior Tribunal de Justiça referendou a extensão dos efeitos da penalidade administrativa de proibição à empresa constituída ulteriormente com o propósito de fraudar a lei, conforme se depreende da ementa do julgamento proferido no RMS nº 15.166-BA, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS. (BRASIL, 2003b).

5. CONCLUSÃO

A definição genérica da teoria da desconsideração, posta no art. 50 do vigente Código Civil, estabeleceu a regra geral de conduta para todas as relações jurídicas, possibilitando a emenda de simulações, fraudes e outras situações em que o respeito à forma societária produziria soluções contrárias à sua função inerente e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.

Deixar de aplicá-la nas licitações e contratações administrativas, a pretexto de inexistência de específica previsão legal, ampararia e estimularia a fraude, ao invés de coibi-la.

A possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade ulteriormente constituída, para o fim de a ela estender os efeitos de penalidade aplicada à empresa anterior, respeita o princípio da moralidade, consagrado no *caput* do art. 37 da Constituição Republicana de 1988 como pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública, sendo, portanto, imoral a contratação de sociedade empresária criada no deliberado propósito de abusar do direito e de praticar a fraude. Desse modo, uma vez comprovados, em processo regular, o abuso e a fraude na constituição e na gestão da nova sociedade, deve ser esta alijada do cenário das licitações e contratações administrativas.

Tal conclusão tem sido prestigiada pelo decisório dos tribunais, inclusive com a preocupação didática de decompor os elementos estruturais da definição adotada pelo art. 50 do Código Civil, ao que dimana do voto condutor do julgamento proferido no Recurso Especial nº 948.117-MS, rel. Min. Nancy Andrighi, no STJ, aos 22.06.2010, *verbis*:

[...] este Superior Tribunal sedimentou o entendimento de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica dentro do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria. Por outro lado, expõe que, da análise do art. 50 do CC/2002, depreende-se que o ordenamento jurídico pátrio adotou

a chamada teoria maior da desconsideração, segundo a qual se exige, além da prova de insolvência, a demonstração ou de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração) ou de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). Também explica que a interpretação literal do referido artigo, de que esse preceito de lei somente serviria para atingir bens dos sócios em razão de dívidas da sociedade e não o inverso, não deve prevalecer... a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente ao 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. Assim, observa que o citado dispositivo, sob a ótica de uma interpretação teleológica, legitima a inferência de ser possível a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sua modalidade inversa, que encontra justificativa nos princípios éticos e jurídicos intrínsecos à própria *disregard doctrine*, que vedam o abuso de direito e a fraude contra credores. Dessa forma, a finalidade maior da *disregard doctrine* contida no preceito legal em comento é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. (BRASIL, 2010b).

Nenhum sentido haveria, destarte, em excluir a Administração Pública do emprego legítimo, observados os requisitos consagrados na jurisprudência dos tribunais, ao interpretar princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, às portas desta assumir as galas de instituto jurídico aplicável em todos os segmentos, públicos e privados, de sistema jurídico do Estado democrático de direito, comprometido com resultados de interesse público, tal como surte da Constituição da República de 1988 e recomenda o princípio, que permeia todo o constitucionalismo pós-moderno, da supremacia da Constituição.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, de 17 de janeiro de 1973, p. 1.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 12 set. 1990, Suplemento , p. 1.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992a. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 03 jun. 1992. Seção 1, p. 6993.

_____. Lei nº 8.443, 16 de julho de 1992b. Dispõe sobre a lei orgânica do Tribunal de Contas da União e da outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 24 abr. 1993. Seção 1, p. 9449.

_____. Lei 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. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 6 jul. 1994, Seção 1, p. 10149.

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 13 jun. 1994. Seção 1, p. 8437.

_____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, 01 out. 1997. Seção 1, p. 21801.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 17 fev. 1998. Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002a. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002b. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 30 jul. 2002. Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003a. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 29 maio 2003. Seção 1, p. 2.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 15.166-BA. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, Segunda Turma, 07 de agosto de 2003b. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 08 set. 2003.

_____. _____. Recurso Especial nº 1.098.712-RS. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, Quarta Turma, 17 de junho de 2010a. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 04 ago. 2010. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=983282&sReg=200802260398&sData=20100804&formato=PDF>.

_____. _____. Recurso Especial nº 948.117-MS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, Terceira Turma, 22 de junho de 2010b. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 03 ago. 2010. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=985791&sReg=200700452625&sData=20100803&formato=PDF>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 108.728-SP. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, Primeira Turma, 03 de fevereiro de 1989. *Diário da Justiça*, DF, 14 nov. 1991.

_____. _____. Agravo de Instrumento nº 475.564. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, Segunda Turma, 03 de fevereiro de 2004. *Diário da Justiça*, DF, 19 mar. 2004. P.00029.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1647/2010. Relator: Ministro Valmir Campelo. Brasília, Plenário, 18 de julho 2010c. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 jul. 2010.

_____. _____. Acórdão nº 189/2001. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, Plenário, 8 de agosto de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 set. 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas . *Lições de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WATANABE, Ricardo. *Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações*. 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2746/>>.

8. NOTAS

- 1 Projeto de lei (PLS 80/09), o qual almeja incluir na Lei nº 8.666/93 norma proibitiva à participação em licitação e contratação com o Poder Público, de entidades empresariais condenadas judicialmente por assédio moral contra empregados. De acordo com o projeto de lei, para participar de licitações e contratar com o Poder Público, a entidade empresarial deve comprovar que não foi condenada por prática de coação moral contra seus empregados nos últimos cinco anos. O autor da proposta também sugere a criação do Cadastro Nacional de Proteção contra a Coação Moral no Emprego, a ser gerido por órgão do Poder Executivo. O cadastro seria referência para os gestores públicos que buscam informações qualificadas sobre a atuação dos licitantes no cumprimento de obrigações.
- 2 Visite-se excerto do Acórdão nº 428/2010 Plenário, que trata da aplicação de penalidade de declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal. Compulse-se, também, a Pet 3606/DF (STF), que decidiu conflito de atribuições entre órgão da Administração Pública federal e o TCU, no que tange à declaração de inidoneidade por fraude à licitação.
- 3 V. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.098.712-RS, DJ de 04/08/2010.
- 4 Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2746/Desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-ambito-das-licitacoes>

