



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Bruna de Abreu Färber

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília. Orientador: Professor Antônio Umberto de Souza Júnior

Brasília
2012

RESUMO

A presente monografia objetiva estudar a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Administrativo, em especial no campo das licitações e contratos, regido pela Lei 8.666/93, mesmo à míngua de previsão legal, a fim de se conferir efetividade a sanções administrativas aplicadas a uma determinada pessoa jurídica. A aplicação da *disregard doctrine*, neste caso, visa a impedir que os sócios de uma empresa declarada inidônea e, portanto, impedida de licitar, constituam nova sociedade em nítido abuso de direito apenas para esquivarem-se da sanção aplicada. O problema levantado consiste na suposta violação ao princípio da legalidade uma vez que não há previsão em lei para o levantamento do véu societário na Lei de Licitações e Contratos. A fim de provar a aplicabilidade da *disregard doctrine* no particular, procedeu-se inicialmente a uma análise individualizada do conceito, requisitos e aplicabilidade dessa teoria, ao exame da Lei n. 8.666/93, dos princípios de Direito Administrativo relevantes ao tema proposto e, por fim, da compatibilidade entre a *disregard doctrine* e a Lei de Licitações e Contratos, defendendo-se o levantamento do véu societário mesmo sem expressa autorização legal. Ampara-se este trabalho, ainda, em precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União bem como em leis estaduais que já preveem a aplicabilidade da *disregard doctrine* ao procedimento licitatório no âmbito de seus estados.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Lei de Licitações e Contratos. Princípios constitucionais de Direito Administrativo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	6
1.1 O RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	6
1.1.1 <i>A função social da pessoa jurídica como estopim para o seu reconhecimento</i>	6
1.1.2 <i>Começo da existência da pessoa jurídica</i>	8
1.1.3 <i>Características da pessoa jurídica</i>	9
1.2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	11
1.2.1 A CRISE DE FUNÇÃO DA PESSOA JURÍDICA	11
<i>A crise de função da pessoa jurídica consiste, de acordo com o estudo de José Lamartine Corrêa de Oliveira, na utilização do instituto em contradição com os princípios básicos que informam o ordenamento jurídico. A aplicação das regras sobre a pessoa jurídica conduz, nesse caso, a resultados antijurídicos ou imorais.</i>	11
1.2.2 <i>Desconsideração da personalidade jurídica: conceito</i>	13
1.2.3 <i>Requisitos para a aplicação da disregard doctrine: teoria maior e menor</i>	14
1.3 APLICABILIDADE DA DISREGARD DOCTRINE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	16
1.3.1 <i>Código Civil</i>	16
1.3.2 <i>Consolidação das Leis do Trabalho</i>	17
1.3.3 <i>Código de Defesa do Consumidor</i>	19
1.4 SÍNTESE	19
2. LICITAÇÕES E CONTRATOS	21
2.1 FINALIDADE E NATUREZA JURÍDICA DAS LICITAÇÕES	22
2.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	24
2.2.1 <i>Princípio da legalidade</i>	26
2.2.2 <i>Princípio da supremacia do interesse público</i>	28
2.2.3 <i>Princípio da moralidade</i>	29
2.3 ILÍCITOS E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS	32
2.3.1 <i>Sanções em espécie na Lei n. 8.666/93</i>	35
3. APLICABILIDADE DA DISREGARD DOCTRINE NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	39
3.1 PRINCÍPIO DA MORALIDADE FACE AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	39
3.2 COMPATIBILIDADE ENTRE A DISREGARD DOCTRINE E OS PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO	42
3.3 APLICAÇÃO DA DISREGARD DOCTRINE NO DIREITO ADMINISTRATIVO: PRECEDENTES E LEGISLAÇÃO ..	44
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho origina-se da ambição de que nenhum ato de má-fé seja tutelado pelo ordenamento jurídico. Decorre desta premissa a necessidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao procedimento licitatório.

Ergue-se o problema da má-fé de contratados que, tendo sua empresa declarada inidônea para licitar com a Administração Pública, criam nova sociedade empresarial, com o mesmo quadro societário e igual objeto social, porém, livre de embaraços e sanções. Daí decorre a possibilidade de um debate em torno de um instrumento capaz de contornar a personalidade jurídica por ela adquirida com a possível extensão da sanção aplicada pela Administração Pública a futuras sociedades constituídas com o intento de aproveitar-se de lacuna de lei para prejudicar o interesse público.

Fundada na situação apresentada, esta monografia buscará verificar a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao campo das licitações e contratos, ainda que a Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) não tenha previsto essa possibilidade.

O problema reside na possibilidade de mitigação do princípio da legalidade face ao interesse público. Por um lado, mostra-se inviável a aplicação de instituto não previsto em lei para o caso específico das licitações e contratos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Ademais, a Lei de Licitações e Contratos prevê, em seu artigo 87, penalidades direcionadas diretamente ao licitante, no caso, a empresa contratante, e não às pessoas físicas de seus sócios.

Por outro lado, cogitar-se-á da hipótese de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica caso seus pressupostos e finalidades se coadunem com os demais princípios norteadores do Direito Administrativo, a exemplo do princípio da moralidade e da supremacia do interesse público, mitigando-se, assim, o princípio da legalidade em prol do interesse público.

A fim de se demonstrar a aplicabilidade da *disregard doctrine* no procedimento licitatório, analisar-se-ão, inicialmente, a origem dessa teoria, bem como seus objetivos no ordenamento jurídico. Após a determinação do conceito da *disregard doctrine*, será feita uma breve distinção entre as teorias elaboradas a respeito de seus requisitos de aplicação e a sua aceitação em algumas searas do direito pátrio.

A seguir, proceder-se-á a um estudo das licitações e contratos, explorando-se sobretudo os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública e aqueles previstos especificamente na Lei n. 8.666/93, com especial acento nos princípios da supremacia do interesse público, da moralidade e da legalidade. Ainda quanto à Lei de Licitações e Contratos, buscar-se-ão os pressupostos das sanções administrativas bem como a finalidade de sua aplicação no campo das licitações e contratos, analisando-se, por fim, as sanções em espécie previstas pela lei em comento.

Ponderando o exposto no decorrer do trabalho, verificar-se-á a possibilidade, ou não, da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no campo das licitações e contratos, pautada nos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, ainda que ausente norma legal específica a respeito.

Por fim, colher-se-ão parâmetros jurisprudenciais e legais em torno da polêmica questão da aplicabilidade da *disregard doctrine* no campo das licitações e contratos.

1. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1.1 O reconhecimento da personalidade jurídica

Inicialmente, antes de se adentrar o estudo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, cumpre analisar a própria personalidade jurídica adquirida bem como os motivos que conduziram à criação de pessoa com personalidade distinta da de seus membros para, em seguida, se compreender a crise que a assolou, consistente no desvio de finalidade da personalidade adquirida, levando ao surgimento da *disregard doctrine*.

1.1.1 A função social da pessoa jurídica como estopim para o seu reconhecimento

A vida em sociedade impõe aos indivíduos o convívio em grupos e a cooperação entre diversas pessoas para a consecução de determinados fins, inatingíveis individualmente por ultrapassarem as forças e limites do ser humano isoladamente considerado.¹

Os limites inatos aos seres humanos não se coadunam com as necessidades sociais que os cercam. Surge, então, a necessidade de associação para a realização de finalidades específicas, com o escopo de superar a debilidade e brevidade naturalmente impostas à vida humana.

O fenômeno associativo mostra-se, quando corretamente utilizado, extremamente benéfico à comunidade, pois a conjugação de esforços inter-humanos e a concentração de riquezas se presta a atingir ideais comunitários que nem o próprio Estado poderia alcançar por si só. O progresso cultural e notadamente econômico propiciado pela cooperação de diversas pessoas, agindo enquanto unidade, acarreta bônus para todo o grupo social.

Diante dos benefícios trazidos pelos agrupamentos humanos para os particulares e para o próprio Estado e a fim de estimular a criação de sociedades dessa natureza, atribui-se personalidade jurídica a essa concentração de recursos e esforços decorrente da vontade criadora humana. Trata-se de “sanção positiva”, consistente em manobra de um direito funcionalista que, premiando determinados

¹ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 367-368.

comportamentos preferíveis dentro do seio social, a fim de obter o incremento de interesses supra-individuais, os estimula e incentiva.²

A atribuição de personalidade jurídica às associações humanas decorre diretamente da funcionalização do direito, que não mais objetiva apenas a manutenção de uma ordem natural. Com a aquisição da consciência da necessidade de promover a evolução das condições em que a convivência humana se processa, o foco jurídico é deslocado do singular para o coletivo e da liberdade para a cooperação. O direito adquire, então, função ativa na sociedade, a fim de realizar os objetivos estatais, passando de instrumento repressivo para promocional. A funcionalização do direito justifica-se pela consagração de um raciocínio segundo o qual a extensão do direito subjetivo constitui mero instrumento à realização de interesses supra-individuais.³ Tal pensamento, cujos parâmetros são a coletividade e os fins do Estado, opera seus efeitos também na pessoa jurídica, na medida em que a função social da empresa é a “atribuição de um conteúdo ético às atividades empresariais, distribuindo responsabilidade social, proporcionais às forças das próprias organizações, com o escopo de engajar as pessoas jurídicas na garantia de uma qualidade básica de vida digna”.⁴

A aquisição de personalidade jurídica, como construção técnico-jurídica, é reflexo da socialização do direito, pois preocupa-se em tornar a associação de pessoas para a consecução de finalidade social conveniente e favorável.

Com efeito, afastado o regramento aplicável ao exercício individual da atividade, a pessoa jurídica goza da titularidade de direitos e deveres por si própria, sendo apenas apresentada por seus integrantes, posto sua personalidade própria não se confundir com a personalidade de seus membros.⁵ Por conseguinte, as atividades praticadas societariamente, assim como os direitos, poderes e obrigações

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 46-51.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 38-45.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 371.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 376.

relacionados ao exercício da associação, não são atribuídas à pessoa dos sócios, mas, sim, àquela realidade técnico-jurídica pendente de suas vontades.⁶

Os membros contam, ainda, com a prerrogativa da separação de patrimônios, de modo a favorecer o desempenho da atividade empresarial,⁷ evitando que, receosos de perder patrimônio particular em razão de dívidas da empresa da qual fazem parte, os indivíduos se sintam desestimulados à união.

