



UFOP

Universidade Federal
de Ouro Preto

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO
PRETO ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E
MUSEOLOGIA**

**DEPARTAMENTO DE DIREITO –
EDTM/UFOP**



Monografia

**CRITÉRIOS PARA DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA NOS CASOS DE
OCORRÊNCIA IMPEDITIVA INDIRETA NAS LICITAÇÕES**

Isabella Reis de Camargo

**Ouro Preto/MG
2020**

Isabella Reis de Camargo

**CRITÉRIOS PARA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS
CASOS DE OCORRÊNCIA IMPEDITIVA INDIRETA NAS LICITAÇÕES**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Universidade Federal de Ouro Preto como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Federico Nunes de Matos

Coorientador: Prof. Dr. Roberto Henrique Pôrto
Nogueira

Áreas de concentração: Direito Administrativo.
Direito Empresarial.

Ouro Preto/MG
2020



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO



FOLHA DE APROVAÇÃO

Isabella Reis de Camargo

CRITÉRIOS PARA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS CASOS DE OCORRÊNCIA IMPEDITIVA INDIRETA NAS LICITAÇÕES

Membros da banca

Federico Nunes de Matos - Doutor - UFOP
Roberto Henrique Pôrto Nogueira - Doutor - UFOP
Felipe Comarela Milanez - Doutor - UFOP
Flávia Silva Camelo - Mestranda - UFOP

Versão final
Aprovado em 17 de novembro de 2020

De acordo

Federico Nunes de Matos



Documento assinado eletronicamente por **Federico Nunes de Matos, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 23/11/2020, às 11:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0105284** e o código CRC **F85F213E**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.008872/2020-65

SEI nº 0105284

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

AGRADECIMENTOS

Minha eterna gratidão a todos que me acompanharam ao longo dessa jornada de cinco anos, em que eu pude crescer e evoluir não somente academicamente, mas como ser humano.

À Universidade Federal de Ouro Preto, seus docentes, discentes e técnicos administrativos, meus agradecimentos por terem propiciado o conhecimento necessário para o desenvolvimento de tantos que vieram antes e que virão depois de mim. Que a Universidade e quem a compõe continuem sendo valorizados e apreciados, pois o aprendizado oferecido por vocês sempre terá um valor inestimável.

Aos meus familiares, quem me possibilitaram alçar voo para outro Estado e sustentaram meus sonhos com tanto afinho e boa vontade, agradeço imensamente pelo apoio durante toda minha graduação. Essa conquista não teria possível sem o auxílio de vocês, que se fizeram presentes, mesmo a quase 800 quilômetros de distância.

Aos meus amigos de Minas Gerais e de São Paulo, vocês foram imprescindíveis para que eu pudesse alcançar mais essa conquista e meu coração sempre estará com cada um de vocês.

A todos que, de algum modo, contribuíram e me ajudaram a concretizar mais essa vitória, em especial aos ilustres professores que me orientaram nesse trabalho.

À Ouro Preto, cidade que me acolheu como sua e fará morada eterna em meu coração. Obrigada pelas memórias inesquecíveis e pelos ensinamentos incontáveis!

RESUMO

Esta monografia aborda os aspectos que envolvem o uso do instituto da desconsideração da personalidade jurídica nos casos de fraude às licitações alertados pelas notificações de ocorrência impeditiva indireta, com o intuito de traçar critérios para sua coerente aplicação. Para tanto, adotam-se processos jurídico-propositivos para a delimitação dos parâmetros, utilizando-se de análise jurisprudencial para apreciação dos critérios que são utilizados para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica no Direito Administrativo. A metodologia quanto à modalidade de pesquisa é teórica, uma vez que visa à crítica e à reconstrução de concepções abstratas atinentes ao Direito, como a desconsideração da personalidade jurídica e a fraude. Utiliza-se da análise de conteúdo de dados secundários, como legislação e doutrina sobre o tema, valendo-se da vertente teórica-dogmática. Objetiva-se a proposição de parâmetros para a justificativa do uso da desconsideração da personalidade jurídica nesses casos, uma vez que a Lei Anticorrupção (Lei n. ° 12.486/2013) é silente quanto às características para a configuração de fraude do licitante. O trabalho, portanto, justifica-se pela lacuna conceitual presente no dispositivo em menção, uma vez que não se dispõe de definição de fraude ao certame licitatório no artigo 5º, inciso IV, alínea “e” desta norma. Como resultados, têm-se que os critérios que podem balizar a configuração de fraude e possibilitar a utilização desse instituto são (i) a identidade dos sócios; (ii) atuação das pessoas jurídicas no mesmo ramo de atividade; (iii) transferência integral do acervo técnico e humano; e (iv) a posterioridade da data de constituição da nova pessoa jurídica à data de aplicação da sanção de impedimento, suspensão ou declaração de inidoneidade.

Palavras-chave: Licitação. Ocorrência Impeditiva Indireta. Fraude. Desconsideração da personalidade jurídica. Lei Anticorrupção.

ABSTRACT

This essay approaches the aspects which involve the use of the disregard of legal personality in cases of fraud in bidding processes notified by “indirect preventive occurrence”, aiming to trace standards for its coherent application. To this end, legal-propositional processes are adopted in order to bound the parameters, using jurisprudential analysis to appreciate the criteria that have been used to authorize the disregard of legal personality in Administrative Law. The methodology regarding the research modality is theoretical, since it aims to criticize and to reconstruct abstract conceptions related to the law, such as the disregard doctrine of legal personality and fraud. Secondary data content analysis was used, such as legislation and doctrine on the subject, using the theoretical-dogmatic approach. The goal is to propose parameters for justifying the use of disregard for legal personality in these cases, since the Anti-Corruption Law (Law No. 12,486/ 2013) is silent as to the characteristics that would configure the bidder's fraud. The work, therefore, is justified by the conceptual gap present in the mentioned device, since there was no definition of fraud in the bidding process in article 5, item IV, item “e” of this law. As results, the criteria that would constitute fraud and enable the use of this institute are (i) the identity of the partners; (ii) performance of legal entities in the same industry; (iii) full transfer of the technical and human assets and (iv) the later date of the constitution of the new legal entity to the date of application of the sanction of impediment, suspension or declaration of non-suitability to the related legal entity.

Keywords: Bidding. Indirect Preventive Occurrence. Fraud. Disregard of legal personality. Anti-Corruption Law.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Declaração emitida pelo SICAF.....	19
Figura 2 – Aba de consulta parametrizada do <i>site</i> do SICAF.....	22
Figura 3 – Conduta do pregoeiro ao verificar ocorrência impeditiva indireta.....	23

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. Artigo

CC Código Civil de 2002

CF Constituição Federal de 1988

CNPJ Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica

CPF Cadastro de Pessoa Física

CPL Comissão Permanente de Licitação

LAC Lei Anticorrupção

SEGES/MPDG Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão

SICAF Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores

SLTI/MPOG Secretaria de Logística e Tecnologia do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

TCU Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A LEI DE LICITAÇÕES E SEU SISTEMA SANCIONATÓRIO.....	12
2.1 Sanções Administrativas da Lei n.º 8.666/1993.....	13
2.2 Sanção Administrativa da Lei n.º 10.520/2002.....	17
3 OCORRÊNCIA IMPEDITIVA INDIRETA.....	19
3.1 Possíveis condutas após a emissão da ocorrência impeditiva indireta.....	21
3.2 Possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica após emissão de ocorrência impeditiva indireta.....	25
4 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: DA ORIGEM NAS CORTES ANGLO-SAXÔNICAS À CONSOLIDAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	29
4.1 Teoria e conceituação adotadas.....	32
4.2 Responsabilização x desconsideração da personalidade jurídica.....	35
4.3 Previsão legal em âmbito administrativo.....	37
4.4 Fraude à licitação: delimitação e conceito.....	42
5 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA APLICADA APÓS A OCORRÊNCIA IMPEDITIVA INDIRETA NOS CERTAMES LICITATÓRIOS: POSSIBILIDADES E REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO.....	45
5.1 Análise jurisprudencial.....	45
5.2 Possíveis critérios para utilização da desconsideração da personalidade jurídica nos casos de ocorrências impeditivas indiretas nas licitações.....	51
5.3 Instauração do processo administrativo autônomo para aferição dos critérios de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.....	55
6 CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

No âmbito do sistema legal que rege o Direito Administrativo, encontra-se a legislação específica sobre licitações e contratos administrativos, qual seja, a Lei n.º 8.666/1993, também denominada Lei de Licitações. Seu conteúdo normatiza a relação entre entes privados e Poder Público, disciplina a conduta para a contratação de obras e serviços, especifica as modalidades licitatórias, bem como estabelece a atuação em caso de inexecução contratual por meio de sistema sancionatório próprio.

No interior do capítulo IV, seção II, nos artigos 86 e 87 da Lei n.º 8.666/1993, dispôs-se o rol exemplificativo de penalidades a serem impostas pelo contratante, sendo possível a aplicação de multa pecuniária (artigo 86 e artigo 87, inciso II), de advertência (artigo 87, inciso I), de suspensão temporária de participação em licitação ou de impedimento de contratar com a Administração (artigo 87, inciso III) e de declaração de inidoneidade (artigo 87, inciso IV).

Impondo-se quaisquer das penalidades previstas nos incisos III ou IV do artigo 87, bem como a sanção prevista no artigo 7º da Lei n.º 10.520/2002 (Lei de Pregão)¹, é necessário o registro da aplicação sancionatória junto ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), informando aos demais entes que compõem a administração direta e indireta que o contratado não cumpriu devidamente as obrigações elencadas em acordo firmado com a Administração Pública.

Uma vez impedidos ou declarados inidôneos para contratar e participar de licitação com o Poder Público, a fim de se elidir das sanções aplicadas, surgiu prática entre os particulares que consiste na constituição de outras pessoas jurídicas, livres de penalidades, no mister de retorno à participação nos certames. Diante dessa conduta juridicamente questionável, compreendida pela criação de pessoas jurídicas com o intuito exclusivo de burlar a aplicação das penalidades da Lei de Licitações e da Lei de Pregão, implementou-se alerta de notificação no site do SICAF, intitulado ocorrência impeditiva indireta.

Tal notificação foi implementada ao *site* do SICAF, pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do extinto Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em

¹ Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

junho de 2015 e após sua emissão, permite que o licitador identifique semelhanças de constituição societária entre ente participante do certame e outra pessoa jurídica que consta impedida de licitar, possibilitando a constatação de fraude e a consequente inabilitação da pessoa jurídica “de fachada”.

Contudo, diante da provável utilização fraudulenta da personalidade jurídica, veem-se óbices a respeito da comprovação da ilicitude no uso da entidade jurídica e de como se procederia com a inabilitação do ente privado, visto que, aparentemente, sua conduta está acobertada de legalidade.

Nesse sentido, observou-se, jurisprudencial e doutrinariamente, a recomendação da utilização da figura da desconsideração da personalidade jurídica para o afastamento da pessoa jurídica licitante e a extensão da aplicação da penalidade do ente impedido a este outro, aparentemente lícito. Essa postura pode viabilizar, portanto, a extensão da sanção anteriormente aplicada e, conseqüentemente, punir as pessoas físicas e/ou jurídicas que agiram de modo a desviar a macular o instituo da personalidade jurídica.

No entanto, não há prerrogativa legal, dentro do âmbito da Lei n.º 8.666/1993, que permita a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, utilizando-se, portanto, de previsão legislativa autorizadora prevista no artigo 5º, inciso IV, alínea “e”² cumulado com o artigo 14³ da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.486/2013), que autoriza que a personalidade jurídica seja desconsiderada sempre que utilizada para a prática de atos ilícitos, como no caso da criação, de modo fraudulento, de pessoa jurídica para a participação em certames licitatórios.

Assim, diante da intenção de certos particulares em fraudar o certame licitatório, a Administração tem a prerrogativa de desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica suspeita, para estender a ela a aplicação da penalidade de impedimento de licitar, como preceitua o artigo 5º, inciso IV, alínea “e” em cumulação com o artigo 14 da Lei Anticorrupção (LAC). O estudo, portanto, busca identificar e elucidar, em uma investigação teórico-sistemática do ordenamento

² Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

[...]

IV - no tocante a licitações e contratos:

[...]

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

³ Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

jurídico, os critérios que justificam o uso, pela Administração Pública, da desconsideração da personalidade jurídica nos casos de fraude em licitação notificada pela ocorrência impeditiva indireta.

O esforço da pesquisa é necessário, tendo em vista que, apesar da legislação em comento admitir o uso desse instituto em âmbito licitatório, ainda se faz silente quanto aos critérios que configuram a fraude e que autorizam a aplicação do instituto da desconsideração. Por meio de processo de estudo jurídico-propositivo, busca-se propor parâmetros para caracterizar a fraude à licitação e que, conseqüentemente, podem conduzir à admissão da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica por meio da instauração de processo administrativo.

No primeiro capítulo, faz-se um panorama geral sobre as penalidades previstas na Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/1993), pormenorizando suas espécies e suas possibilidades de imposição a cada caso em específico. Além disso, exemplifica-se a sanção administrativa presente na Lei de Pregão (Lei n.º 10.520/2002).

No capítulo seguinte, qual seja, o de número II, detalha-se a conceituação e a atual aplicação da ocorrência impeditiva indireta, cerne do problema da presente pesquisa. Ilustra-se a notificação com inclusão de certidão emitida no SICAF, bem como com a análise de casos práticos em que se notou a ocorrência impeditiva indireta em certames licitatórios.

Em sequência, no capítulo III, examina-se a origem e previsão legal do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, discriminando-se os diplomas legislativos que preveem esse mecanismo e exemplificando a aplicação da desconsideração no campo do Direito Administrativo. O enfoque principal, portanto, recai sobre a Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), tendo em vista ser a norma federal autorizadora da aplicação desse instituto nos casos de fraude em licitações.

O capítulo IV aborda as considerações finais sobre a proposição de critérios para a utilização da desconsideração da personalidade jurídica em casos de ocorrência impeditiva indiretas nas licitações. Tais parâmetros, por conseguinte, são angariados da análise jurisprudencial qualitativa, trazendo-se decisões paradigmáticas quanto a aplicação do instituto da desconsideração nos casos de fraude à licitação e delimitando-se os critérios empregados para sanar o problema trazido ao longo de toda a monografia. Finaliza-se com a análise de como proceder-se com o processo autônomo administrativo que aplicaria a desconsideração da personalidade jurídica.

2 A LEI DE LICITAÇÕES E SEU SISTEMA SANCIONATÓRIO

No âmbito licitatório, regido especialmente pela Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/1993), dispõe-se de institutos e princípios típicos para a regulação da relação contratual estabelecida entre a Administração Pública e contratados privados. Assim como nos demais campos do Direito, sabe-se que, no Direito Administrativo, há regulamento próprio que estabelece sanções e penas em desfavor de quem fere normas legais e disposições contratuais.

Em apreciação ao art. 87 da Lei de Licitações, verifica-se que em seu inciso III constam duas modalidades de penalidades que impedem ou suspendem a participação de determinada pessoa física ou jurídica em licitações com determinado ente público ou com a Administração em geral, a depender do tipo de interpretação feita ao dispositivo dessa lei.

Uma vez punido com uma dessas sanções, encontra-se o ente privado proibido, temporariamente, de participar de certames licitatórios com o órgão ou entidade pública que a aplicou. Nesse mesmo sentido foi redigido o artigo 7º da Lei de Pregão (Lei n.º 10.520/2002), que estabelece o impedimento de licitar e contratar com a União do licitante que cometer atos defesos neste diploma legal.

Essas sanções, previstas contratualmente e legalmente, após aplicadas por órgãos da União, tem seu registro feito nas certidões das pessoas jurídicas penalizadas no *site* do SICAF, dando publicidade ao fato de algumas pessoas jurídicas estarem impossibilitadas de contratar com a Administração por certo período.

Vendo-se impedido de participar de licitações de maneira geral ou tendo seu campo de atuação restringido, alguns particulares atingidos por essa penalidade passaram a tentar burlar a aplicação do Direito Administrativo, ao instituir novas pessoas jurídicas, livres de sanções ou restrições para licitar, para que por meio destas pudessem retornar aos certames.

Com a criação de novas pessoas jurídicas, podem voltar a participar normalmente das licitações, não sofrendo as consequências causadas pela penalidade prevista no art. 87, III, da Lei de Licitações ou do art. 7º da Lei de Pregão, ou seja, impedindo a eficácia da auto executoriedade administrativa e agindo de maneira a ferir diretamente o princípio da moralidade, preceituado na Constituição Federal (art. 37, *caput*, CF).

As penalidades administrativas, assim como as sanções presentes no âmbito do Direito Penal, servem de mecanismo sancionatório para inibir a infração dos dispositivos legais, corroborando com a padronização da conduta dos particulares e evitando que atuem de maneira a ferir o interesse público. A fim de se explicar o instituto inovador do qual trata o presente

estudo, qual seja, a ocorrência impeditiva indireta, precisa-se, *a priori*, compreender a aplicação das sanções previstas para os certames licitatórios, o que se fará no tópico a seguir.

2.1 Sanções Administrativas da Lei n.º 8.666/1993

Inicia-se a análise aos dispositivos sancionatórios da Lei de Licitações com o artigo que trata especificamente sobre as penalidades aplicáveis em caso de inexecução total ou parcial do contrato firmado entre o entre privado a Administração. Tal artigo, de número 87, está previsto na seção II, Capítulo IV – “Das Sanções Administrativas e da Tutela Judicial” e assim dispõe:

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.⁴

Ab initio, se percebe o claro interesse do legislador em restringir o rol de penalidades, não se possibilitando a criação arbitrária de novas sanções para penalização dos contratados pela Administração. Contudo, não houve a correta discriminação de aplicabilidade dessas penalidades ao caso concreto, ocasionando espécie de omissão legislativa e gerando grande divergência quanto as hipóteses para sua aplicação.

Em seu primeiro inciso, o artigo 87 da Lei n.º 8.666/1993 traz a possibilidade de imposição de advertência ao contratado que descumpre com suas obrigações para com o contratante, no caso, o ente público que firmou o contrato por meio de certame licitatório.

⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Brasil, DF: Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm >. Acesso em: 31 jul. 2020.

Apesar de constar no *caput* do artigo em menção que tal penalidade pode ser imposta em caso de inexecução total ou parcial do contrato, tem-se aceitado que, por ser de menor gravidade, é aplicável apenas em situações de descumprimento parcial.⁵

Além da disposição doutrinária acerca de sua aplicação, há restrição legal quanto a sua cumulação às demais penalidades, dispondo o parágrafo segundo do artigo 87 que as sanções em seus incisos I, III e IV poderão ser aplicadas agregada a imposição de multa pecuniária (inciso II), contudo, não podem ser cumuladas entre si. Portanto, não é admissível a imposição de advertência com suspensão temporária de licitar ou impedimento de contratar com a Administração, tão pouco sua aplicação conjunta à declaração de inidoneidade.

Por fim, insta consignar que a notificação de advertência, segundo entendimento de Marçal Justen Filho⁶, possui dupla finalidade, uma vez que serve de aviso para a própria Administração, a fim de haja fiscalização mais rigorosa e atenta ao contratado inadimplente e, por outro lado, também serve para alertar ao entre privado que sua displicência não sairá impune, podendo a sanção progredir para modalidade mais severa, como as dispostas nos incisos seguintes.

Posteriormente, no segundo inciso do artigo em análise, há a possibilidade de imposição de multa aos contratados inadimplentes com os compromissos firmados com os entes administrativos. A multa, além de estar presente no inciso II do artigo 87 da Lei de Licitações, é anteriormente abordada pelo legislador no artigo 86⁷ do mesmo dispositivo legal, possibilitando sua imposição em caso de mora no cumprimento do contrato, em situações nas quais o atraso não foi justificado pelos particulares.

Tal penalidade, conforme exposto acima, é passível de cumulação com todas as demais sanções do artigo 87, além de, por força do §1º do artigo 86, poder ser aplicada conjuntamente com a rescisão contratual. Nesse caso, especificamente, é dada a prerrogativa para que a Administração possa extinguir o acordo mediante ato unilateral e descontar a multa de mora da

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética: 2010. P. 889.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética: 2010. P. 891

⁷ Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

garantia ofertada pelo contratado (art. 86, § 2º da Lei n.º 8.666/1993) ou dos créditos que o particular possui com o ente contratante.

A multa, embora incida diretamente sobre o patrimônio do contratado, é considerada sanção aplicável a infrações de baixa gravidade, como em casos de inexecução parcial do contrato, podendo somente ser imposta se prevista contratualmente ou no edital. Além de demandar a prévia autorização contratual para sua aplicação, necessita também da comprovação da conduta culposa do agente, não sendo possível sua aplicação sem a prévia confirmação de negligência, imprudência ou imperícia por parte do ente particular.⁸

Progride-se com a análise do artigo 87 da Lei de Licitações, agora pormenorizando as minúcias previstas para a aplicação da penalidade presente em seu inciso IV. Tal item dispõe sobre a prerrogativa da Administração em declarar um contratado inidôneo para licitar ou contratar com seus todos seus entes por determinado período, extinguindo-se seus efeitos uma vez constatada a interrupção dos motivos determinantes ou até a reabilitação do particular.

Quanto a redação desse artigo em específico, observa-se que a restrição apresentada, caso aplicada pelo ente contratante, se estende às licitações e aos contratos administrativos em geral, vez que se faz o uso do termo “Administração Pública”, abrangendo, portanto, todos as entidades da Administração Direta, Indireta, autárquicas, fundacionais, bem como as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

Necessário se faz, também, diferenciar tal penalidade da suspensão temporária (inciso III), visto que os pressupostos para sua aplicação são os mesmos. Na tentativa de distinguir as duas sanções, Justen Filho traz em sua obra “Comentários a lei de licitações e contratos administrativos” algumas diferenciações entre ambas, senão vejamos:

- i. prazo = para a aplicação da declaração de inidoneidade, o período de inidoneidade prevalece enquanto perdurarem os motivos determinantes e para a suspensão temporária, o prazo é não superior a 2 anos;
- ii. competência para aplicação da sanção = a de declaração de inidoneidade deve ser imposta por autoridades específicas, indicadas por lei, enquanto a suspensão temporária é de gestão do órgão contratante;
- iii. distinção de literalidade = a maneira mais simples de distinguir essas duas sanções seria interpretar que a declaração de inidoneidade produz efeitos no

⁸JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética: 2010. P. 879.

âmbito de toda Administração Pública enquanto a suspensão se restringiria apenas ao órgão que aplicou a penalidade;

- iv. natureza da sanção = a sanção de declaração de inidoneidade seria retributiva e aflitiva, com o intuito de punir o sujeito que cometeu uma conduta reprovável; enquanto a suspensão temporária seria um meio de compelir o sujeito a realizar a obrigação a qual se comprometeu, seria uma providência de cunho cominatório.⁹

Portanto, vê-se que o doutrinador, por meio da particularização de cada sanção, pode discriminar a penalidade de declaração de inidoneidade da suspensão temporária de licitar, trazendo especial atenção ao entendimento acerca da abrangência de cada penalidade, fato que será de suma importância ao avançar dessa monografia.

Deixou-se de seguir a sequência numérica dos incisos, finalizando-se com o inciso III do artigo 87 da Lei n.º 8.666/1993, tendo em vista a importância elementar dessa sanção em específico para a compreensão da ocorrência impeditiva indireta, cerne do problema da presente pesquisa. Referido inciso traz a possibilidade da Administração, aqui no sentido de fazer menção apenas ao ente contratante, suspender a participação do particular em certames licitatórios ou impedi-lo de contratar com o órgão que firmou o acordo por período não superior a 02 (dois) anos.

O entendimento da abrangência restritiva da extensão da penalidade apenas aos órgãos ou entidades sancionadoras é defendida por diversos doutrinadores, bem como foi asseverada por decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), em seu Acórdão de n.º 2.242/2013.¹⁰ Nesse sentido, assim elucidou Carvalho Filho em sua obra “Manual de Direito Administrativo”:

Outra corrente, no entanto, advoga o entendimento de que o efeito sancionatório é restritivo para a suspensão e extensivo para a declaração, ou seja, neste último caso, deve a sanção ser recepcionada por entidade federativa diversa. O argumento tem amparo no fato de que no art. 87, III, o Estatuto alude à Administração – definida no art. 6º, XII, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente –, ao passo que no art. 87, IV,

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. Ed. – São Paulo: Dialética: 2010. p. 891-893.

¹⁰ AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **Desconsideração da personalidade jurídica pelo Pregoeiro**. Jus, [S.l]: Fev. 2019. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/72376/desconsideracao-da-personalidade-juridica-pelo-pregoeiro> >. Acesso em: 28 jul. 2020.

refere-se à Administração Pública – definida no art. 6º, XI, como sendo a administração direta e indireta dos diversos entes federativos.¹¹

Dispensável tecer maiores considerações sobre o inciso terceiro do artigo 87, vez que se analisou seu conteúdo durante a comparação e diferenciação com a penalidade de declaração de inidoneidade. Contudo, insta consignar, mais uma vez, que a aplicação da sanção de impedimento de licitar ou contratar com a Administração será imposta pelo ente contratante, fazendo-se constar no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores que o contratado resta impossibilitado de participar de certames de determinado órgão por certo período de tempo.