1.1.2 Começo da existência da pessoa jurídica

O começo da existência da pessoa jurídica de direito privado pressupõe a manifestação volitiva humana (vontade humana criadora) de organizar-se e afetar patrimônio a um propósito específico e lícito. O preenchimento desse requisito leva a personalidade jurídica a permanecer em estado potencial, uma vez que é necessário, ainda, o preenchimento dos requisitos formais.⁸ Dispõe o artigo 45 do Código Civil Brasileiro:

“Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.”

De modo semelhante, reza o artigo 119 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73):

“Art. 119. A existência legal das pessoas jurídicas só começa com o registro de seus atos constitutivos.
Parágrafo único. Quando o funcionamento da sociedade depender de aprovação da autoridade, sem esta não poderá ser feito o registro.”

O sistema formalístico, adotado pelo Código Civil e reproduzido pela Lei de Registros Públicos no referido artigo, prega a necessidade de se dar publicidade ao ato, por meio do registro da inscrição do ato constitutivo⁹, visando a

⁶ Nesse sentido: FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 376; GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 168-169.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 376.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 375.

⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 175.

informar e proteger interesses de terceiros que com a empresa poderão, eventualmente, manter relação jurídica.

A necessidade de autorização prévia do poder executivo tem caráter excepcional, como se vê da própria redação do artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal¹⁰, e coexiste com o sistema formalístico, baseando-se em motivos de ordem pública ou interesse geral previstos em lei e de aplicação em casos específicos.¹¹

Cumprir notar que o elemento volitivo da formação do grupo societário encontra limitações na própria lei, a fim de se preservar o interesse coletivo inerente a um Estado social e a um direito funcionalista, além da própria função social da empresa. Assim se extrai do artigo 115 da Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos):

“Art. 115. Não poderão ser registrados os atos constitutivos de pessoas jurídicas, quando o seu objeto ou circunstâncias relevantes indiquem destino ou atividades ilícitos ou contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes.
Parágrafo único. Ocorrendo qualquer dos motivos previstos neste artigo, o oficial do registro, de ofício ou por provocação de qualquer autoridade, sobrestará no processo de registro e suscitará dúvida para o Juiz, que a decidirá.”

O ato constitutivo da pessoa jurídica não pode, portanto, agasalhar condutas antijurídicas e contrárias ao escopo do Estado, sob pena de não poder a sociedade usufruir de vida jurídica própria e independente. Os entes, para gozarem das benesses conferidas à pessoa jurídica, devem oferecer à sociedade bônus decorrentes de sua atuação sem os quais não haveria razão para conferir-lhes a premiação de serem sujeitos de direitos.

1.1.3 Características da pessoa jurídica

A primeira característica marcante da pessoa jurídica regularmente constituída e personificada é, por óbvio, a personalidade jurídica própria, conferindo-

¹⁰ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

¹¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 175.

lhe capacidade de direitos e obrigações, com existência jurídica diversa da de seus membros.¹²

O artigo 20, *caput*, do Código Civil de 1916 consagrava expressamente o princípio da autonomia entre os sócios e a pessoa jurídica que compõem, dispondo que “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”. Embora não exista semelhante previsão no Código Civil atual, ainda vige o princípio da autonomia, como bem observado por Oksandro Gonçalves:

“Pode-se afirmar, portanto, que o nascimento da pessoa jurídica implica passar da universalidade composta pelos sócios para a unidade, tornando-se sujeito de direito autônomo e independente para contrair obrigações e exercer direitos.

Essa autonomia encontrava-se presente na redação do art. 20 do Código Civil de 1916, para o qual a pessoa jurídica teria existência patrimonial distinta da dos seus sócios, consagrando o princípio da separação patrimonial.

Apesar da ausência de repetição ou reprodução ainda que parcial deste dispositivo legal no vigente Código Civil, o princípio da autonomia consolidou-se como inerente à criação da pessoa jurídica, razão pela qual entendeu o legislador ser desnecessária a sua positivação.”¹³

Diante de sua personalidade jurídica própria, a pessoa jurídica pode ser sujeito ativo ou passivo em atos civis ou criminais, bem como gozar da proteção, no que couber, aos direitos advindos da personalidade (Código Civil, artigo 52¹⁴).¹⁵

A segunda característica principal da pessoa jurídica diz respeito ao seu patrimônio próprio, dissociado daquele de seus integrantes. A extensão de obrigações aos bens particulares de seus sócios dá-se apenas em casos excepcionais caracterizados pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, apenas, nos termos do artigo 50 do Código Civil:

“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

¹² FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 375-377.

¹³ GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 29.

¹⁴ Código Civil, art. 52: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 376.

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.”

Assim, ao dotar de personalidade jurídica o agrupamento de esforços humanos com determinado fim, optou o direito por incentivar tais entes, permitindo a formação de esfera jurídica e patrimonial autônoma e independente. Sobre o tema, assinala Oksandro Gonçalves:

“O Estado percebeu a importância das formas associativas como elemento essencial da economia contemporânea, razão pela qual resolveu dotá-la de uma estrutura jurídica que fosse própria para acompanhar o desenvolvimento social. Assim, a pessoa jurídica é dotada de uma personalidade e capacidade jurídica por concessão do Estado, como sujeito de direitos e obrigações (...).”¹⁶

1.2 A desconsideração da personalidade jurídica

1.2.1 A crise de função da pessoa jurídica

A crise de função da pessoa jurídica consiste, de acordo com o estudo de José Lamartine Corrêa de Oliveira, na utilização do instituto em contradição com os princípios básicos que informam o ordenamento jurídico. A aplicação das regras sobre a pessoa jurídica conduz, nesse caso, a resultados antijurídicos ou imorais¹⁷.

Em outras palavras, a chamada “crise de função da pessoa jurídica” consiste no fenômeno da “utilização da pessoa jurídica na busca de finalidades distintas daquelas que inspiraram o sistema jurídico”.¹⁸ Ou, na lição igualmente precisa de Justen Filho, o defeito na atuação de uma pessoa jurídica reside no “conflito entre a função abstratamente delineada pelo ordenamento e a atividade concretamente desempenhada pela sociedade personificada”.¹⁹

O levantamento do véu societário tem fundamento, portanto, na crise da função da pessoa jurídica, o que leva à indagação sobre os limites impostos a

¹⁶ GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004, p.29.

¹⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo, Saraiva, 1979, p. 262.

¹⁸ LINS, Daniela Storry. *Aspectos Polêmicos Atuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 27.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 69.

essa função, sejam positivos, sejam negativos, bem como sobre o marco inicial do abuso de direito.

Com propriedade, Justen Filho afirma a inexistência de limites éticos intrínsecos à pessoa jurídica, de forma que a “função” a ser por ela desenvolvida lhe é imposta externamente pelo ordenamento jurídico. Decorre daí a irrelevância das intenções – sejam elas imorais ou reprováveis – do uso da pessoa jurídica, tendo em vista que os valores e limites para sua utilização encontram-se fora da sociedade personificada. “A pessoa jurídica adquire contornos de *máquina jurídica*”²⁰ edificada pelo legislador e à qual não se vinculam elementos axiológicos próprios. Por conseguinte, a desconsideração de sua personalidade é artifício encontrado pelo direito para reprimir, tão somente, a disfunção enquanto atuação concreta, e não a simples intenção (elemento subjetivo) com que foi usada a pessoa jurídica, visto que esta não assume, por si própria, “valores ou fins a serem realizados, em termos éticos”.²¹ Sintetiza o referido autor:

“Como sustentamos que instituição e pessoa jurídica são figuras distintas, conceptualmente inconfundíveis, em nenhum momento podemos reputar que o desvirtuamento da instituição se identifique ou confunda com os pressupostos da desconsideração da personificação societária.

Por isso, a desconsideração só pode decorrer da contradição entre os resultados visualizados como desejáveis pelo ordenamento jurídico e os resultados que seriam atingidos se mantida a incidência do regime jurídico personificatório.”²²

Sem prejuízo da busca de pressupostos para a aplicação da *disregard doctrine* e de sua extensão específica em cada ramo autônomo do direito, de acordo com as peculiaridades de cada área²³, surgem, no ordenamento jurídico, elementos técnicos norteadores da aplicabilidade do instituto por remeterem-se, em última

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 96.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 94-101.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 97.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 100.

análise, à “ocorrência de circunstância que impede a consecução dos fins que conduziram à personificação”²⁴, a serem tratados no subtópico 1.2.3.

1.2.2 Desconsideração da personalidade jurídica: conceito

Após breve explanação da crise de função da pessoa jurídica, cumpre conceituar o meio achado pelo ordenamento jurídico para seu uso com fins imorais ou antijurídicos: a superação da personalidade jurídica.

A atribuição de personalidade jurídica a determinados grupos só interessa ao direito enquanto estes sirvam de meio à consecução de ideais comunitários, sociais e não egoísticos. O privilégio concedido pelo direito a certos agrupamentos que preenchem os requisitos necessários não é absoluto, podendo a personalidade jurídica ter seus efeitos momentaneamente desconsiderados quando utilizada em desacordo com sua função.

A desconsideração da personalidade jurídica surge, assim, não com o intuito de enfraquecer a pessoa jurídica, mas sim de fortificá-la, porquanto sua utilização reprime condutas que se desviam da concepção do instituto. O levantamento do véu societário é utilizado como forma de adequação da pessoa jurídica aos fins a que se destina quando de sua utilização ideal.²⁵ Marlon Tomazette, atento à relatividade da personalidade jurídica societária, esclarece:

“Desvirtuada a utilização da pessoa jurídica, nada mais eficaz do que retirar os privilégios que a lei assegura, isto é, descartar a autonomia patrimonial no caso concreto, esquecer a separação entre sociedade e sócio, o que leva a estender os efeitos das obrigações da sociedade a estes. Assim, os sócios ficam inibidos de praticar atos que desvirtuem a função da pessoa jurídica, pois caso o façam não estarão sob o amparo da autonomia patrimonial.”²⁶

Assim, vislumbra-se na desconsideração da personalidade jurídica duplo propósito. Por um lado, adquire natureza repressiva, porquanto presta-se a punir, retirando os benefícios antes concedidos, aqueles que utilizaram a

²⁴ LINS, Daniela Storry. *Aspectos Polêmicos Atuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 35.

²⁵ Nesse sentido: FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 432-435; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 36.