2.2 Sanção Administrativa da Lei n.º 10.520/2002

Com o mesmo intuito de restringir a participação de pessoas jurídicas que descumpriram suas obrigações para com a Administração, há a previsão, na Lei n.º 10.520/2002, dispositivo que trata sobre a modalidade de pregão eletrônico, de penalidade semelhante às presentes no inciso III do artigo 87 da Lei de Licitações. Assim dispõe o artigo 7º da Lei de Pregão:

Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.¹²

Logo, as pessoas jurídicas que atrasarem a execução do contrato injustificadamente, não mantiverem a proposta inicialmente ofertada ou, de qualquer modo, falharem ou fraudarem a consumação do contrato, podem vir a ter seus direitos de contratar e participar de licitação restringidos mediante a aplicação de penalidade de impedimento.

Pela redação do artigo 7º infere-se, ainda, que diferentemente da suspensão contida no inciso III do artigo 87 da Lei n.º 8.666/1993, a extensão da penalidade vai além do ente contratante, surtindo efeitos no âmbito interno do ente federativo que a aplicar.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** – 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo: Atlas, 2015. P. 225.

¹² BRASIL. Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002. **Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm>. Acesso em: 29 jul. 2020.

O impedimento (aplicado Lei de Pregão ou pela Lei de Licitações) ou suspensão (aplicada pela Lei de Licitações) aparecem na certidão emitida pelo SICAF e obstam a habilitação da pessoa jurídica em licitações promovidas pelo órgão administrativo com quem previamente contratou, causando impactos financeiros consideráveis durante o prazo pelo qual foi imposta a penalização.

Mencionadas penalidades têm por fim coibir o ingresso indevido de participantes inidôneos ou desleais aos certames, além de visarem repreender as condutas de pessoas jurídicas e/ou físicas que descumprem com os contratos firmados com a Administração Pública.

No mister de alertar os servidores públicos quanto a idoneidade ou não dos particulares, no ano de 2015 foi implementado pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do extinto Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, notificação constante a certidão da pessoa jurídica emitida pelo SICAF, nomeada de “ocorrência impeditiva indireta”, a qual será tratada a seguir.

3 OCORRÊNCIA IMPEDITIVA INDIRETA

A fim de comprovar a competência para contratar e licitar com os entes públicos, os particulares se sujeitam a processo de seleção intitulado habilitação, necessário para que os mesmos, por meio de documentos oficiais, possam atestar exigências técnicas e econômicas indispensáveis a garantia do cumprimento das obrigações requisitadas pela Administração (art. 37, XXI, CF).

No período de habilitação, há a exigência de certidões para que a pessoa jurídica comprove sua idoneidade, legalidade formal e capacidade técnica, sendo necessária a comprovação de regularidade fiscal, trabalhista e tributária. De maneira didática, apresentou assim Carvalho Filho relação de elementos habilitantes exigidos, sendo eles:

São cinco os aspectos que medem a habilitação do candidato:

1. habilitação jurídica;
2. qualificação técnica;
3. qualificação econômico-financeira;
4. fiscal e trabalhista; e
5. cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF (art. 27 do Estatuto, sendo que este último requisito foi acrescentado pela Lei nº 9.854, de 27.10.1999).¹³

Entre os diversos documentos comprobatórios, encontra-se a consulta da situação do fornecedor no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores. Em tais documentos emitidos pela União, constam os dados das pessoas jurídicas, seu quadro societário, objeto social e, em alguns casos, alertas de ocorrência impeditiva indireta. Extraíu-se, do *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, certidão para exemplificar o quanto explanado:¹⁴

Figura 1 – Declaração emitida pelo SICAF

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** – 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo: Atlas, 2015. P. 291.

¹⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS. **Ata de divulgação do julgamento realizado sobre os documentos de habilitação vinculada à Tomada de Preços nº 001/2019**. Comissão Permanente de Licitação do Tribunal de Justiça do Amazonas. Manaus: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas: 2019. Acesso em: <<https://www.tjam.jus.br/index.php/documentos-licitacao/editais-avisos-erratas-e-docs/licitacoes-2019/tomadas-de-precos/tomada-de-precos-n-001-2019/4362-tomada-de-precos-n-001-2019-ata-da-sessao-divulgacao-do-julgamento-da-cpl-a-habilitacao/file>>. Acesso em: 1 set. 2020.



Ministério da Economia
Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital
Secretaria de Gestão

Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF

Declaração

Declaramos para os fins previstos na Lei nº 8.666, de 1993, conforme documentação registrada no SICAF, que a situação do fornecedor no momento é a seguinte:

Dados do Fornecedor

CNPJ: 01.780.060/0001-37
Razão Social: CONSTRULAGOS CONSTRUTORA E EMPREENDIMENTOS EIRELI
Nome Fantasia: CONSTRULAGOS CONSTRUTORA E EMPREENDIMENTOS
Situação do Fornecedor: Credenciado Data de Vencimento do Cadastro: 06/03/2020

Ocorrências e Impedimentos

Ocorrência: Nada Consta
Impedimento de Licitar: Nada Consta
Ocorrências Impeditivas indiretas: Nada Consta
Vínculo com "Serviço Público": Nada Consta

Níveis cadastrados:

Documento(s) assinalado(s) com *** está(ão) com prazo(s) vencido(s).

Fornecedor possui alguma pendência no Nível de Cadastramento indicado. Verifique mais informações sobre pendências nas funcionalidades de consulta.

I - Credenciamento

II - Habilitação Jurídica

III - Regularidade Fiscal e Trabalhista Federal

Receita Federal e PGFN Validade: 24/02/2020

FGTS Validade: 23/11/2019

Trabalhista (<http://www.tst.jus.br/certidao>) Validade: 23/03/2020

IV - Regularidade Fiscal Estadual/Distrital e Municipal (Possui Pendência)

Receita Estadual/Distrital Validade: 12/10/2019 (*)

Receita Municipal Validade: 24/11/2019

V - Qualificação Técnica

VI - Qualificação Econômico-Financeira

Validade: 31/05/2020

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (2019).

Essas ocorrências são exibidas na certidão quando houve suspeita de que uma pessoa jurídica está relacionada com outra que, por sua vez, consta impossibilitada de licitar com a Administração, servindo de aviso para que os servidores identifiquem possíveis fraudes à licitação.¹⁵

Por ser notificação relativamente recente, implementada ao *site* do SICAF, pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do extinto Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MPOG), em junho de 2015, ainda não há material suficiente para se definir conduta única nos casos de emissão de ocorrência impeditiva indireta, sendo arbitrária a conduta tomada pelo licitador que suspeita da fraude.

A possível correlação entre duas pessoas jurídicas é inferida a partir do cruzamento dos dados constantes no Sistema de Cadastramento, no qual se observa se o número de Cadastro de Pessoa Física (CPF) de um ou mais sócios aparecem em quadros societários de outras pessoas jurídicas também cadastradas.

¹⁵ AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **Desconsideração da personalidade jurídica pelo Pregoeiro**. Jus, [S.l.]: Fev. 2019. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/72376/desconsideracao-da-personalidade-juridica-pelo-pregoeiro> >. Acesso em: 28 jul. 2020.

O alerta ocasionado pela similaridade entre quadros societários se faz presente ainda que haja a mudança de seus componentes após a aplicação da sanção de impedimento ou suspensão do direito de licitar, seguindo o quanto disposto no Acórdão n.º 2.115/2015 do Plenário do Tribunal de Contas da União.¹⁶

Após a emissão da notificação em comento, os servidores públicos responsáveis são impelidos a iniciar procedimento de investigação da pessoa jurídica suspeita, para que a mesma possa ser eliminada durante a fase classificatória das licitações. Para tanto, é preciso comprovar que há desvio de conduta e que a pessoa jurídica participante visa fraudar o certame, uma vez que foi constituída para contornar a aplicação de sanção imposta pela Administração.

3.1 Possíveis condutas após a emissão da ocorrência impeditiva indireta

Diante da possibilidade de haver burla à aplicação da penalidade imposta a pessoa jurídica, mediante criação de outra, haveriam algumas condutas a serem seguidas. A primeira seria a utilização de consulta parametrizada que permitiria a comparação do quadro societário, fornecedores e data de criação das pessoas jurídicas a fim de se averiguar se houve fraude por parte da pessoa jurídica licitante.

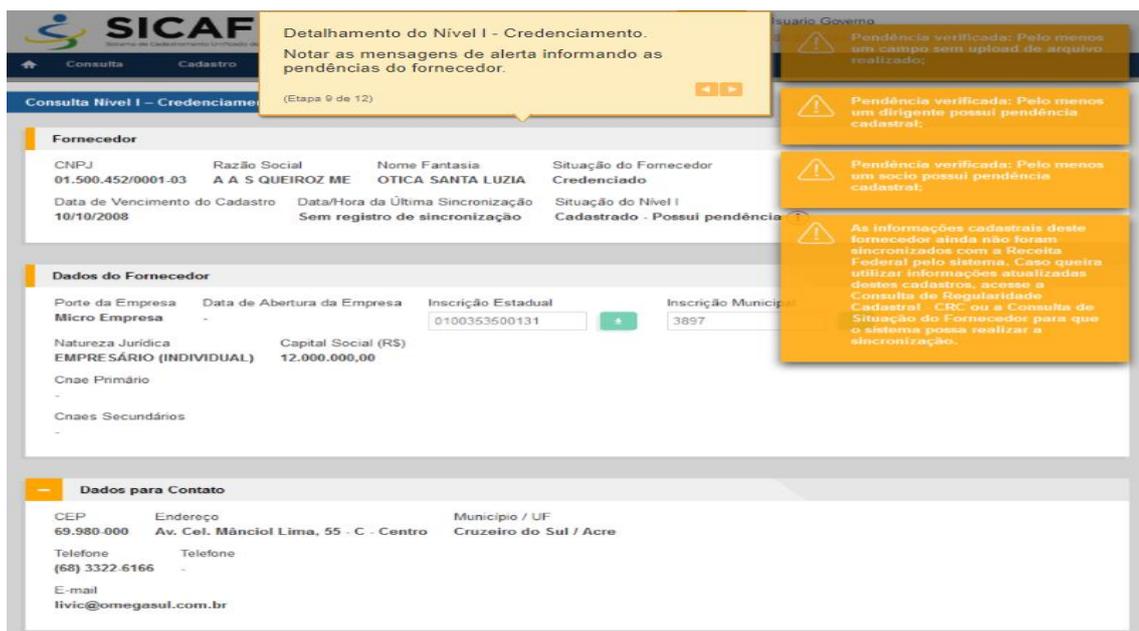
Tal pesquisa é feita a partir do próprio *site* do SICAF, navegando em aba denominada “consulta parametrizada de fornecedores”. Ao entrar no sistema de consulta, o funcionário tem a opção de pesquisar por meio do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) ou pelo CPF dos componentes da pessoa jurídica, permitindo, ainda delimitar a linha de fornecimento e o porte da pessoa jurídica para pesquisa mais específica.

A lista de fornecedores é discriminada e pode ser consultada com maior aprofundamento, contendo o nome fantasia, a situação do fornecedor, dados para contato, capital social, bem como se ele possui pendências, como falta de cadastramento de um dos sócios ou dirigentes. Em tutorial para realização da consulta parametrizada do *site* “comprasnet”, extraiu-se a seguinte imagem:¹⁷

Figura 2 – Aba de consulta parametrizada do *site* do SICAF

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2.115/2015**. Relator: Min. Augusto Nardes. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2.115%252F2015/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=dcd704c0-04db-11eb-9fe9-156108c8e0fe>>. Acesso em: 29 set. 2020.

¹⁷ SISTEMA DE CADASTRAMENTO UNIFICADO DE FORNECEDORES. **Como realizar a consulta parametrizada de fornecedores. Compras governamentais**, [S.l.]: 2018. Disponível em: <https://tutoriais.comprasgovernamentais.gov.br/sicaf_governo/html/demo_8.html>. Acesso em: 30 set. 2020.



Fonte: Governo Federal (2018).

Em segundo plano, caso os cadastros das pessoas jurídicas ainda deixassem dúvidas ao servidor, poderia utilizar-se de análise pormenorizada do contrato social de ambas e, uma vez confirmada a fraude por um desses mecanismos, surge para o licitador a obrigação de desclassificar o licitante infrator. Questiona-se, portanto, qual seria o método mais eficaz e célere para a inabilitação de possível “empresa laranja”, visto que eficiência e agilidade durante os certames licitatórios são imprescindíveis.

A fim de ilustrar o instituto na prática, anexa-se ao presente trabalho procedimento em pregão eletrônico, no qual se verificou que a ocorrência impeditiva indireta no cadastro de um dos licitantes. Assim procedeu o pregoeiro ao se deparar com o alerta em comento em um certame licitatório, no processo de nº 23109005560201885 da Universidade Federal de Ouro Preto¹⁸:

¹⁸ UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO. **Processo nº 23109005560201885. Pregão Eletrônico: 00075/2018.** [Aquisição de aparelhos de medição e orientação, fone de ouvido e outros]. Ouro Preto, 04 dez. 2018. Disponível em: <<http://comprasnet.gov.br/aceso.asp?url=/livre/Pregao/ata0.asp>>. Acesso em: 05 out. 2020.