²⁶ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário*. Volume 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.234

personalidade autônoma adquirida pela empresa para alcançar propósitos ilegítimos. Por outro lado, qualifica-se como instituto preventivo, pois configura meio hábil a desincentivar condutas de tal tipo.

A acepção vocabular para a desconsideração nos é fornecida por Justen Filho:

“Usualmente, utiliza-se a expressão “desconsideração da personalidade jurídica” (ou equivalente, como “superação”, “penetração”, “levantamento do véu societário” etc.) para indicar a ignorância, para um caso concreto, da personificação societária. Vale dizer, aprecia-se a situação jurídica tal como se a pessoa jurídica não existisse, o que significa que se trata a sociedade e o sócio como se fossem uma mesma e única pessoa. Atribuem-se ao sócio ou à sociedade condutas (ou efeitos jurídicos de conduta) que, não fosse a desconsideração, seriam atribuídos (respectivamente) à sociedade ou ao sócio.”²⁷

Convém esclarecer que a superação da personalidade jurídica é medida excepcional e temporária, que opera seus efeitos apenas em relação ao caso concreto ao qual se vincula. Não se confunde, pois, com a despersonalização, consistente na anulação definitiva da personalidade com a conseqüente extinção da empresa, posto atuar somente no plano de eficácia da personalidade.²⁸

A partir dos elementos acima delineados, pode-se conceituar a desconsideração da personalidade jurídica, portanto, como a medida episódica e temporária da suspensão dos efeitos da personificação com o intuito de “se penetrar no âmago da personalidade atribuída por concessão legislativa a um ente jurídico, permitindo que se encontre seus administradores a fim de responsabilizá-los por atos praticados através do uso da pessoa jurídica.”²⁹

1.2.3 Requisitos para a aplicação da *disregard doctrine*: teoria maior e menor

Inicialmente, cumpre notar que todas as circunstâncias que levam ao levantamento do véu societário estabelecidas pelo direito consagram, tão somente,

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.55.

²⁸ Nesse sentido: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Direito de Empresa. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 40-43.; FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 436-438.

²⁹ NAHAS, Thereza Cristina. *Desconsideração da Pessoa Jurídica: Reflexos Cíveis e Empresariais nas Relações de Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2004, p.145.

limites técnicos à atuação empresarial, deixando notável lacuna quanto aos limites éticos e morais do exercício da atividade societária.

Há duas teorias para justificar o levantamento do véu societário, adiante explicitadas.

A primeira, chamada teoria maior, prega a aplicação da desconsideração com cautela, dependendo sua utilização de um requisito específico. É preciso um fundamento além da inadimplência da obrigação, de modo a se preservar a existência da pessoa jurídica tanto quanto possível. Quanto aos fundamentos específicos para a aplicação da teoria maior, há ainda duas correntes.³⁰

A teoria maior subjetiva afirma a necessidade de elemento anímico para a admissão da desconsideração. A perpetração de fraude ou o abuso de direito são, assim, pressupostos para a aplicação da teoria, vez que evidenciam o intuito do sócio ou administrador voltado a frustrar o interesse de credores.³¹

A fraude relacionada à autonomia patrimonial é a conduta praticada, a princípio lícitamente, com o intuito de prejudicar terceiros. A ilicitude da conduta “decorre do desvio na utilização da pessoa jurídica, dos fins ilícitos buscados no manejo da autonomia patrimonial”.³² A pessoa física deve guardar boa-fé no manejo da pessoa jurídica, sob pena de caracterizar-se a fraude em sua utilização com a consequente quebra da autonomia patrimonial.

O abuso de direito relaciona-se ao exercício de um direito que, por sua motivação ou escopo, vá de encontro à sua finalidade social. O ato é plenamente lícito, mas seu exercício, da maneira como utilizado o direito de que dispõe, gera

³⁰ Nesse sentido: TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário*. Volume 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.239-241; FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 438-439.

³¹ Nesse sentido: TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário*. Volume 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 239-241; FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 438-439.

³² TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário*. Volume 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 244.

mal-estar social. Trata-se do exercício do direito atendendo apenas à vontade de seu titular, sem levar em conta sua finalidade social.³³

A teoria maior objetiva, por sua vez, refere-se a pressuposto objetivo, consistente na confusão patrimonial, caracterizada pela “inexistência de separação clara entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio dos sócios ou administradores”.³⁴

É comum a adoção do pressuposto objetivo como facilitador da prova da fraude, não implicando a sua ausência, entretanto, elemento suficiente para a não aplicação da *disregard doctrine*, caso presentes outras provas.

Por fim, a teoria menor defende a inexistência de requisitos específicos para o levantamento do véu societário. Basta o inadimplemento da obrigação para que as obrigações da empresa sejam estendidas aos sócios, se solventes estes. Assim, para as adeptos dessa teoria, qualquer hipótese de responsabilização de sócio por dívida contraída pela empresa é hipótese de desconsideração da personalidade jurídica.³⁵

1.3 Aplicabilidade da *disregard doctrine* no ordenamento jurídico brasileiro

O direito brasileiro adota tanto a teoria maior quanto a teoria menor, a depender do ramo do direito, conforme demonstrado a seguir, por meio de rol enumerativo de exemplos. Assim, “é possível afirmar que a expressão ‘desconsideração da personalidade jurídica’ termina sendo ambígua, servindo para denominar tanto a superação da autonomia por conta de fraudes, como outras situações em que o sócio responde por obrigações da pessoa jurídica”.³⁶

1.3.1 Código Civil

Dispõe o artigo 50 do Código Civil Brasileiro:

³³ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário. Volume 1*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 246-247.

³⁴ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário. Volume 1*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 241.

³⁵ Nesse sentido: TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário. Volume 1*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 241-242; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 47.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 439.

“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.”

Nota-se que elementos de natureza subjetiva, tal qual o elemento anímico dos sócios, não importam à norma em questão, que adota a teoria maior objetiva.³⁷

O abuso de direito caracteriza-se, de acordo com o referido artigo, pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

A confusão patrimonial qualifica-se por uma promiscuidade de fundos e pelo desfazimento dos limites entre o patrimônio pessoal e o empresarial. O desvio de finalidade, por sua vez, tem ampla conotação e diz com uma fuga dos objetivos, dos fins desejáveis a serem alcançados pela empresa, causando prejuízo a terceiros e até mesmo aos sócios da empresa.³⁸

1.3.2 Consolidação das Leis do Trabalho

Enuncia o artigo 2º da CLT:

“Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”

Despreza-se, assim, a individualização de cada uma das empresas constituídas a fim de “evitar que a faculdade jurídica outorgada pelo direito, consistente na criação de pessoas jurídicas e na efetivação de contratos, possa

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 440.

³⁸ ; FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 441-442.

conduzir ao sacrifício das faculdades jurídicas que o direito do trabalho assegurou aos empregados”.³⁹

A desconsideração aplica-se, pois, a todas as relações entre a pessoa jurídica e seu empregado e atinge grau de intensidade elevado nesse ramo do direito, pois tem por pressuposto o simples sacrifício de faculdade assegurada ao trabalhador, “motivo pelo qual não somente o abuso e a fraude à lei, hipóteses clássicas, conduzem à desconsideração, mas a simples possibilidade de prejuízo à satisfação plena dos direitos do empregado”.⁴⁰

Cumprido notar que tal enunciado somente configura hipótese de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica aos olhos da teoria menor, pois, para a teoria maior, tratar-se-ia de mera responsabilidade solidária.⁴¹

Por fim, cumpre realçar que, sob a ótica da teoria maior, a desconsideração da personalidade jurídica também se faz possível no campo trabalhista, porém com fundamento no artigo 50 do Código Civil cumulado com o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê:⁴²

“Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

É dizer: para os adeptos da teoria maior, a *disregard doctrine* só se aplica ao direito do trabalho se provado o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.104.

⁴⁰ GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 61.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 439.

⁴² GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 57-67.

1.3.3 Código de Defesa do Consumidor

Dada a situação frágil do consumidor na cadeia de consumo, o Código de Defesa do Consumidor ampliou significativamente as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica:

“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.”

Tantas são as prerrogativas dadas ao consumidor que, para não vê-lo lesado, o Código de Defesa do Consumidor houve por bem adotar, no §5º do artigo 28, a teoria menor da desconsideração, bastando o simples prejuízo ao consumidor para que os sócios possam ser pessoalmente responsabilizados.⁴³

1.4 Síntese

As necessidades sociais impõem ao ser humano a associação de mais de um indivíduo para alcançar objetivos inatingíveis singularmente, seja pela brevidade da vida humana, seja por sua debilidade.

O direito, reconhecendo a necessidade de incentivar tais associações tão benéficas à comunidade, optou por conferir-lhes personalidade jurídica própria, caracterizada pela autonomia jurídica e patrimonial da empresa, que não mais se confunde com a figura de seus sócios.

A pessoa jurídica, quando desvirtuada de sua função, torna-se instrumento indesejado pelo Estado, pois utilizada com escopos imorais e antijurídicos. É a chamada “crise de função da pessoa jurídica”.

A fim de fortificar a personificação dos entes, o direito utiliza-se de manobra para coibir a disfunção que assola o cerne de determinadas empresas que têm sua personalidade própria utilizada com o intuito de encobrir fraudes e abusos

⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 440-441.

perpetrados por seus sócios. Tal manobra consiste no levantamento episódico e temporário do véu societário a fim de que a eficácia da personalidade seja suspensa em relação a determinados atos, reputados válidos, que terão suas consequências limitadas àquele que de fato praticou o ato danoso.

A *disregard doctrine* tem ampla utilização no ordenamento jurídico pátrio, pressupondo, em regra, elementos técnicos autorizadores de sua aplicação, analisados em cada seara do direito de acordo com suas necessidades e tutela específicas.

2. LICITAÇÕES E CONTRATOS

A necessidade de licitação para compra de produtos e contratação de serviços decorre de comando constitucional inserto no artigo 37, inciso XI, da Carta Magna, assim como em seu artigo 175, *caput*:

“Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:

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

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

A Constituição Federal cuida, pois, em seu artigo 37, inciso XXI, de traçar norma geral, consistente em princípio geral norteador da legislação que pormenorizará os aspectos concernentes à licitação, estabelecendo limites negativos e positivos para a lei que disciplinará a matéria.