Figura 3 – Conduta do pregoeiro ao verificar ocorrência impeditiva indireta

Pregoeiro	04/12/2018 10:03:12	A empresa com proposta aceita GOLD COMERCIO DE EQUIPAMENTOS EIRELI (CNPJ: 11.464.383/0001-75) apresentou ocorrência impeditiva indireta na consulta do SICAF em 04/12/2018 no momento da habilitação.
Pregoeiro	04/12/2018 10:03:23	Analisando as recomendações do Tribunal de Contas da União (TCU), em especial ao acórdão n.º 2.218/2011 – Primeira Câmara, e acórdão 1.831/2014, o pregoeiro auxiliado pela equipe de apoio realizou consulta parametrizada dos fornecedores no SICAF (11.464.383/0001-75 e 09.058.708/0001-78)...
http://comprasnet.gov.br/aceso.asp?url=/livre/Pregao/ata0.asp		26/27
29/03/2019		
COMPRASNET - O SITE DE COMPRAS DO GOVERNO		
Pregoeiro	04/12/2018 10:03:32	...objetivando verificar se existem características que permitem configurar ocorrência de abuso de personalidade jurídica neste caso.
Pregoeiro	04/12/2018 10:03:42	"Vale notar que a extensão dos efeitos da sanção administrativa aplicada a outra pessoa jurídica é medida excepcional, que exige sempre a apuração do caso com observância do contraditório e da ampla defesa."
Pregoeiro	04/12/2018 10:03:53	"Portanto, a desclassificação sumária de empresa que possua ocorrência impeditiva indireta registrada no SICAF, sem a prévia e indispensável análise das circunstâncias presentes em cada caso, não encontra fundamento na jurisprudência do TCU."
Pregoeiro	04/12/2018 10:04:05	"É preciso levar em consideração, dentre outros elementos, a data de constituição das empresas, o ramo de atividade e a eventual transferência de acervo técnico, humano e/ou operacional, não sendo suficiente a simples identidade societária, tomada de forma isolada, para concluir que houve tentativa de fraude ou abuso de forma praticado pelos sócios."
Pregoeiro	04/12/2018 10:04:16	Considerando que a empresa 09.058.708/0001-78 apresenta uma ocorrência impeditiva de licitar registrada no SICAF em 25/10/2018. No entanto, a empresa GOLD COMERCIO DE EQUIPAMENTOS EIRELI (CNPJ: 11.464.383/0001-75) foi constituída em 14/01/2010, momento anterior ao registro de impedimento no SICAF da empresa anteriormente citada.
Pregoeiro	04/12/2018 10:04:28	Além disso, verificou-se que o CPF 839.112.940-34 não tem mais vínculo com o fornecedor GOLD COMERCIO DE EQUIPAMENTOS EIRELI (CNPJ: 11.464.383/0001-75).
Pregoeiro	04/12/2018 10:04:40	Portanto, avaliando as recomendações do TCU e analisando a consulta parametrizada dos fornecedores no SICAF não é possível considerar que houve abuso de personalidade jurídica neste caso.
Pregoeiro	04/12/2018 10:05:42	Foi informado o prazo final para registro de intenção de recursos: 04/12/2018 às 10:37:00.

Fonte: Ouro Preto, 2018.

No caso em análise, verifica-se que o pregoeiro dispôs de parâmetros para a análise quanto a possível fraude perpetrada no certame, citando os elementos de data de constituição das pessoas jurídicas, as atividades exercidas, bem como a eventual transferência de acervo técnico ou humano. Perceba-se, ainda, que sua conduta foi alinhavada pelo entendimento tecido pelo Tribunal de Contas da União, órgão que, majoritariamente, recria a inabilitação instantânea de pessoa jurídica que consta com o alerta de ocorrência impeditiva indireta.

Nesse mesmo sentido, a Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (SEGES/MPDG), na tentativa de auxiliar na padronização da conduta a ser tomada mediante a emissão das ocorrências impeditivas indiretas no SICAF, emitiu Instrução Normativa n.º 3, de 26 de abril de 2018, que assim dispõe em seu artigo 29:

Art. 29. Caso conste na Consulta de Situação do Fornecedor a existência de Ocorrências Impeditivas Indiretas, o gestor deverá diligenciar para verificar se houve fraude por parte das empresas apontadas no Relatório de Ocorrências Impeditivas Indiretas.

§ 1º A tentativa de burla pode ser verificada por meio dos vínculos societários, linhas de fornecimento similares, dentre outros.

§ 2º É necessária a convocação do fornecedor para manifestação previamente à sua desclassificação.

§ 3º O disposto neste artigo deve ser observado quando da emissão de nota de empenho, contratação e pagamento, previstos nos arts. 28 e 29.¹⁹

¹⁹ BRASIL. Instrução Normativa n.º 3, de 26 de abril de 2018. **Estabelece regras de funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf, no âmbito do Poder Executivo Federal.** Disponível

Portanto, no *caput* do artigo acima colacionado se vê a prerrogativa do gestor em fazer diligências com o intuito de comprovar ou descartar a fraude perpetrada pelo licitante. Em seus parágrafos, propõe-se métodos para verificação do ato ilícito (§ 1º), uma vez que se faz imperiosa a comprovação da conduta dolosa por parte do ente privado para que se possa imputá-lo do desvio de finalidade e, posteriormente, convocá-lo para manifestação antes de sua efetiva inabilitação no certame (§ 2º).

No entanto, vale ressaltar que o alerta de ocorrência impeditiva indireta não é indício suficiente para a comprovação cabal da fraude. É imprescindível, portanto, que o pregoeiro ou licitador responsável pelo certame analise o caso concreto, angariando provas fáticas e materiais para a efetiva confirmação da conduta imoral do licitante, oportunizando sua defesa em tempo hábil e, só então, podendo desclassificar a “empresa de fachada”, caso não comprovada sua idoneidade para contratar com a Administração.²⁰

Nesse sentido, extraiu-se recomendação trazida no *site* do Portal COMPRASNET e mencionada em artigo de autoria de Ana Carolina Coura Vicente Machado²¹, que estabelece que a ocorrência impeditiva direta não pode ser interpretada como impedimento de licitar, necessitando do pregoeiro proceder com as devidas diligências para comprovação da fraude.

Portanto, infere-se do quanto acima exposto e dos dispositivos contidos na Instrução Normativa n.º 3, de 26 de abril de 2018, que a apresentação de alerta de ocorrência impeditiva indireta em certidão emitida pelo SICAF, por si só, não autorizaria a desqualificação do licitante no certame em que concorre, necessitando a realização de diligências por parte do responsável a fim de se angariar provas cabais de desvio de finalidade ou fraude da pessoa jurídica.

Após atestada a prática de fraude à licitação, é necessário desabilitar-se a pessoa jurídica do certame do qual pretendia participar por meio da extensão da aplicação da penalidade da pessoa jurídica impedida para a, até então, idônea.

Nessa perspectiva, insurgem dúvidas quanto ao procedimento adequado para a eliminação da pessoa jurídica e a extensão do alcance da sanção imposta, vez que não será processo de inabilitação comum, tendo em vista a aparente licitude da conduta do ente privado.

em: < <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/911-in-sicaf> >. Acesso em: 27 jul. 2020.

²⁰ AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **Desconsideração da personalidade jurídica pelo Pregoeiro**. Jus, [S.l.]: Fev. 2019. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/72376/desconsideracao-da-personalidade-juridica-pelo-pregoeiro> >. Acesso em: 28 jul. 2020.

²¹ MACHADO, Ana Carolina Coura Vicente. **Como o pregoeiro deve proceder ao receber alerta do sistema eletrônico sobre a participação de empresa cujo sócio integra outra pessoa jurídica que tenha sido penalizada pela administração pública?** Blog JML: [S.l.]: 12 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.blogjml.com.br/?area=artigo&c=175be09b23ff021d6b37769ec972150d>> Acesso em: 31 jul. 2020.

3.2 Possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica após emissão de ocorrência impeditiva indireta

Mediante pesquisa relacionada ao tema e as providências tomadas pelos servidores diante desse alerta, deparou-se com o uso do instituto da desconsideração da personalidade jurídica como mecanismo para a punição da pessoa jurídica fraudulenta por meio da extensão da penalidade imposta a outra.

É cediço que sua utilização é amplamente difundida, sendo prevista no Código Civil, em seu artigo 50, bem como no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 28. Contudo, é regido por leis de âmbito privado, não havendo total atendimento dos requisitos estabelecidos para caracterização deste instituto no Direito Administrativo, em razão de não haver a deflagração de processo judicial quando aplicado nesta seara jurídica.

Em oposição ao quanto disposto nos artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil, no Capítulo IV que trata especificamente do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, em que se vê a necessidade de instauração de demanda processual, na esfera do Direito Público, vemos a necessidade de instituição de processo administrativo. Tal procedimento visa garantir ao licitante a possibilidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, além de possibilitar a arrecadação de provas cabais que comprovem a suspeita de fraude à licitação.

Portanto, ao observar-se a possibilidade de fraude ao certame, é necessária instauração de procedimento apartado para verificação da licitude, ou não, da conduta do licitante. Mencionado processo será instaurado concomitante ao certame licitatório e determinará se a pessoa jurídica está apta a ser habilitada ao chamamento público ou se esta deverá ser excluída do processo seletivo. Contudo, deve-se oportunizar a defesa aos particulares, vez que os processos administrativos, assim como os demais sistemas jurídicos, seguem preceitos normativos para a garantia de isonomia e legalidade.

Além das garantias constitucionais asseguradas a todos os licitantes, há também os direitos preestabelecidos na Lei n.º 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo e garante aos administrados o direito de ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores; ter vista dos autos e conhecer as decisões proferidas, bem como

formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, a fim de comprovar sua inocência (artigo 3º).²²

Deflagra-se tal processo, portanto, para apuração dos fatos, não podendo ser feito em conjunto com as demais fases licitatórias no próprio certame, visto que feriria diretamente o princípio do devido processo legal e as prerrogativas constitucionais de ampla defesa e do contraditório. Neste sentido, o entendimento de Diógenes Gasparini:

O processo administrativo que se instaura a partir dessa representação permitirá que em seu interior desenvolvam-se o contraditório e a ampla defesa, com o conhecimento de seu conteúdo e defesa preliminar do acusado, pois assim determina a Constituição Federal, conforme interpretação combinada dos incs. LIV e LV do art. 5º. Não há, por tais razões, a possibilidade de decretação da desconsideração da pessoa jurídica por ato da autoridade ou do colegiado competente, dentro do processo de licitação, por exemplo, em que se tomou conhecimento dos fatos abusivos ou fraudulentos praticados pela pessoa jurídica. Não se tem como assemelhar essas situações àquelas em que o Juiz pode decretar a desconsideração da pessoa jurídica incidentalmente. Aqui a doutrina e a jurisprudência aceitam a desconsideração incidental da pessoa jurídica dada, cremos, a maior solenidade do devido processo judicial e do amplo quadro recursal posto à disposição dos alcançados pelo ato de desconsideração judicial da personalidade jurídica.²³

Portanto, seguindo o mesmo entendimento acima trazido pelo jurista Gasparini, entende-se que a deflagração de processo administrativo, autônomo e apartado do certame licitatório, possibilitaria ao licitante suspeito o devido exercício de seus direitos de defesa, bem como viabilizaria à autoridade competente reunir evidências a fim de comprovar ou não a ação fraudulenta por parte do ente particular.

Esse processo irá obstar a continuidade do certame licitatório em que a pessoa jurídica suspeita participa, uma vez que não será possível a habilitação ou inabilitação da mesma enquanto não concluírem-se as diligências feitas a fim de auferir ou descartar a fraude. Entende-se que a licitação, em si, não poderia ser suspensa tendo em vista princípio intrínseco atinente a tais certames, qual seja, o da eficiência. Contudo, atribui-se tal suspensão ao certame em

²² Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

²³ GASPARINI, Diogenes. **Desconsideração Administrativa da Pessoa jurídica**. JML Consultoria & Colaboradores. Pinhais: 201-. Disponível em: <http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_5_8_06.pdf>.

Acesso em: 29 de abr. de 2020.

decorrência de aplicação analógica do § 2º do art. 109 da Lei n.º 8.666/1993²⁴, parágrafo este que garante o efeito suspensivo a recurso que versa sobre habilitação ou inhabilitação do licitante. Nesse ínterim, em razão do processo autônomo também abordar sobre a habilitação dos particulares, a este também deveria ser garantido o mesmo efeito suspensivo para que se possa fazer as devidas diligências antes da retomada do certame.

Além disso, apesar de aplicar-se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica de maneira *sui generis*, conforme se verá em capítulo competente, não se vê razoabilidade em decretação da desconsideração diretamente pelo responsável do certame licitatório, vez que o mesmo não possui a prerrogativa legal concedida ao juiz por força do artigo 50 do Código Civil e artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil.