Por ser de competência exclusiva da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, nos termos do art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal⁴⁴, cumprirá à lei ordinária federal regulamentar os institutos licitatórios assim como as formalidades de sua execução. A função da norma é, portanto, na terminologia utilizada por Carlos Ayres Britto, “o desatamento de princípios e regras da própria Constituição”⁴⁵. A seguir, explica:

“Com a palavra ‘desatar’, o que trazemos à berlinda é a função lógica de desdobrar ou fazer render o que, na Lei Maior, se encontra de alguma forma contracto. Não contracto por já significar uma formulação normativo-constitucional que é ponto de partida e de chegada, a um só tempo, sem a menor abertura de espaço para ulterior normação. Mas por decorrer do deliberado propósito de

⁴⁴ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”

⁴⁵ BRITTO, Carlos Ayres. *O Perfil Constitucional da Licitação*. Curitiba: ZNT, 1997, p. 27.

apenas iniciar a regulação de uma dada matéria, deixando para outra fonte normativa de menor escalão (no caso, o Poder Legislativo Ordinário da União) o aporte complementar da prescritibilidade.”⁴⁶

Com esse desiderato, foi publicada, em 22/6/1993, a Lei n. 8.666, que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Cumprе relevar, por fim, que a competência da União para fixar normas gerais, materializada na Lei de Licitações e Contratos, não impede que Estados, Municípios e Distrito Federal legislem sobre normas específicas, nos âmbitos restritos de suas atuações.⁴⁷

2.1 Finalidade e natureza jurídica das licitações

Diante da incapacidade da Administração Pública de exercer diretamente e por si só todas as exigências da sociedade, surge a necessidade de contratação de terceiros para alcançar os fins da coletividade.⁴⁸

Ocorre que, se deixada a critério do administrador, a celebração do contrato com o particular realizar-se-ia discricionariamente, com grau de pessoalidade e, é provável, impropriedade nas escolhas que prejudicariam a Administração Pública na consecução de seus afazeres.

Fato é que a gestão dos interesses coletivos cederia facilmente aos interesses individuais e egoísticos do administrador que, em acordo com os contratados, condicionaria a contratação às propostas que lhe parecessem pessoalmente mais vantajosas, ignorando a supremacia do interesse público sobre seus próprios interesses.

Assim, surge a necessidade de utilização de procedimento idôneo, garantidor de impessoalidade e isonomia entre aqueles que pretendem contratar

⁴⁶ BRITTO, Carlos Ayres. *O Perfil Constitucional da Licitação*. Curitiba: ZNT, 1997, p. 27.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p.13-14.

⁴⁸ PEGORARO, Luiz Nunes. *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Procedimento Licitatório*. Campinas: Servanda, 2010, p. 21-22.

com a Administração, na busca da proposta mais vantajosa à coletividade, garantindo, desse modo, a moral administrativa perante a sociedade.⁴⁹

O fim precípua da licitação é, portanto, a celebração de um contrato, por meio do qual a Administração Pública poderá obter meios (obras, compras, serviços e alienações) para realizar as competências materiais a ela atribuídas e, em última análise, sua própria atividade-fim, qual seja, a consecução do bem-estar social.⁵⁰

Nessa mesma senda, Justen Filho ressalta a natureza instrumental da licitação, compreendendo-a como “instrumento jurídico para a realização de valores fundamentais e a realização concreta de fins impostos à Administração”⁵¹, de modo que as formalidades que a regem devem, antes de tudo, serem aptas a realizar de modo efetivo os interesses estatais, sob pena de sofrerem, pelo operador jurídico, interpretação mais justa e compatível com o ordenamento jurídico vigente.

A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, restringindo o arbítrio do administrador, impedindo a ilegalidade, afastando o nepotismo e resguardando a moralidade administrativa.⁵²

Entende-se por proposta mais vantajosa não aquela de menor preço, mas sim a de melhor custo-benefício. Trata-se da proposta mais adequada, favorável aos interesses da administração, com a qual seja possível que, assumindo prestação menos onerosa, a Administração Pública receba, em contrapartida, a melhor e mais completa prestação do particular.⁵³

A “vantajosidade”⁵⁴ e a isonomia entre os concorrentes constituem valores essenciais ao procedimento licitatório, oferecendo vantagens tanto para a Administração quanto para os administrados-licitantes. Estes, por terem reconhecida

⁴⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 119.

⁵⁰ BRITTO, Carlos Ayres. *O Perfil Constitucional da Licitação*. Curitiba: Znt, 1997, p. 61-62.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p.43.

⁵² CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, pp. 119-120.

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 42-43.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 42-43.

sua excelência técnica e melhores condições de prestação do serviço; aquela, por obter os contratos mais vantajosos e benéficos aos fins coletivos a que se destina.⁵⁵

A licitação, por prever atos ligados entre si numa sequência de atividades formais vinculadas objetivando a escolha de particular mais apto a celebrar contrato com a Administração, possui natureza jurídica de “procedimento administrativo com fim seletivo”.⁵⁶

Trata-se, ainda, de procedimento vinculado, pois, uma vez fixadas suas regras, obriga-se o administrador a segui-las, a fim de assegurar a probidade na realização do certame.⁵⁷

Bem sintetiza o exposto o artigo 3º da Lei de Licitações e Contratos:

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

O referido artigo elenca, ainda, princípios administrativos a serem seguidos no procedimento licitatório para garantir sua idoneidade. Dada a importância dos princípios citados, que servem de norte à interpretação e aplicação da lei, serão estudados com mais minúcia no tópico que se segue.

2.2 Princípios aplicáveis ao procedimento licitatório

O artigo 37, *caput*, da Constituição Federal consagra os princípios aplicáveis no campo do Direito Administrativo:

“Art. 37. 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 e, também, ao seguinte: (...)”

⁵⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 119.

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 206.

⁵⁷ A propósito, o artigo 41 da Lei 8.666/93 enuncia: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”. Confira-se: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 206.

Marino Pazzaglini Filho, tendo por ponto de partida os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho, enuncia as funções dos princípios constitucionais: normogênica, orientadora, vinculante, interpretativa e supletiva.⁵⁸

A função normogênica significa que esses princípios devem constituir o fundamento da ordem jurídica, de modo que todas as normas com eles mantenham coerência e identidade. A função sistêmica diz com harmonização e integração do Direito por meio de princípios. Já a função orientadora quer dizer que os princípios “servem de norte à criação legislativa e à aplicação de todas as normas jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais, no exercício das funções públicas administrativa e jurisdicional, bem assim nas relações jurídicas entre particulares”.⁵⁹ A função vinculante expressa a necessidade de que todas as regras do sistema jurídico reflitam o significado de seus princípios inspiradores. A função interpretativa diz tanto com a interpretação atualizada e contextualizada dos princípios constitucionais quanto com a interpretação das demais normas jurídicas à luz desses princípios. Por fim, é de especial relevo para este trabalho a função supletiva dos princípios constitucionais, assim explanada:

“A função supletiva dos princípios constitucionais exprime que eles constituem verdadeiros preceitos normativos de interação do ordenamento jurídico, suplementando a aplicação do Direito a situações fáticas que ainda não foram objeto de regulamento próprio. Assim, os princípios constitucionais, além de nortear a aplicação do regramento jurídico, são aplicados diretamente aos casos concretos nas hipóteses de insuficiência ou falta de norma jurídica peculiar deles reguladora.”⁶⁰

Especificamente quanto à Lei de Licitações e Contratos, o artigo 3º da Lei n. 8.666/93 consagra os princípios que regerão a licitação e servirão de diretriz axiológica à interpretação e aplicação de todas as demais normas contidas na lei.

Os princípios são a base, o alicerce de todas as proposições subsequentes. Justen Filho bem elucida a função dos princípios contidos no artigo 3º na referida lei:

⁵⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 13-15.

⁵⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 13-15.

⁶⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 13-15.

“O art. 3º sintetiza o conteúdo da Lei, no âmbito da licitação. Os dispositivos restantes, acerca da licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei de licitações. Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o art. 3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º. Se existir mais de uma solução compatível com os ditos princípios, deverá prevalecer aquela que esteja mais de acordo com eles ou que os concretize de modo mais intenso e amplo. Essa diretriz deve nortear a atividade tanto do administrador quanto do próprio Poder Judiciário. O administrador, no curso das licitações, tem de submeter-se a eles. O julgador, ao apreciar conflitos derivados de licitações, encontrará a solução através desses princípios.”⁶¹

O rol de princípios do artigo 3º é meramente exemplificativo e espelha-se naqueles previstos na Constituição Federal, seja em seu artigo 37, *caput*, seja em outros dispositivos.⁶² Note-se que “tais princípios não podem ser examinados isoladamente, aplicando-se a regra hermenêutica da implicabilidade dos princípios”.⁶³

Assim, passa-se à análise dos três princípios de maior relevo para este trabalho para estudo individualizado, considerando não só aqueles previstos no próprio artigo 3º da Lei, mas também outros, não expressos ali, mas de igual importância, por informarem a atuação da Administração Pública de modo geral.

2.2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade informa todo o Direito Administrativo e constitui limite à atuação administrativa, pondo a salvo os direitos e garantias individuais.⁶⁴

A vontade da Administração está condicionada à existência de lei, reduzindo a discricionariedade do administrador e evitando arbitrariedades e comportamentos contrários ao que se espera de uma boa gestão do interesse

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 42.

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 42.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 41-42.

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 42.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 63-64..

público. Com efeito, “toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei”,⁶⁵ sob pena de ser ilícita. Sobre o princípio, aduz Lucas Rocha Furtado:

“A visão tradicional do princípio da legalidade administrativa é no sentido de que a Administração Pública não pode praticar qualquer ato ou exercer qualquer atividade, salvo se lei houver expressamente autorizado a prática desse ato ou o desempenho da atividade.”⁶⁶

Rigidamente interpretado, o referido princípio paralisa as atividades administrativas uma vez que, para cada ato, seria necessária a edição de nova lei. A doutrina cuidou, pois, de temperar o referido princípio, alargando as possibilidades de atuação da Administração. Odete Medauar aponta a acepção da legalidade que melhor se adapta à realidade. Para a autora, ele

“exprime a exigência de que a Administração tenha habilitação legal para adotar atos e medidas; desse modo, a Administração poderá justificar cada uma de suas decisões por uma disposição legal; exige-se base legal no exercício dos seus poderes.”⁶⁷

E prossegue, afirmando que

“O princípio da legalidade não se exaure com o significado de habilitação legal. Este deve ser combinado com o primeiro significado, com o sentido de ser vedado à Administração editar atos ou tomar medidas contrárias às normas do ordenamento. A Administração, no desempenho de suas atividades, tem o dever de respeitar todas as normas do ordenamento.”⁶⁸

Especificamente em relação às licitações, Justen Filho defende a inviabilidade da total vinculação dos atos administrativos à lei:

“É evidente que seria inviável transformar o procedimento licitatório, desde a fase interna, numa atividade integralmente vinculada à lei. Isso acarretaria a necessidade de uma lei disciplinando cada licitação. A estrita e absoluta legalidade tornaria inviável o aperfeiçoamento da contratação administrativa. Uma vinculação assim ampla e exaustiva seria tão prejudicial e indesejável quanto a

⁶⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 14.