A fim de se relatar de forma mais realística a conduta dos servidores nos casos de ocorrência impeditiva indireta, traz-se Processo Administrativo Eletrônico nº 0007929-92.2016.5.04.0000, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região²⁵, que tratou de situação real em que se observou a emissão do alerta de ocorrência impeditiva indireta na certidão de determinada pessoa jurídica e a instauração de processo administrativo para apuração da possível fraude.

Em apertada síntese, tratam os autos sobre diligência feita após a constatação de ocorrência impeditiva indireta na certidão do SICAF de um dos licitantes, no Pregão Eletrônico n.º 68/2016, cujo objeto era a contratação de serviços de higienização e troca de filtros purificadores. O licitante indiciado tinha como sócio-administrador pessoa idêntica ao único sócio e dirigente de uma outra sociedade que constava impedida de licitar por força da aplicação da sanção contida no art. 7º da Lei n.º 10.520/2002. Além disso, na constituição da nova pessoa jurídica estava apenas o sócio idêntico e sua mãe, gerando ainda mais suspeitas aos licitadores.

Para além da similaridade do quadro social dessas duas pessoas jurídicas, ambas prestavam os mesmos serviços, qual seja, higienização e troca de filtros de purificadores. Diante

²⁴ Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inhabilitação do licitante;

b) julgamento das propostas;

[...]

§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

²⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Processo Administrativo nº 0007929-92.2016.5.04.0000**. Pregoeiro: Delcio Antonio Moretti. Porto Alegre: 2017. Disponível em: <http://iframe.trt4.jus.br/websisadmprd/Compras_web.licitacoes2?pSrlEditalLicit=57479>. Acesso em: 02 out. 2020.

de tais coincidências, instaurou-se o processo administrativo e oportunizou-se a defesa do licitante no prazo de 05 (cinco) dias.

Em sede de contestação ao processo, o licitante alegou que a pessoa jurídica que participava do certame teria sido constituída anteriormente à aplicação da penalidade, não sendo criada, portanto, com o intuito de fraudar a licitação. Ademais, alegou a excepcionalidade da desconsideração, refutando que o instituto seria aplicável nesse caso.

Contudo, não se viram como suficientes os fatos apontados pelo licitante, decidindo-se pela aplicação da desconsideração da personalidade jurídica e consequente extensão da aplicação da sanção a nova pessoa jurídica, senão vejamos:

Diante de tais fatos, ainda que a licitante haja sido constituída em data anterior à aplicação da penalidade a outra empresa, não resta alternativa a este Pregoeiro, senão desconsiderar a personalidade jurídica da licitante, por força dos princípios da moralidade pública, da prevenção, da precaução e da indisponibilidade do interesse público, para o fim de estender a ela os efeitos da sanção aplicada a pessoa jurídica MOACYR AROLDO GRAÇA NETO – ME, CNPJ n. 11.254.762/0001-30, sob pena de tornar inócua a sanção aplicada pela Universidade Federal de Santa Catarina, eis que o único sócio e administrador da pessoa jurídica sancionada permanece participando de licitações, como sócio-administrador da licitante, em sociedade com sua mãe. A desconsideração da personalidade jurídica da licitante é declarada, no presente caso, com base no artigo 50 do Código Civil Brasileiro, por restar evidente o abuso da personalidade jurídica, eis que utilizada para burlar a sanção de impedimento de licitar e contratar aplicada pela Administração.²⁶

Portanto, com a fundamentação nos princípios administrativos da moralidade, da prevenção, da precaução e da indisponibilidade do interesse público, bem como baseando-se no dispositivo legal autorizador de desconsideração do artigo 50 do Código Civil, desconsiderou-se a personalidade jurídica do licitante e estendeu a sanção de uma pessoa jurídica a outra, impedindo que esta contratasse com a Administração por comprovada fraude ao certame.

A fim de se demonstrar que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, além de amplamente aplicada em casos concretos, também pode ser adequada aos princípios regentes do Direito Público, trata-se, no próximo capítulo, da evolução histórica desse instituto, bem como sua aplicação hodierna no âmbito do Direito Administrativo.

²⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Processo Administrativo nº 0007929-92.2016.5.04.0000**. Pregoeiro: Delcio Antonio Moretti. Porto Alegre: 2017. Disponível em: <http://iframe.trt4.jus.br/websisadmprd/Compras_web.licitacoes2?pSrlEditalLicit=57479>. Acesso em: 02 out. 2020.

4 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: DA ORIGEM NAS CORTES ANGLO-SAXÔNICAS À CONSOLIDAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Instituto com origem no Direito anglo-saxão, a *disregard doctrine* surgiu como uma inovação no sistema jurídico, rompendo com a ideia de absolutismo do princípio de autonomia da pessoa jurídica. Segundo Fábio Konder Comparato *apud* Leonardo Parentoni²⁷, a desconsideração tem a possibilidade de realizar a “dissociação subjetiva entre dívida e responsabilidade”, fazendo com que certa obrigação patrimonial se transfira para alguém que não era o seu devedor originário.

Sua gênese advém da jurisprudência, uma vez que a “*disregard of legal entity*” foi, a princípio, observada em casos julgados pelas cortes de países no âmbito da *Common Law*, como o caso *Beal v. Chase* (1875); o julgamento do *Standard Oil Co. Of New Jersey v. United States* (1911), bem como o notório caso *Salomon v. Salomon & Co Ltd* (1897)²⁸. Este último é reputado pela doutrina como o primeiro caso de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica e apesar de, nos demais, não houver sido utilizada a desconsideração propriamente dita, tais julgamentos foram essenciais para a consolidação desse instituto, difundindo seu uso e servindo de exemplo para a aplicação nas cortes de demais países.²⁹

Após sua disseminação nos países anglo-saxões (Estados Unidos e Inglaterra), o instituto começou a chamar a atenção dos juristas alemães, os quais tinham maior preocupação na delimitação e na conceituação da desconsideração da personalidade jurídica. Despontou, então, a obra denominada *Rechtsform und Realität juristischer Personen* (“forma jurídica e a realidade das pessoas jurídicas”)³⁰, apresentada por Rolf Serick, na Universidade de Tubingen em 1953, referência até hoje para o aprofundamento no estudo dessa ficção jurídica.³¹

²⁷ PARENTONI, Leonardo. **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018. P. 36.

²⁸ CARVALHO, Nathalia Vernet de Borba. **A desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução contra os sócios**. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2012. P. 8.

²⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Teoria geral e direito societário**. Coleção Curso de Direito Empresarial. V. 1 – 11. Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020. P. 268.

³⁰ PINHO, Clóvis Alberto Bertollini de. **Desconsideração Administrativa da Personalidade Societária – Compatibilidades e Possibilidades da Lei Anticorrupção**. São Paulo: Revista Digital de Direito Administrativo, 2014. P. 10. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/85271/92178/>>. Acesso em 29. abr. 2020.

³¹ CARVALHO, Nathalia Vernet de Borba. **A desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução contra os sócios**. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2012 P.9.

No Brasil, os primórdios da formação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica aconteceram no Supremo Tribunal Federal, ao se discutir a separação patrimonial entre sócio e sociedade (*societas distat a singulis*) e no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao proferir-se acórdão que esclarecia que a “a assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entravar a própria ação do Estado na realização de perfeita e boa justiça (...)”.³²

Além da posição judiciária, a ideia de distinção entre a pessoa dos sócios e a pessoa jurídica já constava na redação do Código Civil de 1916, assim explícito em seu art. 20: “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”. Contudo, ainda não havia sido incorporado do estrangeiro o instituto da *disregard doctrine* ou *lifting the corporate veil*, como se referiram à teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

No âmbito doutrinário, o destaque vai para o pioneirismo de Rubens Requião que, no fim da década de 60, ao dissecar as obras de Piero Verrucoli e Rolf Serick, trouxe apontamentos sobre o uso abusivo ou fraudulento da pessoa jurídica e as medidas a serem tomadas quanto a esse abuso de direito. Assim lecionou Requião sobre a introdução desse instituto ao mundo acadêmico brasileiro:

Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.³³

Após sua inserção pelo brilhantismo de Rubens Requião, demais teses e especulações foram traçadas acerca desse novo instituto, já que, além da redação do artigo 20 do Código Civil de 1916 a respeito da distinção existencial de sócios para com a sociedade, não havia qualquer outra previsão legal à época que permitisse a desconsideração da personalidade jurídica para o alcance das pessoas físicas que por trás dela se escondiam.³⁴

Posteriormente, houve a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), da Lei de Infração à Ordem Econômica (Lei n.º 8.884/94), bem como da Lei n.º 10.406/2002, estabelecendo o novo Código Civil. Em todos esses diplomas legais houve a previsão expressa da extensão de obrigações das pessoas jurídicas para atingir bens particulares

³² PEGORARO, Luiz Nunes. **Desconsideração da personalidade jurídica no procedimento licitatório**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2010, p. 62.

³³ REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v. 410, ano 58, 1969.

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral – 13. Ed.** São Paulo: Atlas, 2013. P. 320.

das pessoas físicas que incorreram com abuso da personalidade jurídica, inserindo, portanto, o novo instituto ao ordenamento jurídico pátrio definitivamente.

Atualmente, a desconsideração da personalidade jurídica deixou de ser apenas instituto jurídico abstrato, fruto de especulações teóricas e passou a compor diversos diplomas legais, sendo ferramenta essencial para a punição da má utilização da personalidade jurídica, como nos casos de desvio de finalidade, confusão patrimonial ou no caso de fraude, por ser esta um tipo de ato ilícito.

Dentre os diplomas legais em vigência que tratam sobre a desconsideração da personalidade jurídica, destacam-se os seguintes, conforme compilados por Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restellato Dotti³⁵:

Lei n.º 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor):

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

[...]

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.³⁶

Lei n.º 8.884/1994 (denominada Lei Anti-truste ou Lei de Infração à Ordem Econômica), que tratava da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, sendo revogada pela Lei n.º 12.529/2011, que atualmente prevê a desconsideração no seguinte dispositivo:

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.³⁷

³⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. DOTTI, Marinês Restellato. **A desconsideração da personalidade jurídica em face de impedimentos para participar de licitações e contratar com a administração pública: limites jurisprudenciais.** [S.l.]: Revista do TCU, 2010. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/191>> Acesso em: 29 abr. 2020.

³⁶ BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

³⁷ BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 29 set. 2020.

Lei n.º 9.605/98 (dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente):

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.³⁸

Lei n.º 10.406/02 (Código Civil Brasileiro), com a nova redação pela Lei n.º 13.874 de 2019:

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

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

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

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

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

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

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

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

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.³⁹

As normas acima colacionadas não serão analisadas em particularidade, por não ser o objetivo do presente trabalho e por tratar a monografia, especificamente, do âmbito das licitações, regulado pela Lei n.º 8.666/1993 e pelas leis de Direito Público. Contudo, a título de conhecimento e comprovação da magnitude desse instituto, optou-se por exemplificar sua aplicação no ordenamento jurídico com os artigos expostos.

4.1 Teoria e conceituação adotadas

³⁸ BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

³⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 27 abr. 2020.

A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica gerou divergências jurisprudenciais entre tribunais de diversos países e, em âmbito doutrinário, não foi diferente. Este instituto ramificou-se, ganhando diversos nomes, a depender do país, como *disregard of legal entity*, nos Estados Unidos, *lifting the corporate veil*, na Inglaterra, *durchgriff der juristischen person*, na Alemanha, *teoría de la penetracion*, na Argentina e *superamento della personalit  giuridica*, na Itália.⁴⁰

Assim como a variação nominal, sua conceituação foi diversificando-se a depender do país em que se inseriu, gerando grande especulação sobre sua definição e delimitação, conforme trazido anteriormente no presente trabalho.

No ordenamento jurídico brasileiro, a desconsideração da personalidade jurídica é amplamente incorporada em diversas normas legais, desde o Código Civil, até os dispositivos que tratam da responsabilização por danos ao meio ambiente. Contudo, em análise comparativa dessas leis, vê-se distinção entre as teorias aplicadas, como se comprova a seguir.

Em relação ao contexto doutrinário, os juristas dividiram didaticamente a desconsideração da personalidade jurídica entre a teoria maior (majoritariamente adotada, tanto pelos doutrinadores, quanto pelas normas legais) e a teoria menor. Diferenciam-se entre si, basicamente, pela fundamentação da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, nos elementos autorizadores da aplicação desse instituto.⁴¹

Iniciando-se pela teoria de baixa aderência, intitulada teoria menor, conceitua-se a desconsideração da personalidade jurídica como mecanismo autorizador da superação episódica do princípio da autonomia patrimonial para o alcance dos sócios diante da mera insolvência da pessoa jurídica. Em suma, na teoria menor, segundo Tomazette⁴²: “basta o não pagamento de um crédito para se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica”.