⁶⁶ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 34.

⁶⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 129.

⁶⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 129.

total liberação do administrador para formalizar o contrato que melhor lhe aprouvesse.”⁶⁹

Por conseguinte, a Administração possui grau de liberdade para estabelecer regras de contrato futuro que serão consignadas no ato convocatório da licitação, ao qual se vincula plenamente.

2.2.2 Princípio da supremacia do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público é também chamado de princípio da finalidade pública e encontra abrigo no Direito Constitucional e no Direito Administrativo, principalmente⁷⁰. Baseia-se na concepção de que “as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para o benefício da coletividade”.⁷¹

A supremacia do interesse público é fruto de inúmeras transformações ocorridas no fim do século XIX. As teses individualistas, antes prevalecentes, geraram efeitos nefastos para a sociedade, exacerbando a liberdade de alguns e oprimindo outros, resultando em profunda desigualdade social.⁷²

A concepção do “bem comum”, intimamente ligada ao interesse público, origina-se da reação contra o individualismo jurídico. O Estado, antes passivo, passa a ser visto como “meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo”.⁷³ Caracteriza-se o Estado, a partir de então, como o *Welfare State*, dedicado a atender, como fim último de sua atuação, ao interesse público.

O interesse público reveste-se de caráter axiológico e baseia-se na ideia de bem comum, que é universal e superior ao bem individual. Impõe-se ao homem, em nome do convívio social, se necessário, a abdicação de seu próprio bem

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 48.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 64-67.

⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 21.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.67.

para atender a um bem maior, que trará bônus a todo o grupo do qual participa. O destinatário da atuação administrativa é todo o grupo social, e não o indivíduo.⁷⁴

O princípio da supremacia do interesse público manifesta-se tanto no momento da aplicação da lei, quanto no momento de sua execução em concreto.⁷⁵ Com efeito, deve o legislador, ao criar normas de direito público, “definir o que é o interesse público, as potestades conferidas com vista à sua realização e os legitimados ao seu exercício”.⁷⁶

Cabe ao legislador a observância do princípio da supremacia do interesse público, indicando, em casos de confronto com o interesse particular, as situações em que este deverá ceder em prol daquele bem como as prerrogativas e limites para o exercício dessa prerrogativa estatal, objetivando a conciliação dos interesses tanto quanto possível.⁷⁷

À Administração Pública, no exercício da função administrativa, incumbe a execução em concreto do disposto em lei, sempre com o intuito de atingir o bem comum. Não é permitido ao agente público utilizar-se dos poderes conferidos à Administração pela lei para fins particulares, a exemplo da vantagem conseguida para si ou para terceiro ou do uso indevido das prerrogativas decorrentes da preponderância do interesse público para prejudicar inimigo político. O ato do administrador que sobrepõe seus interesses ao da sociedade será nulo, pois inquinado de vício consistente no desvio de finalidade ou abuso de poder.⁷⁸

2.2.3 Princípio da moralidade

O princípio da moralidade, expresso tanto no art. 3º da Lei n. 8.666/93 quanto no artigo 37 da Constituição Federal, possui conteúdo amplo, inespecífico e, por conseguinte, impassível de definição e explicação exaustiva. A corroborar o exposto, Odete Medauar afirma:

⁷⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85-102.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 64.

⁷⁶ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 32.

⁷⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 134.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 66.

“O princípio da moralidade é de difícil tradução verbal, talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública. Em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual, ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi tomada. A decisão, de regra, destoa do contexto, e do conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração.”⁷⁹

Apreende-se desse princípio a vontade do legislador de que o procedimento licitatório e o contrato sejam guiados pela honestidade e seriedade do agente público e dos licitantes e contratados.⁸⁰

Não basta, para a administração pública, que o certame ou a execução do contrato atenda aos preceitos legais. É preciso, ainda, que o exercício da atividade administrativa do Estado se dê de forma reta de modo a não prejudicar o interesse público, tampouco ofender a credibilidade de que deve gozar a Administração. Com propriedade, conclui Justen Filho que “a moralidade soma-se à legalidade”. Prossegue, afirmando que, “assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida”.⁸¹ Nesse sentido, convém transcrever o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal, expresso ao reconhecer que, a despeito da licitude do ato, sua invalidação era medida necessária haja vista a violação ao princípio da moralidade administrativa:

“MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NEPOSTISMO CRUZADO. ORDEM DENEGADA.

Reconhecida a competência do Tribunal de Contas da União para a verificação da legalidade do ato praticado pelo impetrante, nos termos dos artigos 71, VIII e IX da Constituição Federal. Procedimento instaurado no TCU a partir de encaminhamento de autos de procedimento administrativo concluído pelo Ministério Público Federal no Estado do Espírito Santo. No mérito, configurada a prática de nepotismo cruzado, tendo em vista que a assessora nomeada pelo impetrante para exercer cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, sediado em Vitória-ES, é nora do magistrado que nomeou a esposa do impetrante para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, sediado no Rio de Janeiro-RJ. **A nomeação para o cargo de assessor do impetrante é ato formalmente lícito. Contudo, no**

⁷⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 131.

⁸⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 210.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 53.

momento em que é apurada a finalidade contrária ao interesse público, qual seja, uma troca de favores entre membros do Judiciário, o ato deve ser invalidado, por violação ao princípio da moralidade administrativa e por estar caracterizada a sua ilegalidade, por desvio de finalidade. Ordem denegada. Decisão unânime.”

(MS 24020, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 12-06-2012 PUBLIC 13-06-2012)

É certo, portanto, que o princípio da moralidade exige uma conduta de acordo com as regras da boa administração e com os preceitos éticos, ainda que não expressos em texto de lei. É fundamental a consagração de uma conduta íntegra e honesta pelo administrador público para uma boa administração, voltada ao bem-estar comum.

Convém enfatizar a necessidade da retidão de conduta tanto do administrador quanto dos licitantes. De fato, por um lado, a moral administrativa e, em última análise, o próprio interesse público restariam feridos pela conduta do agente que se utiliza das prerrogativas conferidas à Administração para praticar atos em prol de seus interesses particulares (desvio de finalidade que transcende o campo da imoralidade, passando também ao da ilicitude) ou pelo ato do agente que beneficia ou prejudica concorrente em procedimento licitatório (mesmo sem retirar qualquer benefício para si).⁸²

Por outro lado, o conluio de licitantes para fraudar o certame ou até mesmo a conduta dos sócios que, tendo sua empresa declarada inidônea para licitar, constituem nova empresa, a fim de transpor o óbice imposto àquela outra (objeto deste estudo), é tão nocivo aos interesses comuns quanto a atitude imoral do administrador, sendo imperiosa a aplicação do referido princípio também a todos os que pretendem estabelecer relação jurídica com a Administração. Justen Filho explica a necessidade de conduta íntegra por parte dos licitantes nos seguintes termos:

“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. A imoralidade de sua

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 53.

conduta acarretará seu afastamento e, eventualmente, a invalidação do procedimento. Por isso, é necessária a própria disputa. Havendo conluio ou composição entre os licitantes, estarão frustrados os princípios da moralidade e da probidade. Deverá invalidar-se o certame, punindo-se os responsáveis.”⁸³

Em poucas linhas, o princípio da moralidade diz com a justiça, ética, retidão de conduta e honestidade que devem servir de orientação à própria Administração Pública e aos licitantes e contratados, sob pena de nulidade em caso de sua inobservância.

2.3 Ilícitos e sanções administrativas

A Lei de Licitações e Contratos prevê, em seu Capítulo IV (Das Sanções Administrativas e da Tutela Judicial), Seção II (Das Sanções Administrativas), as sanções aplicáveis a contratados, proporcionalmente à gravidade da infração praticada.

O ilícito, em sentido lato, é o pressuposto da sanção. Cuida-se do comportamento contrário à norma jurídica, confundindo-se, nesses termos, ilicitude e antijuridicidade (aquilo que é objetivamente contrário ao direito, independentemente de análise de culpabilidade).⁸⁴ Em Direito Administrativo, o ilícito é gênero da espécie infração, definida por ser o comportamento contrário à norma que é pressuposto da aplicação da sanção administrativa (que é espécie do gênero pena).⁸⁵

A infração (espécie de ilícito) é comportamento antijurídico e típico, cuja sanção, previamente cominada, deve ser aplicada por órgão administrativo competente, ou, ainda, pelos órgãos judicial ou legislativo, em exercício de função atípica.⁸⁶

Os ilícitos civil, penal e administrativo não se diferenciam no que lhes é essencial, pois o conceito de antijuridicidade é comum a todos os ramos do direito.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 53.

⁸⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 17-18.

⁸⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 19.

⁸⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 19.

Assim, para Regis Fernandes de Oliveira, pode-se afirmar que a infração também necessita de tipo e de tipicidade para que seja aplicável.⁸⁷ Tipo, no campo administrativo, é “o conjunto de elementos de comportamento punível previsto na lei administrativa”⁸⁸, ao passo que a tipicidade é ocorrência, em concreto, do fato descrito na hipótese normativa, subsumindo-se a ela.⁸⁹

A imprescindibilidade de tipo para a aplicação da sanção administrativa evita a discricionariedade do administrador, que poderia punir ou deixar de punir de acordo com os ditames de sua própria moral. Não se quer dizer com isso, contudo, que não há nenhuma discricionariedade. Ocorre que toda discricionariedade decorre da própria lei que, podendo ser genérica ou exemplificativa, abre espaço para um juízo de valor que torna possível o alargamento da norma jurídica. Entretanto, jamais poderá a própria existência da infração derivar de discricionariedade administrativa, dependendo, em todo e qualquer caso, de tipo positivado, sob pena de ferir-se o princípio da legalidade.⁹⁰

Cumprido salientar que se aproximam muito os ilícitos e sanções administrativas daqueles de natureza penal, divergindo apenas quanto ao órgão que imporá a sanção, exercendo função típica ou atípica. Regis Fernandes- Oliveira explica:

“Assim, se há necessidade de um processo judicial (meio próprio para a apuração da antijuridicidade e aplicação da sanção), com as garantias previstas na Constituição Federal, através do órgão jurisdicional, cujo ato final possua força específica de coisa julgada, estamos diante da pena criminal ou da sanção civil.

De outro lado, estamos diante de sanção administrativa se a apuração da infração resultar de procedimento administrativo, perante autoridade administrativa, funcionando a Administração como parte interessada em uma relação jurídica, deflagrada sob a lei e em que o ato sancionador não tenha força própria de ato

⁸⁷ Nesse sentido, Marçal Justen Filho afirma que “os princípios fundamentais de Direito Penal vêm sendo aplicados no âmbito do Direito Administrativo Repressivo, como a perspectiva de eventuais atenuações necessárias em face das peculiaridades o ilícito no domínio da atividade administrativa”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 615).

⁸⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

⁸⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

⁹⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20-24.

jurisdicional, possuindo presunção de legalidade, imperatividade, exigibilidade e exectoriedade (quando não vedada em lei).⁹¹

Quanto ao sujeito ativo da sanção administrativa, temos que “será sempre o Estado, ou quem faça suas vezes”⁹². A competência para a aplicação da sanção é difusa, podendo incumbir a todos os órgãos do Executivo bem como aos demais órgãos de exercício de poder, em função atípica. Caberá à lei estabelecer o agente competente para tanto. Convém notar que as entidades da Administração descentralizada também poderão aplicar sanções, pois que estão em exercício de função administrativa.⁹³

O sujeito passivo da sanção administrativa pode ser tanto pessoa física quanto jurídica. Interessante notar que não há óbice à aplicação de sanções a pessoa jurídica de direito público, pois estas se sujeitam igualmente a deveres e obrigações, inexistindo imunidade que as ampare. É de se ressaltar, também, que, segundo Regis Fernandes de Oliveira, há a possibilidade de aplicação da *disregard doctrine* para que se impute responsabilidade aos sócios em casos previstos por lei.⁹⁴

A aplicação da sanção administrativa pressupõe a reprovabilidade da conduta do particular, de modo que é exigida “uma avaliação conjugada do posicionamento subjetivo do sujeito e dos efeitos danosos gerados pela infração.”⁹⁵ A finalidade da sanção é cuidar dos interesses da Administração, convencendo os sujeitos a adotarem práticas conforme ao interesse público. As penas de polícia (decorrentes da supremacia geral do Estado) são vistas como meramente punitivas (castigo ao infrator). Já as disciplinares (advindas de relação de supremacia especial, em que há elo especial entre Estado e indivíduo) “têm caráter de manutenção e reintegração das condições de ordem em relação particular de

⁹¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

⁹² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

⁹³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 73-77.

⁹⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 78-81.

⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 621.

autoridade”.⁹⁶ A respeito da natureza especial da “sujeição especial” entre um particular e o Estado da qual advém a possibilidade de aplicação de sanção disciplinar, Justen Filho explica:

“Tem-se reconhecido que a instauração de um vínculo jurídico específico com o Estado produz uma situação jurídica determinada para o particular. Alude-se a uma “sujeição especial” para identificar o fenômeno. Ou seja, não é idêntico o regime jurídico de um particular qualquer e aquele aplicável à pessoa que mantém relação jurídica determinada com a Administração Pública. Quando alguém se dispuser a participar de uma licitação ou a realizar contratação administrativa, passará a subordinar-se a regime jurídico muito mais severo do que o aplicável ao cidadão comum. Talvez se pudesse afirmar que se impõe uma especial boa-fé, um dever peculiar e diferenciado de colaboração. Não é necessário que a lei explicitamente quer a existência desse dever, quer suas manifestações específicas. Isso deriva da própria situação de participar de uma licitação ou de manter contrato com a Administração Pública.”⁹⁷

Por fim, a sanção deve ser proporcional ao objetivo de sua imposição, de forma a não ferir nenhum dos direitos e garantias individuais constitucionalmente previstos (Título II, Capítulo I, da Constituição Federal). A pena (sentido amplo) deve guardar proporcionalidade com os fins a que se destina. Deve, pois, ater-se ao mínimo necessário para reprimir a conduta e, se for o caso, evitar o dano. A discricionariedade presente na aplicação da sanção será limitada pela lei e sempre vinculada à finalidade almejada por sua imposição, devendo ser compatível com a reprobabilidade da infração.⁹⁸

2.3.1 Sanções em espécie na Lei n. 8.666/93

O artigo 58, IV, da Lei n. 8.666/93 confere à Administração, por meio do regime jurídico dos contratos administrativos, a prerrogativa de “aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste”.

Os artigos 86, 87 e 88 da Lei de Licitações e Contratos preveem as sanções aplicáveis a licitantes e contratados, especificamente: advertência, repreensão, multa, suspensão e declaração de inidoneidade.

⁹⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 92.

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 619.

⁹⁸ Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 621; OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 94-98.

A lei indica as sanções cabíveis, ficando também a cargo do edital ou convite e do próprio contrato celebrado a determinação das circunstâncias que darão ensejo à aplicação de cada sanção, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Dispõe o artigo 87:

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

I - advertência;

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

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

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

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.”

Assim, deverá ser aplicada a advertência para infrações pequenas, que não tenham ocasionado dano. No caso de reincidência de pequenas infrações ou de atraso injustificado na execução da prestação contratual (artigo 86 da Lei n. 8.666/93), já se torna cabível a aplicação de multa. A suspensão temporária é utilizada quando da ocorrência de violação de cláusula contratual que justifique sua rescisão. A sanção mais rigorosa (declaração de inidoneidade) deverá ser utilizada em hipóteses mais graves, como no caso de fraude praticada pelo contratado, a exemplo da juntada de declarações falsas com o fim de receber pagamentos por serviços não realizados, bem como ao “licitante que assinou o contrato, mas não

passou a executá-lo, ou a executá-lo mal”.⁹⁹ Tanto a advertência quanto a suspensão temporária e a declaração de inidoneidade podem ser cumuladas com a aplicação de multa.¹⁰⁰

A declaração de inidoneidade e a suspensão temporária de participar em licitação retiram do particular o direito de manter vínculo com a Administração e também podem ser aplicadas nos seguintes casos, previstos no artigo 88 da Lei em comento:

“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.”

As duas sanções apresentam, entretanto, diferenças substanciais: a) o prazo máximo da suspensão temporária é de 2 (dois) anos, ao passo que a declaração de inidoneidade prevalece por prazo indeterminado (até que cessem os motivos da punição ou até a reabilitação do infrator); b) por ser a declaração de inidoneidade mais grave, deve ser destinada à reprimenda de infrações mais reprováveis e c) a competência para a imposição da suspensão temporária é da autoridade competente do órgão contratante, enquanto a declaração de inidoneidade deve ser aplicada pela autoridade máxima do órgão ou entidade.

Convém notar que não haveria motivo para a distinção entre as figuras por sua amplitude. Embora o inciso III do artigo 87 mencione a produção de efeitos em relação à “Administração” e o inciso IV utilize o termo “Administração Pública”, não se pode concluir que a suspensão temporária surte efeitos apenas quanto à entidade administrativa que a declarou, ao passo que a declaração de inidoneidade abarcaria todos os órgãos da Administração Pública. No particular, Justen Filho aduz:

⁹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 396.

¹⁰⁰ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 450.

“Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar “suspense”. A menos que a lei posterior atribua contornos distintos à figura do inc. III, essa é a conclusão que se extrai da atual disciplina legislativa.”¹⁰¹

Em síntese, a infração é pressuposto da sanção, que será aplicada pelo órgão competente, conforme estabelecido em lei. Por assemelhar-se ao ilícito penal, visto que ambos decorrem de conceito amplo de antijuridicidade, ao ilícito administrativo também se aplicam os princípios e regramentos penais, evitando discricionariedades por parte dos aplicadores da lei administrativa e garantindo direitos individuais constitucionalmente previstos. A Lei de Licitações e Contratos prevê as sanções aplicáveis aos licitantes e contratados, que deverão ser aplicadas a situações previamente definidas, segundo discricionariedade da Administração, conforme critérios de razoabilidade e proporcionalidade com a reprobabilidade da infração.

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 623.

3. APLICABILIDADE DA *DISREGARD DOCTRINE* NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica também no campo administrativo, especificamente em relação ao procedimento licitatório, pode ser demonstrada, em síntese, por três elementos, analisados um a um nos subtópicos seguintes: a) a ponderação do princípio da moralidade face ao princípio da legalidade; b) a compatibilidade entre a *disregard doctrine* e os princípios de Direito Administrativo e c) o encaminhamento de precedentes jurisprudenciais e mesmo da legislação estadual nesse sentido.

3.1 Princípio da moralidade face ao princípio da legalidade

Como demonstrado, o princípio da moralidade, que encontra embasamento constitucional,¹⁰² “deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública”.¹⁰³ Assim, todos os atos praticados pelo administrador ou pelos particulares em relação com a Administração – a exemplo de licitantes e contratados – devem guardar a moral, ética, boa-fé e lisura de conduta.¹⁰⁴

Já quanto ao princípio da legalidade, é de se ressaltar que, embora tenha por finalidade precípua a garantia dos direitos individuais por meio da limitação da atuação estatal,¹⁰⁵ é certo que não se restringe à cega obediência da lei em sentido estrito (determinada norma). Note-se que:

“Ao contrário, seu significado é bem mais abrangente, compreendendo a lei em si e seu contexto jurídico, ou seja, o ordenamento constitucional e jurídico em que está entranhada.

[...] O princípio da legalidade pois, envolve a sujeição do agente público não só à lei aplicável ao caso concreto, senão também ao

¹⁰² “Art. 37. 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 e, também, ao seguinte [...]”

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 77.

¹⁰⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 28-30.