Apesar de ser adotada minoritariamente, tal teoria   observada no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no parágrafo 5  do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, o qual estipula que a personalidade da pessoa jurídica pode ser desconsiderada sempre que a mesma

⁴⁰ GASPARINI, Diogenes. **Desconsideração Administrativa da Pessoa jurídica**. JML Consultoria & Colaboradores. Pinhais: 201-. Disponível em: <http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_5_8_06.pdf>. Acesso em: 29 de abr. de 2020.

⁴¹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 69.

⁴² TOMAZETTE, Marlon. **Teoria geral e direito societário**. Coleção Curso de Direito Empresarial. V. 1 – 11. Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.P. 274.

for, de qualquer maneira, empecilho para o procedimento de ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.⁴³

Em oposição a esse entendimento, encontra-se a teoria maior, esta se subdividindo entre “subjéitiva” e “objéitiva”. Tal tese, em síntese, permite a desconsideração da personalidade jurídica mediante a constatação, inequívoca e comprovada, de fraude, desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Por se adequar a compreensão da matéria abrangida, adota-se essa teoria para a presente monografia.

A teoria maior subjéitiva preleciona que a aplicação desse instituto exige a comprovação da fraude ou do abuso de direito, a fim de se possa descartar, temporariamente, a autonomia patrimonial da sociedade e invadir o patrimônio pessoal de seus constituidores. Ademais, deve ser desconsideração propriamente dita e não mera responsabilização direta dos sócios, sendo imprescindível a existência de pessoa jurídica personificada que tenha tido sua função desviada ou que tenha sido usada como instrumento para a prática de fraude ou abuso de direito.⁴⁴

Mencionada teoria se faz presente no artigo 50 do Código Civil, em seu *caput*, uma vez que estabelece que a personalidade jurídica, quando utilizada com abuso ou desvio de finalidade, poderá ser desconsiderada mediante requerimento da parte ou do Ministério Público. Apesar de não mencionar expressamente a fraude como hipótese de desconsideração, segundo entendimento do doutrinador Tomazette⁴⁵, tal conduta é outra hipótese de aplicação desse instituto, não sendo exaustivo, portanto, o rol do artigo 50 do Código Civil.

A teoria maior objéitiva, por sua vez, tem como requisito autorizador para aplicação deste instituto a constatação da confusão patrimonial, método mais fácil para a comprovação nas vias processuais. Portanto, havendo a demonstração, mediante balancete contábil, que a pessoa jurídica paga as contas das pessoas físicas, ou até mesmo, que não há distinção entre patrimônio societário e pessoal de seus componentes, poderá haver a aplicação da teoria maior objéitiva. Segue tal linha de pensamento, por exemplo, Fábio Konder Comparato⁴⁶, que defende

⁴³ 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.

⁴⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Teoria geral e direito societário. Coleção Curso de Direito Empresarial.** V. 1 – 11. Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020. P. 275.

⁴⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Teoria geral e direito societário. Coleção Curso de Direito Empresarial.** V. 1 – 11. Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020. P. 273.

⁴⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Teoria geral e direito societário. Coleção Curso de Direito Empresarial.** V. 1 – 11. Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020. P. 273.

que a confusão patrimonial seria indispensável para a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Conforme anteriormente pontuado, segue-se a doutrina majoritária e opta-se pela adoção da teoria maior subjetiva, em que se leva em consideração o comprovado desvio de finalidade, o abuso de direito ou a fraude na criação da pessoa jurídica para a efetiva desconsideração de sua personalidade. Norteia-se o presente trabalho monográfico, portanto, pelas lições passadas por Marloz Tomazette, bem como por Fábio Ulhoa Coelho.

4.2 Responsabilização dos sócios x desconsideração da personalidade jurídica

A desconsideração da personalidade jurídica, se utilizada com a devida finalidade para com a qual foi criada, serve apenas como instrumento para o controle da autonomia patrimonial das sociedades, visando coibir o abuso de direito ou a fraude mediante o uso indevido da pessoa jurídica, sendo, portanto, medida excepcional. Contudo, muito se diz sobre seu uso incorreto e de maneira frequente, causando grande insegurança jurídica para os indivíduos se aventuram no mundo empresarial.⁴⁷

Deve-se ter em mente que a desconsideração atua no plano da eficácia, levantando o “véu” da pessoa jurídica para que se possa atingir, diretamente, as pessoas físicas responsáveis pelo ente e responsabilizá-las por crédito devido a credor específico. Tal credor precisa instaurar incidente processual, previsto nos artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil, fazendo-se necessária a comprovação dos pressupostos legais específicos para a aplicação de tal instituto.

Instaurado o procedimento e incontestada a verificação dos requisitos, há a ineficácia da limitação da responsabilidade dos sócios perante certo credor, não agindo a desconsideração, portanto, como aniquiladora de toda e qualquer autonomia da pessoa jurídica. Sendo assim, a personalidade jurídica da entidade continua preservada perante os demais credores, os quais, caso se vejam lesados, necessitam instaurar procedimento idêntico para satisfação de seu crédito.

Contudo, como a desconsideração é método de extensão de responsabilidade a pessoas físicas que agem com desvio de finalidade, abuso de direito ou fraude, indaga-se como se diferencia esse instituto dos demais do ordenamento jurídico, os quais já preveem a

⁴⁷ PARENTONI, Leonardo. **O incidente da desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018. P. 38.

responsabilização das pessoas que incorrem em dissonância com os dispositivos legais. Quando há conduta voluntária violadora de dever jurídico, para Carlos Roberto Gonçalves⁴⁸, há, indubitavelmente, a responsabilidade civil.

Por outro lado, nos casos da desconsideração, a pessoa física age encoberta pela licitude, operando em nome da pessoa jurídica constituída e não em nome próprio. Segundo Fábio Ulhoa Coelho⁴⁹, a desconsideração será aplicada em atos que se perfazem aparentemente lícitos. Contudo, a ilicitude irá ser observada quando a responsabilidade do ato puder ser imputada a pessoa física e não mais a jurídica, pois é aquela quem utilizou-se de modo incorreto do princípio da autonomia patrimonial.

Nesse mesmo sentido, traz-se entendimento de Sílvio de Salvo Venosa⁵⁰ quem lecionou que a fraude autorizadora da desconsideração não é caracterizada pelas condutas que infringem claramente as normas legais e sim, por aquelas condutas que “iludem a lei por via indireta, sem que ocorra forma ostensiva”.

O pressuposto da ilicitude, como chama o doutrinador Coelho⁵¹, também será essencial para a configuração dos casos de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, diferenciando-se dos demais institutos que visam responsabilizar diretamente as pessoas naturais que agem de modo errôneo.

Notável exemplo de responsabilização é o caso da solidariedade passiva estipulada em lei ou contratualmente, vinculando as partes e as incumbindo ao pagamento integral do débito, inexistindo, portanto, a limitação de responsabilidade entre elas.⁵²

Nesta toada, é cediço saber que, toda vez que houver a possibilidade de responsabilização direta e pessoal, não é o caso da aplicação da desconsideração e sim, de algum dos outros institutos presentes nos diplomas legais. Assim se pronunciou Luciano Amaro *apud* Marlon Tomazette:

Portanto, quando a lei cuida de responsabilidade solidária, ou subsidiária, ou pessoal dos sócios, por obrigação da pessoa jurídica, ou quando ela proíbe que certas operações, vedadas aos sócios, sejam praticadas pela pessoa jurídica, não é preciso desconsiderar a empresa, para imputar as obrigações aos sócios, pois, mesmo

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil, volume IV: responsabilidade civil – 4. ed. rev.** São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 68.

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral – 13. Ed.** São Paulo: Atlas, 2013. P. 485.

⁵¹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 68.

⁵² PARENTONI, Leonardo. **O incidente da desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015.** Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018. P. 47.

considerada a pessoa jurídica, a implicação ou responsabilidade do sócio já decorre do preceito legal. O mesmo se diga se a extensão da responsabilidade é contratual.⁵³

Alguns dos dispositivos que tratam sobre responsabilização foram elencados por Parentoni⁵⁴ e exemplificam a obrigação imposta aos sócios que são responsabilizados solidariamente pelas dívidas não cobertas pelos bens da sociedade (art. 1.023, CC), a responsabilidade solidária e ilimitada pelas obrigações sociais em sociedades em nome coletivo (art. 1.039, CC), bem como a responsabilidade solidária e ilimitada dos comanditados em sociedades de comandita simples (art. 1.045, CC).

Além dos elencados, há demais mecanismos que regem outros tipos societários e compelem, diretamente, que os sócios se responsabilizem por condutas defesas em lei. Nestes casos, não houve o mau uso da pessoa jurídica com o desvio da finalidade para com a qual ela foi criada, mas apenas o agir ilícito das pessoas físicas que, conseqüentemente, devem ser punidas através do alcance de seus patrimônios.⁵⁵

Portanto, toda vez que se puder inferir responsabilidade, direta e propriamente a uma ou mais pessoas, não se instaura o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que o mesmo, para que ocorra, necessita do uso indevido da pessoa jurídica e da sua autonomia patrimonial.

Sintetizando, traz-se o apontamento contundente de Ana Caroline Santos Ceolin *apud* Diogenes Gasparini⁵⁶, o qual diz: “malgrado a igualdade finalística, os institutos da desconsideração da pessoa jurídica e da responsabilidade pessoal dos administradores não se confundem e devem ser amplamente diferenciados”.

Em outros termos, não sendo a autonomia patrimonial empecilho para a responsabilização direta de quem incorreu de maneira dissonante ao direito, não se aplica a desconsideração da personalidade jurídica.

4.3 Previsão legal em âmbito administrativo

⁵³ TOMAZETTE, Marlon. **Teoria geral e direito societário. Coleção Curso de Direito Empresarial.** V. 1 – 11. Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020. P. 282.

⁵⁴ PARENTONI, Leonardo. **O incidente da desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015.** Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018. P. 48.

⁵⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Teoria geral e direito societário. Coleção Curso de Direito Empresarial.** V. 1 – 11. Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020. P. 283.

⁵⁶ GASPARINI, Diogenes. **Desconsideração Administrativa da Pessoa jurídica.** JML Consultoria & Colaboradores. Pinhais: 201-. Disponível em: <http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_5_8_06.pdf>. Acesso em: 29 de consbr. de 2020.

Criada com a intenção de proteger juridicamente as pessoas que se arriscam nas atividades empresariais, a personalização de entidades jurídicas serve de fomento para o ingresso ao mercado, uma vez que constitui ente dotado de autonomia própria, possibilitando a separação patrimonial e a sua atuação independente, dissociando-se das pessoas que o instituíram.

Para lhe garantir tal personificação, basta a inscrição de seus atos constitutivos no respectivo registro da Junta Comercial, conforme leciona o artigo 45 do Código Civil de 2002, assim redigido:

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.⁵⁷

Ainda em âmbito civilista, o artigo 49-A, incluído pela recente Lei n.º 13.874 de 2019 ratifica, mais uma vez, a ideia de separação entre sócios e pessoa jurídica, além de garantir, em seu parágrafo único, o seguinte:

A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.⁵⁸

Com a criação de ente autônomo, possuidor de titularidade e patrimônio próprios, facilita-se o ingresso dos particulares nos ramos mercantis, uma vez que a autonomia patrimonial da pessoa jurídica diminui os riscos de suas empreitadas, tendo em vista que o patrimônio dos sócios não responde por dívidas da sociedade, a depender da entidade constituída.⁵⁹

Contudo, por vezes, ao se encobrirem pelo “véu” da pessoa jurídica, muitos ingressam em procederres que, apesar da aparente licitude, desviam a finalidade do ente personificado para locupletamento próprio.

É com o intuito de coibir o uso indevido da pessoa jurídica que se concebeu a desconsideração da personalidade jurídica. Conforme anteriormente trazido nesse trabalho, os

⁵⁷ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 29 de abr. de 2020.

⁵⁸ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 29 de abr. de 2020.

⁵⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 34.

primórdios desse instituto advêm da jurisprudência, no julgamento de casos em que se observava que o princípio da autonomia patrimonial advindo da personalização da pessoa jurídica servia de “escudo” para o alcance de seus sócios, os quais, por muitas vezes, agiam de modo fraudulento, desviando sua função ou burlando a lei.

Apesar de surgir, *a priori*, para regulamentar do uso da pessoa jurídica no Direito Empresarial, a descon sideração da personalidade jurídica vem se ramificando em diversos campos do ordenamento jurídico brasileiro, como no Direito do Consumidor, previsto no art. 28 da Lei n.º 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor; no Direito Ambiental, na lei que versa sobre punições a atividades lesivas contra o meio ambiente (art. 4º da Lei n.º 9.605/1998) e, mais recentemente, no Direito Administrativo, ao se autorizar a descon sideração da personalidade jurídica com fulcro no art. 14 da Lei n.º 12.846/2013 – Lei Anticorrupção.

Com exceção a quem opta por sociedades não personificadas (de fato ou irregulares), as pessoas físicas, em sua maioria, exercem a atividade empresa por meio de uma sociedade empresária, conceituada por Coelho como sendo a pessoa jurídica “o agente econômico organizador da empresa”.⁶⁰

Portanto, é cediço que a personalização da pessoa jurídica é elemento intrínseco da atividade empresarial e, em alguns casos, é essencial para a consolidação de negócios e contratos, uma vez que tem a função de estimular a circulação de bens e serviços.

Nos contratos com a Administração Pública, apesar de se possibilitar a contratação tanto de pessoas físicas como jurídicas, nota-se que a participação nos certames licitatórios e parcerias público privadas é feita pelo uso de sociedades empresárias, sejam elas personificadas ou não.

E, assim como no Direito Privado, seu uso desviado e eivado de erros faz-se presente na seara administrativa, causando violação ao interesse público e até mesmo, prejuízo ao Erário. Em face de tal constatação, defende-se, na presente monografia, a aplicação da descon sideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações, a fim de coibir-se o mau uso da pessoa jurídica.

Em 2005, observou-se inovação legislativa no âmbito licitatório com a promulgação de Lei Estadual n.º 9.433/2005, promulgada pelo Estado da Bahia, em que se estabeleceu o impedimento de participação em licitações de pessoas jurídicas constituídas por membros de sociedade penalizada em data anterior a constituição do novo ente, consolidando juridicamente

⁶⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 25.

a prerrogativa da Administração em desabilitar pessoas jurídicas com esse perfil. O art. 200⁶¹ da referida lei continua atual e de extrema relevância, contudo, só tem aplicação nos certames realizados no Estado da Bahia.

Esse instituto, até o ano de 2013, era previsto apenas nas citadas normas do Direito Privado e na esfera estadual do mencionado ente federativo, carecendo de norma federal que autorizasse a desconsideração da personalidade jurídica em âmbito administrativo, apesar de, à época, já ser consolidada sua aplicabilidade jurisprudencialmente.

Apenas com o advento da Lei Anticorrupção é que se passou a haver previsão normativa em nível federal da desconsideração da personalidade jurídica no campo do Direito Administrativo, na medida em que seu artigo 14 assim preceituou:

A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.⁶²

A Lei Anticorrupção passa a fundamentar o uso de instituto de origem do direito privado e o faz de maneira *sui generis*, de modo que deflagra-se processo administrativo para a configuração do afastamento da personalidade jurídica de determinada pessoa jurídica, sem, portanto, a instauração de processo judicial, como preceitua os dispositivos do Direito Privado.

Apesar de não seguir o rito de incidente processual previsto no Código de Processo Civil, em seus artigos 133 a 137, no âmbito administrativo, preconiza-se, ainda, pelos princípios constitucionais, a fim de garantir a segurança jurídica de ambas as partes. Assim expôs Leonardo Bellini de Castro:

Acrescendo a esse quadro, a legislação anticorrupção dispôs que a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica,

⁶¹ BAHIA. Lei nº 9.433, de 1º de março de 2005. **Dispõe sobre as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia e dá outras providências.** Disponível em: < <http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-9433-de-01-de-marco-de-2005>>. Acesso em: 28 de abr. de 2020.

⁶² BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 28 de abr. de 2020.

aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa (art. 14).⁶³

Insta consignar, contudo, que apesar de ser utilizado de maneira diversa da originária, permanece como recurso último, sendo desconsiderada a personalidade apenas quando constatada, inequivocavelmente, a prática de algum dos atos ilícitos preceituados pela legislação em referência.

Nesse sentido, no contexto das licitações, a fraude ao certame pela criação de “pessoa jurídica laranja” foi assim constituído como ato ilícito no artigo 5º, IV, “e”:

Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

IV - no tocante a licitações e contratos:

[...]

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;⁶⁴

Portanto, a alínea “e” do artigo supra colacionado institui que a criação de pessoa jurídica artificial para a participação em processo licitatório constitui ato ilícito e, conseqüentemente, é passível de punibilidade de acordo com as normas definidas na Lei n.º 12.846/2013.

Especificamente nos casos da criação para fraude à licitação, há duas possíveis condutas contidas na tipificação acima, compiladas por Leonardo Bellini de Castro em: *i*) criação de pessoa jurídica inexistente para simular competitividade e favorecer outro licitante; e *ii*) constituição de nova pessoa jurídica com o intuito de contornar eventual penalidade que impedia outra sociedade em contratar ou licitar com a Administração.⁶⁵

Este trabalho trata, contudo, do ato previsto na segunda possibilidade trazida pelo autor, qual seja, a conduta premeditada de criação de “pessoa jurídica de fachada” para contornar aplicação de penalidade proveniente de anterior contratação com entes públicos.

⁶³ CASTRO, Leonardo Bellini de. **Impactos sistêmicos e transversais da Lei Anticorrupção**. Dissertação (Mestrado em Ciências) - Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto: 2018. P. 73. Disponível em: < <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-29052019-170548/pt-br.php>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

⁶⁴ BRASIL. Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 28 de abr. de 2020.

⁶⁵ CASTRO, Leonardo Bellini de. **Impactos sistêmicos e transversais da Lei Anticorrupção**. Dissertação (Mestrado em Ciências) - Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto: 2018. P. 85. Disponível em: < <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-29052019-170548/pt-br.php>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

Diante de tal ilicitude, devidamente comprovada por meio de instauração de processo administrativo autônomo, há a possibilidade de dissolução compulsória da pessoa jurídica, conforme trazido pelo art. 19, §1º, incisos I e II⁶⁶ da Lei Anticorrupção, ou aplicação da desconsideração da personalidade jurídica para extensão da penalidade a “pessoa jurídica laranja”, conforme artigo 14 da mesma lei.

Há, por conseguinte, a prerrogativa legal da aplicação desse instituto nos casos de fraude em âmbito licitatório após a criação de pessoa jurídica com intuito de se ilidir de penalidades anteriormente aplicadas a outro ente privado. No entanto, conforme observado nos artigos colacionados da Lei Anticorrupção, não há parâmetros específicos para a configuração do ato ilícito contido na alínea “e” do inciso IV do artigo 5º.

Ademais, a ausência de características pré-estabelecidas para configuração da fraude pode causar diferentes empregos do preceito legal contido no artigo 14 da Lei Anticorrupção, com interpretações distintas a depender de quem o aplica e do caso concreto em análise. Logo, os resultados podem contribuir para especificar, no quadro jurídico, estratégias de constatação da fraude das “empresas laranjas”, mediante articulação da desconsideração da personalidade jurídica de maneira coerente.

4.4 Fraude à licitação: delimitação e conceito

Conforme apresentado ao longo desta monografia, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica após a ocorrência impeditiva indireta é prática que vem se solidificando no cotidiano das licitações brasileiras, tendo em vista o crescente uso irregular de pessoas jurídicas e sua autonomia patrimonial. Face a possível constatação de fraude, é imprescindível que a Administração Pública aja em vias de repreender quem a impetrou, comprovando que se atuou com desvio de finalidade e com intuito contrário aos princípios que regem o Direito Público.

⁶⁶ Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

[...]

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos;
ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

Adotou-se norma autorizadora da desconsideração da personalidade jurídica em âmbito licitatório, uma vez silente a Lei n.º 8.666/1993 sobre tal possibilidade, a Lei n.º 12.486/2013, que em seu artigo 5º, inciso IV, alínea “e” (que estipula que a criação de pessoa jurídica de modo fraudulento constitui ato lesivo à Administração Pública) em cumulação com o artigo 14 (que possibilita a desconsideração da personalidade jurídica em face de constatação de atos ilícitos previstas nesta lei) permite que se aplique o instituto abordado em hipóteses de fraudes aos certames.

Contudo, a generalidade contida na alínea “e” do inciso IV do artigo 5º da LAC gera grande insegurança quanto ao que seria a criação fraudulenta de pessoa jurídica e quais seriam os requisitos que configurariam tal fraude e, conseqüentemente, autorizariam a desconsideração mediante instauração de processo administrativo autônomo e decisão fundamentada do órgão superior responsável. Nesse sentido, se buscará, a seguir, consolidar a conceituação de fraude.

Primeiramente, insta consignar que a criação de modo irregular de pessoa jurídica a fim de participar de certame licitatório ou contrato com a Administração não configura desvio de finalidade e sim, fraude, conforme entendimento trazido por Nathália Vernet de Borba Carvalho:

Define-se, oportunamente, como abuso de direito o uso irregular de um direito derivado da autonomia da pessoa jurídica que venha a desviar a finalidade desta, e como fraude o ato que, além de macular a utilização do instituto, visa, conscientemente, prejudicar terceiros. Logo, no abuso de direito, há o uso excessivo ou impróprio da pessoa jurídica, além dos limites estabelecidos pelo sistema, em benefício dos sócios, não existindo, especificamente, trama contra alguém, o que não ocorre na fraude.⁶⁷

Vê-se que, diferentemente da hipótese de desvio de finalidade, os agentes que procedem com a constituição de nova pessoa jurídica para se ilidir de penalidades anteriormente impostas que os impedem de contratar e participar de licitações, além de macularem o instituto da pessoa jurídica, visam proveito econômico em detrimento de terceiros, visto que competem deslealmente com os demais licitantes. Nesse mesmo sentido, leciona Luiz Nunes Pegoraro:

Entende-se por fraude o engano, malicioso, promovido de má-fé, a fim de ocultar a verdade ou fuga ao cumprimento do dever, provocando lesão a terceiros ou a coletividade. É o elemento principal na formação do pressuposto da desconsideração

⁶⁷ CARVALHO, Nathalia Vernet de Borba. **A desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução contra os sócios**. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2012. P. 13.

da personalidade jurídica, devendo restar comprovada pela parte que pretende no uso da desconsideração.⁶⁸

Nesta toada, demonstrou-se, durante o presente trabalho, que as leis do Direito Privado e Público não dispõem quais elementos constituiriam o ato fraudulento que autorizaria a aplicação da desconsideração, sendo que tal omissão legislativa possibilita a interpretação variada dos dispositivos legais, sendo decidido cada caso por convicções próprias de cada julgador responsável.

Para sanar a lacuna legal apontada, traz-se entendimento de Sílvio de Salvo Venosa⁶⁹, que acredita que a fraude nada mais é que um procedimento arditoso que visa burlar a lei ou convenção preexistente ou futura, possibilitando a persecução de objetivos ilícitos ou prejudiciais a terceiros.

Nesse mesmo sentido compreendeu Alvin Lima *apud* Sílvio de Salvo Venosa⁷⁰, quem assim lecionou sobre o conceito desse instituto: “a fraude decorre sempre da prática de atos legais, em si mesmos, mas com a finalidade ilícita de prejudicar terceiros, ou, pelo menos, frustrar a aplicação de determinada regra jurídica”.

Por conseguinte, constatando-se que o licitante que participa de certame assim o faz utilizando-se de meios arditosos, que visam contornar a aplicação da lei ou sanção previamente imposta, configura-se tal conduta ação fraudulenta e, conseqüentemente, autoriza-se a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Consolidando-se o conceito de fraude, passa-se agora a analisar jurisprudências notórias que versaram sobre os critérios para utilização da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito licitatório, a fim de se analisar os parâmetros comumente utilizados para a aplicação desse instituto e, posteriormente, sugerir os critérios que poderiam ser aplicados nos casos concretos.

⁶⁸ PEGORARO, Luiz Nunes. **Desconsideração da personalidade jurídica no procedimento licitatório**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2010. P. 74.

⁶⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral – 13. Ed.** São Paulo: Atlas, 2013. P. 418.

⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral – 13. Ed.** São Paulo: Atlas, 2013. P. 485.

5 A DESCONSIDERAÇÃO JURÍDICA APLICADA APÓS A OCORRÊNCIA IMPEDITIVA INDIRETA NOS CERTAMES LICITATÓRIOS: POSSIBILIDADES E REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO

Na presente monografia, analisou-se qual seria o conceito de fraude que fundamentaria a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em âmbito do Direito Administrativo. Não se encontrou, no entanto, conceituação de fraude em sede normativa brasileira que se adequaria a pretensão em comento, nem mesmo no artigo 5º, inciso IV, alínea “e” da Lei Anticorrupção, o qual fundamenta que a criação de pessoa jurídica para participar de licitação constitui fraude.

Por motivo ausência de definição precisa no ordenamento jurídico brasileiro, resgatou-se a conceituação de fraude trazida por Sílvio de Salvo Venosa⁷¹, adotando-a como norteadora do presente trabalho, sintetizada pela ideia de que fraude seria qualquer procedimento ardiloso ou enganoso que vise burlar lei ou convenção, seja ela existente ou futura.