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 63.

regramento jurídico e aos princípios constitucionais que regem a atuação administrativa.”¹⁰⁶

Assim, exige-se do administrador “um atuar pelo Direito, segundo o Direito e conforme o Direito, conjugando a lei e os princípios reitores da administração”.¹⁰⁷

É dizer: o princípio da legalidade não se opõe ao da moralidade, mas soma-se a ele. Com efeito, respeitar ao disposto em lei implica respeito, também, à moral administrativa, consagrada tanto no texto constitucional (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal) quanto na própria Lei de Licitações e Contratos (artigo 3º da Lei n. 8.666/93). A respeito, defende Márcia Noll Barboza a possibilidade de convivência entre o princípio da legalidade e o princípio da moralidade traçados pela Constituição Federal de 1988:

“Daí não vemos motivo para hesitações quanto à convivência entre o princípio da moralidade e o da legalidade no *caput* do art. 37 da Constituição. Ora, se o princípio da legalidade não determina à Administração a submissão ao direito, o que inclui a observância de regras e princípios aos quais a Administração se submete. Ademais, o princípio da legalidade, enquanto exigência de juridicidade ou legalidade substancial, não contém nem abarca o da moralidade. Note-se como são diversos os seus mandados: o primeiro determina à Administração Pública a observância do direito; o segundo lhe ordena a observância de parâmetros éticos. Claro, o princípio da legalidade, ao determinar a observância do direito, aí incluídos os princípios jurídicos, determina a observância do princípio da moralidade. Ocorre que este, embora detenha conteúdo jurídico, mantém aberto o direito para a moral. Em outras palavras, o princípio da moralidade, expressando exigência de conformidade à ideia de função administrativa e cobrando, via de consequência, um comportamento ético do administrador, mantém aberta a argumentação jurídica para a argumentação moral, *i.e.*, para a moral crítica.”¹⁰⁸

Fixado isso, conclui-se que o princípio da moralidade atua em conjunto com a própria legalidade, exercendo função supletiva no ordenamento jurídico, ou

¹⁰⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 24.

¹⁰⁷ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A teoria da descon sideração da personalidade jurídica: aplicação no direito administrativo*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10344. Acesso em 7/9/2012.

¹⁰⁸ BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 124.

seja, “suplementando a atuação do Direito a situações fáticas que ainda não foram objeto de regulamento próprio”.¹⁰⁹

Afinal, a ausência de determinação legal para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em casos específicos, que nitidamente afrontam a moral administrativa por meio de abuso de direito e má-fé dos licitantes, não pode ser empecilho para a extensão da sanção àqueles que tentam manipular o direito a seu favor em detrimento da sociedade.

Assim, é de se conferir maior peso ao princípio da moralidade, em casos tais em que se faça necessário, para a preservação da sanção aplicada à empresa contratante, afastando-se, em parte, a rigidez conferida ao princípio da legalidade para que se possa - atendendo-se à própria lei que prevê o princípio da moralidade como norte da atuação administrativa – levantar o véu societário de empresas criadas com o claro intento de fraudar a lei, mesmo sem permissão legal expressa.

Por fim, é oportuno registrar que a Administração Pública deve pautar-se, também, pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, de sorte que o bem-estar geral da coletividade prevaleça sobre o interesse de particulares.¹¹⁰ E, por certo, o ato de má-fé de sócios que se veem impedidos de licitar por meio de uma determinada empresa em virtude da sanção a ela aplicada e findam por constituir outra, para participarem de licitações novamente, contraria a ideia de benefício para o grupo social como um todo.

De fato, se à primeira empresa foi aplicada uma sanção grave – declaração de inidoneidade -, é porque houve uma infração e o direito cuidou de reprimi-la por ser de interesse da coletividade que os licitantes e contratados ajam conforme o direito e o contrato avençado. Permitir que os sócios da empresa participem de nova licitação utilizando-se de véu societário distinto é ignorar os pressupostos e efeitos da sanção, ferindo o interesse público e, sobretudo, a moral administrativa.

¹⁰⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 14-15.

¹¹⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 37-40.

3.2 Compatibilidade entre a *disregard doctrine* e os princípios de Direito Administrativo

Como já demonstrado, a teoria da desconsideração pessoa jurídica constitui avanço no ordenamento jurídico, possibilitando a quebra da autonomia patrimonial a fim de coibir fraudes e abusos decorrentes do mau uso da separação patrimonial.¹¹¹ Com propriedade, Suzy Elizabeth Cavalcante Koury afirma que:

“A teoria da desconsideração da personalidade jurídica consiste em um meio eficaz para impedir o divórcio entre o Direito e a realidade, o condenável *cultural lag*, na medida em que ignora os efeitos da personificação, nos casos em que possibilitaria a utilização contrária à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.”¹¹²

A *disregard doctrine* pode encontrar abrigo, sim, no campo administrativo, tendo em vista tratar-se de “manifestação que atende necessidade e circunstâncias de cada ordenamento jurídico, em momentos históricos específicos”¹¹³, passível, portanto, de múltiplas manifestações.

De fato, em circunstâncias específicas, carece a Lei de Licitações e Contratos de instrumento apto a combater certas condutas de má-fé por parte dos licitantes, a exemplo dos sócios que, vendo a empresa por eles administrada ser declarada inidônea para licitar, constituem nova sociedade, com o mesmo quadro societário, mesmo objeto social e mesmo endereço, com o nítido intento de esquivar-se da aplicação da sanção administrativa. É patente o desvio de função da nova sociedade, uma vez que esta visa a “conseguir fins atípicos, egoísticos e que não foram levados em consideração pelo ordenamento jurídico ao criar as sociedades comerciais”, ou, nas palavras de Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, não possuem “correspondência entre o fim perseguido pelas partes e o conteúdo que, segundo o ordenamento jurídico, é próprio da forma utilizada”.¹¹⁴ Por certo, a

¹¹¹ LINS, Daniela Storry. *Aspectos Polêmicos Atuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 31-32.

¹¹² KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: aplicação no direito administrativo*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10344. Acesso em 7/9/2012.

¹¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 65.

¹¹⁴ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: aplicação no direito administrativo*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10344. Acesso em 7/9/2012.

finalidade da nova empresa constituída não é outro que o de criar um escudo societário para proteger da sanção aplicada os verdadeiros responsáveis pela infração. O abuso de direito evidencia-se na medida em que a criação de nova empresa para os fins propostos é ato contrário ao fim do instituto da pessoa jurídica. Sobre o abuso de direito, convém transcrever a seguinte explanação:

“O abuso de direito corresponde a um “mau uso” do direito, ou seja, ao exercício normal de um direito, estando o seu titular, todavia, desviado do fim econômico-social para o qual aquele direito foi criado.

[...]. Dessa forma, o ato abusivo é antifuncional, o ato contrário ao fim do instituto, ao seu espírito. Esse critério finalista, um tanto abstrato, concretiza-se através do motivo legítimo, de tal modo que o ato será normal ou abusivo conforme explique-se ou não por um motivo legítimo, sendo o desvio do direito denunciado exatamente pelos motivos ilegítimos, como o dolo e a má-fé.”¹¹⁵

Pelo exposto em relação à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, é de se concluir por sua total compatibilidade com os princípios de direito administrativo previstos no artigo 3º da Lei de Licitações e Contratos,¹¹⁶ ressalvado o princípio da legalidade, o qual resta flexibilizado face à aplicação, em especial, do princípio da moralidade.

Ora, os princípios norteadores da atividade administrativa, em especial os princípios da moralidade e da supremacia do interesse público, objetivam um atuar ético e a preservação do bem público, que se sobrepõe a interesses particulares. A *disregard doctrine*, por sua vez, visa a garantir o bom uso da pessoa jurídica, evitando um indesejável desvio de função. Não se vislumbra, pois, incompatibilidade entre os princípios constitucionais administrativos e o instituto, visto que ambos procuram assegurar uma ação correta e conforme as finalidades impostas pelo direito. Pelo contrário, pode-se afirmar que

“os princípios constitucionais da juridicidade, da moralidade, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, bem como o

¹¹⁵ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 70.

¹¹⁶ “Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

da equidade, que orientam o ordenamento jurídico como um todo, são suficientes para fundamentar a aplicação da teoria da desconconsideração no Direito Administrativo, ainda que não haja previsão normativa específica, pelo menos no âmbito federal.”¹¹⁷

3.3 Aplicação da *disregard doctrine* no Direito Administrativo: precedentes e legislação

O caso representado pelo Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 15.166/BA (STJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262) é paradigmático em relação ao tema proposto.

Trata-se de recurso interposto perante o Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, II, *b*, da Constituição Federal, pela empresa G E G Móveis, Máquinas e Equipamentos Ltda., objetivando a reforma de acórdão proferido pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.¹¹⁸

O mandado de segurança, cuja ordem foi denegada em primeira instância, insurgia-se contra ato do Secretário de Administração do Estado da Bahia consistente na extensão dos efeitos da declaração de inidoneidade para licitar emitida contra a empresa COMBAIL Ltda. à empresa impetrante, composta pelo mesmo quadro societário. Note-se que a sanção imposta à empresa COMBAIL Ltda. decorreu da apresentação de documentos falsos em procedimento licitatório.¹¹⁹

Em suas razões recursais, sustentou a empresa recorrente, em síntese, a) contrariedade ao princípio da legalidade, ao argumento de que a lei não faculta à Administração Pública a prerrogativa de desconsiderar a personalidade jurídica no caso apresentado e b) a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica somente pelas autoridades judiciárias e

¹¹⁷ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: aplicação no direito administrativo*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10344. Acesso em 7/9/2012.

¹¹⁸ STJ, RMS 15166/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200942657&dt_publicacao=08/09/2003. Acesso em 30/09/2012.

¹¹⁹ STJ, RMS 15166/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200942657&dt_publicacao=08/09/2003. Acesso em 30/09/2012.

apenas no que tange às relações de consumo (art. 28 do Código de Defesa do Consumidor).¹²⁰

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão irretocável, decidiu pela aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, nos seguintes termos:

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

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

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

- Recurso a que se nega provimento.”

(RMS 15166/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262)

Interessante notar a fundamentação adotada pelo voto do relator. Primeiro, cuidou o voto de analisar o processo de constituição da sociedade recorrente, chegando à conclusão de que “a Recorrente valeu-se do ‘véu da pessoa jurídica’ - para usar de metáfora já consagrada -, com o evidente intuito de fraudar a

¹²⁰ “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.”

lei e descumprir uma punição administrativa que lhe havia sido imposta.”¹²¹ A seguir, passou-se à análise da possibilidade de uso da teoria desconconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa sem que exista dispositivo legal específico a autorizar sua utilização. Entendeu o relator pela aplicabilidade da *disregard doctrine* no caso, utilizando-se dos seguintes argumentos, esmiuçados neste trabalho:

“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 interesse 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 desconconsideração da personalidade jurídica, de modo a permitir o seu manejo pela Administração Pública, mesmo à margem de previsão normativa específica.”¹²²

Quanto à possibilidade de aplicação da *disregard doctrine* pela própria Administração Pública, o relator assim se manifestou:

“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

¹²¹ STJ, RMS 15166/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200942657&dt_publicacao=08/09/2003. Acesso em 30/09/2012.

¹²² Voto do Ministro Castro Meira no RMS 15166/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200942657&dt_publicacao=08/09/2003. Acesso em 30/09/2012.

desconsideração da personalidade jurídica. No presente caso, a Recorrente não se desincumbiu desse ônus probatório.”¹²³

Com efeito, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal assegura o contraditório e a ampla defesa aos litigantes também em processo administrativo. Respeitada essa garantia, não há, realmente, razão para se deixar de admitir a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração Pública, pois, como explicitado pelo voto do relator, “ao prejudicado restará sempre aberta a porta do Judiciário”¹²⁴, é dizer, a Constituição garante, em seu artigo 5º, inciso XXV¹²⁵, a inafastabilidade da jurisdição.

Cumprido salientar que o elucidativo acórdão foi proferido no ano de 2003, anteriormente à edição da Lei n. 9.433/2005 pelo Estado da Bahia. Daí a necessidade da análise feita quanto à mitigação do princípio da legalidade. É que o Estado da Bahia, fazendo uso da competência legislativa que lhe é constitucionalmente atribuída para editar leis específicas em relação ao tema da licitação¹²⁶ (art. 22, XXVII, da Constituição Federal¹²⁷), editou a Lei 9.433 em 1/3/2005. Essa lei prestou-se a disciplinar o regime jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia, em consonância com as normas gerais estabelecidas pelas Leis Federais n. 8.666/1993. O aparente impasse entre o princípio da legalidade e o princípio da moralidade ficou resolvido, pelo menos no âmbito do Estado da Bahia, pelo artigo 200 da Lei n. 9.433/2005:

“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

¹²³ Voto do Ministro Castro Meira no RMS 15166/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200200942657&dt_publicacao=08/09/2003. Acesso em 30/09/2012.

¹²⁴ Voto do Ministro Castro Meira no RMS 15166/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200200942657&dt_publicacao=08/09/2003. Acesso em 30/09/2012.

¹²⁵ Art. 5º, XXXV, Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹²⁶ BRITTO, Carlos Ayres. *O Perfil Constitucional da Licitação*. Curitiba: ZNT, 1997, p. 14-17.

¹²⁷ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)XXVII – **normas gerais** de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (grifou-se).

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.”

O Estado da Bahia não foi o único a admitir essa possibilidade. Também o Estado do Paraná a viabilizou por meio da Lei n. 15.608/2007:

“Art. 158. Estendem-se os efeitos da penalidade de suspensão do direito de contratar com a Administração ou da declaração de inidoneidade:

I – às pessoas físicas que constituíram a pessoa jurídica, as quais permanecem impedidas de licitar com a Administração Pública enquanto perdurarem as causas da penalidade, independentemente de nova pessoa jurídica que vierem a constituir ou de outra em que figurarem como sócios;

II – as pessoas jurídicas que tenham sócios comuns com as pessoas físicas referidas no inciso anterior.”

Cumprir referir, ainda, o seguinte precedente do Tribunal de Contas da União que, utilizando-se do entendimento do acórdão proferido do RMS 15.166/BA, entendeu cabível a aplicação da *disregard doctrine*:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. FRAUDE À LICITAÇÃO SUPERFATURAMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE LICITANTE.

1. A constatação de ocorrência de fraude à licitação, com configuração de dano ao Erário, enseja a condenação dos responsáveis em débito, julgamento pela irregularidade das contas e aplicação de multa.

2. A existência de fraude em procedimento licitatório enseja a declaração de inidoneidade dos licitantes envolvidos para participarem de licitação na Administração Pública Federal

3. Acolhida a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, respondem os sócios das empresas envolvidas pelo prejuízo causado ao erário.” (TCU, Acórdão 1209/2009 – Plenário, Processo 001.323/2006-5, Relator Ministro José Jorge)

No corpo do voto do relator, consignou-se que

“A medida de estender aos sócios da empresa CONDOR a declaração de inidoneidade se faz imprescindível, dada a possibilidade de que esses possam vir a constituir nova(s) entidade(s) empresarial(is), com intuito de, burlando a punição da suspensão, continuar participando de procedimentos licitatórios realizados por órgãos/entidades federais.”¹²⁸

¹²⁸ TCU, Acórdão 1209/2009 – Plenário, Processo 001.323/2006-5, Relator Ministro José Jorge. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight;jsessionid=FCDA6CAA53A954B0110E116DC2EDD3B9?k ey=ACORDAO-LEGADO->

Do exposto, nota-se que tanto a jurisprudência pátria quanto a legislação estadual encaminham-se no sentido da extensão da sanção aos verdadeiros infratores, visando à manutenção da eficácia da sanção aplicada no bojo de procedimento administrativo, assim como à preservação dos princípios da moralidade administrativa e da finalidade pública.

CONCLUSÃO

A presente monografia objetivou analisar a aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no campo do Direito Administrativo, em especial em relação às licitações e contratos, mesmo à míngua de previsão legal. Motivou-se a pesquisa pela necessidade de instrumento hábil a coibir a conduta de má-fé de sócios que, vendo-se impedidos de contratar com Administração Pública por meio de determinada empresa, declarada inidônea, constituíam nova sociedade empresária com idêntica formação e razão social e o evidente fim de furtar-se aos efeitos da sanção aplicada àquela primeira empresa.

No intento de alcançar resposta à indagação formulada, o presente trabalho orientou-se pelo estudo tanto do instituto da desconsideração da personalidade jurídica quanto pelo estudo da Lei de Licitações e Contratos e dos princípios de Direito Administrativo de modo geral.

Assim, o primeiro capítulo deste trabalho dedicou-se ao estudo da *disregard doctrine*. Para tanto, fez-se necessária breve explanação a respeito da personalidade jurídica, caracterizada pela autonomia jurídica e patrimonial da empresa, que não mais se confunde com a figura de seus sócios. A crise de função da pessoa jurídica, consistente no uso indevido da personalidade jurídica adquirida, determinou o surgimento da *disregard doctrine*, instrumento hábil a coibir o desvio de função da entidade personificada. Com efeito, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica permite que se alcance a figura dos sócios por meio do levantamento momentâneo e episódico do véu societário. Analisou-se nesse capítulo, ainda, a principal consequência da aplicação do instituto: a suspensão temporária da eficácia da personalidade jurídica em relação aos atos que geraram resultados.

Já o segundo capítulo desta monografia pautou-se pela análise das licitações e contratos da Administração Pública. Identificaram-se, de início, a finalidade e a natureza jurídica das licitações, chegando-se à conclusão de que se trata de “procedimento administrativo com fim seletivo”¹²⁹, cujo objetivo precípua é obter a proposta mais vantajosa (melhor custo-benefício) para a Administração

¹²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 206.

Pública e assegurar tratamento isonômico aos licitantes, resguardando, assim, a moral administrativa.

Ainda no tema de licitações e contratos, passou-se a uma breve análise dos princípios aplicáveis ao procedimento licitatório, com enfoque nos princípios da legalidade, da moralidade e da supremacia do interesse público, por serem de especial relevância para este trabalho. Com efeito, foi possível perceber que a Administração Pública é orientada pela lei e não pode atuar senão com embasamento legal e em conformidade com o ordenamento jurídico. A moralidade administrativa, por sua vez, impõe uma conduta de acordo com preceitos éticos e com o interesse comum tanto por parte do administrador quanto por parte dos licitantes, ainda que a lei de omita quanto à conduta a ser adotada. Já a supremacia do interesse público diz com a busca pelo bem-estar coletivo, ainda que em detrimento de determinados interesses particulares, que deverão ser ponderados para que prevaleça o interesse coletivo.

A fim de se assegurar os interesses da Administração Pública, esta detém a possibilidade de aplicar sanções legalmente previstas a certas condutas que estão em descompasso com a boa-fé, a moral administrativa, ajustes contratuais e, em última análise, com a supremacia do interesse público.

Diante do exposto, foi possível concluir pela aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica – que objetiva coibir fraudes e abusos decorrentes do mau uso da pessoa jurídica – no âmbito das licitações e contratos, dada sua compatibilidade com os princípios norteadores do Direito Administrativo, em especial o princípio da moralidade. Com efeito, abre-se a possibilidade de se conferir maior peso ao princípio da moralidade, afastando-se em parte a rigidez do princípio da legalidade. Oportuniza-se, assim, a utilização da *disregard doctrine* no âmbito do Direito Administrativo, mesmo à míngua de previsão legal, a fim de se assegurarem a eficácia das sanções aplicadas e a preservação da moral administrativa.

REFERÊNCIAS

- BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O Perfil Constitucional da Licitação*. Curitiba: ZNT, 1997.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARVALHO NETO, Inacio de. *Abuso do direito*. Pensamento Jurídico, vol. IV. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 11. ed. Direito de Empresa. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.
- DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo, Dialética, 2005.
- JUSTEN FILHO. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- LINS, Daniela Storry. *Aspectos Polêmicos Atuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: aplicação no direito administrativo*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10344. Acesso em 7/9/2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NAHAS, Thereza Cristina. *Desconsideração da Pessoa Jurídica: Reflexos Cíveis e Empresariais nas Relações de Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2004.

NUNES, Silvério Carvalho. *Legalidade justa e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Decálogo, 2005.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo, Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 13-15

PEGORARO, Luiz Nunes. *Desconsideração da personalidade jurídica no procedimento licitatório*. Campinas: Servanda. 2010.

SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da personalidade jurídica. Aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal*. Volume 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário*. Volume 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.