Portanto, uma vez comprovada a conduta reprovável da pessoa física que constitui pessoa jurídica, com a vidente intenção de fraudar, se admitirá a desconsideração da personalidade jurídica para estender a penalidade de uma pessoa jurídica a outra. Anteriormente, autorizava-se o uso da desconsideração desde que precedida de processo judicial, sendo o juiz, portanto, o único capaz de levantar o “véu” da pessoa jurídica e atingir seus sócios. Contudo, o preceito contido na alínea “e” do inciso IV do artigo 5º em cumulação com o artigo 14 da Lei Anticorrupção permite, desde 2013, seu uso pela Administração.

Por meio de processo administrativo, dotado de contraditório e ampla defesa, é permitida a desconsideração da personalidade jurídica de ente particular que incorre em fraude em licitações. Indaga-se, contudo, quais são os critérios que permitiriam a aplicação da desconsideração após a constatação da fraude, uma vez que dispositivo legal algum os lista.

É com o intuito de apontar esses requisitos que se procede com a presente pesquisa mediante a análise de casos notórios em que observou-se a utilização da desconsideração da personalidade jurídica em casos julgados pelo Tribunal de Contas da União.

5.1 Análise jurisprudencial

⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral** – 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 418.

Como exposto anteriormente, antes da promulgação da Lei Anticorrupção, não era observado dispositivo legal autorizador da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em âmbito licitatório na esfera federal. Nesse sentido, ao se deparar com a necessidade da utilização da desconsideração no Direito Público, se utilizava dos preceitos contidos nas leis do Direito Civil (Lei n.º 10.406/2002) e do Direito do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990).

A fim de se exemplificar a conduta do Poder Judiciário nessas situações, a seguir, colaciona-se jurisprudências notórias sobre casos em que houve a desconsideração da personalidade jurídica após a verificação de conduta fraudulenta em contratos e licitações com a Administração Pública.

Há decisões judiciais que se basearam no artigo 50 do Código Civil, afirmando que o desvio de finalidade da constituição da pessoa jurídica por si só fundamentaria a aplicação deste mecanismo, como é o caso da Decisão proferida pelo Ministro Relator Bruno Dantas em seu Acórdão nº 4.481/2015, Plenário do TCU:

Considerando o entendimento já consolidado no âmbito deste Tribunal, acerca da aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, quando verificada a ocorrência de atos fraudulentos (Decisão 914/2004-TCU-Plenário; Acórdão 976/2004-Plenário; Acórdão 873/2007-Plenário), faz se pertinente aplicar o disposto no art. 50 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), para que seja responsabilizado o Sr. Heleno Batista de Moraes (CPF 323.183.164-49), sócio administrador da Construtora Rio Negro Ltda. (CNPJ 07.295.321/0001-00), bem como seu sócio de fato, Sr. Deczon Farias da Cunha (CPF 133.369.674-49), solidariamente com a referida empresa e com o ex-Prefeito, para devolução do valor de R\$ 21.792,89, equivalente aos recursos pagos à referida empresa, para execução da obra de recuperação e ampliação de escolas no município de Cruz do Espírito Santo/PB.⁷²

O Ministro Relator apontou, no mencionado acórdão, que a pertinência da aplicação do artigo 50 do Código Civil deu-se por conta dos atos fraudulentos perpetrados pelas sociedades julgadas, tendo em vista as irregularidades na execução de obras de responsabilidade da Prefeitura Municipal de Cruz do Espírito Santo/PB, decidindo por desconsiderar a personalidade jurídicas dos particulares contratados para que seus sócios fossem responsabilizados pelo desvio de verbas públicas.

Nessa mesma toada, em licitação na modalidade concorrência, realizada pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), com o objetivo de contratar mão de

⁷² BRASIL. Tribunal de Contas da União (Primeira Câmara). **Acórdão nº 4.481/2015**. Relator: Min. Bruno Dantas. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A4481%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=e1800a70-d728-11ea-9c5f-ff67d872cbc2>. Acesso em: 29 jul. 2020.

obra especializada, observou-se a ocorrência de fraude à licitação, necessitando de mecanismo para a punição dos sócios por meio do alcance de seus patrimônios. Para tanto, se aplicou a desconsideração da personalidade jurídica, senão vejamos:

15.8. No caso em tela, os elementos constantes dos autos demonstram cabalmente que a empresa Condor, por meio de seus sócios-administradores (item 3.2 do Contrato Social – Anexo 4 – fls. 258/263), montou um esquema fraudulento com intuito de vencer a Concorrência n.º 03/2004 - UFRN. Tal esquema, já amplamente demonstrado nos autos, mas importante relatá-lo neste momento, consistia no acerto de preço entre as empresas participantes do certame, com pagamento de valores pela Condor, para que ficasse caracterizada uma suposta concorrência, quando na verdade já estava combinado entre elas que a vencedora da licitação seria a citada empresa.

15.9. Além disso, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa levou em conta a constatação de dano ao erário, decorrente de superfaturamento na Planilha de Custo e Formação de Preço da empresa Condor, em razão de utilização de metodologia de cálculo em desacordo com a IN/ MARE n.º 18/1997, conforme relatamos nos itens 12.11 a 12.16 desta instrução.

15.10. Cabe também a aplicação da teoria acima, com vistas a imputar aos sócios da empresa infratora, pessoas físicas que, de fato, praticaram os atos ilícitos na Concorrência n.º 03/2004, além do débito solidário, as sanções de multa e da inidoneidade para licitar com Administração Pública.⁷³

Vislumbra-se, portanto, que ao afigurar-se prejuízo ao Erário mediante conduta fraudulenta dos particulares, que visam vantagens ilícitas ao contratar ou participar de licitações com a Administração Pública, adotou-se a utilização da desconsideração da personalidade jurídica para alcançar-se o patrimônio pessoal dos sócios, pela tentativa de fraude à concorrência em análise.

Colaciona-se também, entendimento do Tribunal de Contas da União em que se possibilitou a desconsideração da personalidade jurídica por autorização do Código de Defesa do Consumidor. Assim dispôs o Acórdão n.º 1.092/2010, da Primeira Câmara do TCU:

Quando a pessoa jurídica é utilizada para fins contrários ao direito, pode-se, neste caso específico, desconsiderar a personalidade jurídica para responsabilizar os sócios ou administradores da empresa que agiram com excesso de mandato. Com o advento da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a teoria da desconsideração da personalidade jurídica passou a ser aplicada, com maior amplitude, nas relações jurídicas em geral, no combate ao abuso de direito, justificando-se sua aplicação, em caráter excepcional, na hipótese de ocorrência de prejuízo à Administração Pública somada à presença do abuso do direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou do contrato social ou, ainda, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.⁷⁴

⁷³ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n.º 1.209/2009**. Rel: Min. José Jorge. Disponível em: < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1209%2520ANOACORDAO%253A2009/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=838ede20-0e21-11eb-b284-03270781352b>. Acesso em: 09 out. 2020.

⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n.º 1.092/2010**. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao->

No acórdão acima exposto, entendeu-se por aplicar instituto disposto no Direito Privado excepcionalmente, tendo em vista a possibilidade de ocorrência de prejuízo à Administração Pública, bem como a verificação de ato ilícito por parte dos sócios que se valeram da autonomia patrimonial da pessoa jurídica com fins contrários aos estabelecidos em lei.

Há, também, terceira posição jurisprudencial que justificaria a extensão do impedimento de licitar a “empresa laranja” por meio da desconsideração da personalidade jurídica, utilizando-se dos princípios que regem a Administração Pública, como o da supremacia do interesse público, o da legalidade e o da moralidade.

Por meio da observância desses princípios preceituados no artigo 37, *caput* da Constituição Federal, haveria a prerrogativa legal para o ente público desconsiderar a personalidade jurídica da pessoa jurídica suspeita e atingi-la com a mesma penalidade imposta à pessoa jurídica correlata. Assim entendeu o Ministro Relator José Múcio Monteiro em decisão contida no Acórdão n.º 1.831/2014:

3.5.12. A doutrina e a jurisprudência vêm confirmando a aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, em homenagem aos princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, quando a pessoa jurídica for o meio de realização de fraude, desde que assegurados o contraditório e a ampla defesa a todos os interessados.⁷⁵

No julgado em apreço, vê-se que o Relator buscou justificar a desconsideração da personalidade jurídica em razão da utilização da pessoa jurídica com objetivo de se fraudar certame licitatório, aplicando-se princípios constitucionais para autorização da aplicação desse instituto.

Contrariamente aos entendimentos supracitados, nos quais há a aplicação direta do Direito Privado e a utilização dos princípios da Administração Pública, há entendimento que fez menção ao possível uso de nova matéria legal à época, qual seja, a Lei Anticorrupção. Observou-se assim na Medida Cautelar em Mandado de Segurança de nº 32.494, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2013:

completo/*/NUMACORDAO%253A1092%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=e1800a70-d728-11ea-9c5f-ff67d872cbc2 >. Acesso em: 29 jul. 2020.

⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1831/2014**. Relator: Min. José Múcio Monteiro. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2268520138.PROC/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=eaa55150-65f0-11e9-a05b-116c48346a6c>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

É importante reconhecer que a pessoa jurídica não pode ser manipulada, com o ilícito objetivo de viabilizar o abuso de direito e a prática de fraude, principalmente no que concerne aos procedimentos licitatórios, pois essas são ideias que se revelam frontalmente contrárias ao dever de moralidade e de probidade, que constituem deveres que se impõem à observância da Administração Pública e dos participantes. O licitante de má-fé, por isso mesmo, deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação das entidades estatais e de seus órgãos de controle, que não podem tolerar o abuso de direito e a fraude como práticas descaracterizadoras da essência ética do processo licitatório.

Vale referir, neste ponto, a edição de importante instrumento normativo, qual seja a Lei 12.846, publicada em 01.08.2013, ainda em período de *vacatio legis*, que dispõe “sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública (...)”, e que disciplina, entre outros dispositivos, a matéria que se vem analisando:

“Art. 5.º Constituem atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1.º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração Pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

(...)

III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV – no tocante a licitações e contratos:

(...)

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

(...)

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa” (grifei).

É preciso reconhecer, presente esse contexto, que a desconsideração da personalidade jurídica, como anteriormente assinalado, configura prática excepcional, cuja efetivação impõe ao Estado a necessária observância de postulados básicos como a garantia do *due process of law*, que representa indisponível prerrogativa de índole constitucional assegurada à generalidade das pessoas.⁷⁶

O excerto colacionado da Medida Cautelar de relatoria do Ministro Celso de Mello fez uso de entendimento à margem de previsão legal, tendo em vista que, à época dos fatos, a Lei n.º 12.846/2013 ainda estava em seu período de *vacatio legis*, não possuindo, portanto, a eficácia necessária para autorizar a desconsideração aplicada pelo TCU.

O Ministro Relator optou por não autorizar a desconsideração da personalidade jurídica decretada pelo TCU nesse caso, concedendo o efeito almejado pela medida cautelar em

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.494** - j. 11/11/2013 - DJe 13/11/2013 - Área do Direito: Administrativo; Comercial/Empresarial [...] Relator: Min. José Celso de Mello Filho, 13 de nov. de 2013. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n 947, p. 443, set. 2014. Disponível em: < <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017532d32baca3e78279&docguid=I2c928d00b0c311e3acc601000000000&hitguid=I2c928d00b0c311e3acc601000000000&spos=1&epos=1&td=0&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 out. 2020.

mandado de segurança impetrado pela pessoa jurídica desfavorecida pela decisão do Tribunal de Contas, em razão do princípio da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos.

Contudo, o julgado se faz extremamente atual tendo em vista a matéria discutida no mesmo, uma vez que se propôs a utilização cumulada do artigo 5º com o artigo 14 da LAC para possibilitar a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica diretamente pelos órgãos administrativos competentes, por meio de instauração de processo administrativo em apartado dos certames licitatórios.

Procedendo-se com a análise ao Acórdão nº 1.831/2014 do Plenário do TCU, na acertada relatoria do Min. José Múcio Monteiro, proveu-se possíveis requisitos para aplicação da desconsideração nas licitações após o alerta de ocorrência impeditiva indireta nas licitações, assim estabelecidos:

4. O Tribunal, ao examinar, em ocasião anterior, matéria análoga, já havia se pronunciado sobre a irregularidade de tal tipo de operação, registrando na ementa do Acórdão 2.218/2011 - 1ª Câmara o seguinte entendimento: "3. Presume-se fraude quando a sociedade que procura participar de certame licitatório possui objeto social similar e, cumulativamente, ao menos um sócio controlador e/ou sócio-gerente em comum com a entidade apenada com as sanções de suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/1993." 5. A situação verificada nos presentes autos possui muito mais elementos de convicção acerca da existência de tentativa de burla ao disposto na Lei 8.666/1993 do que a hipótese delineada no acórdão mencionado. 6. Em meu modo de ver, três características fundamentais permitem configurar a ocorrência de abuso da personalidade jurídica neste caso: a) a completa identidade dos sócios-proprietários; b) a atuação no mesmo ramo de atividades; c) a transferência integral do acervo técnico e humano.⁷⁷

O Ministro Relator José Múcio, em decisão paradigmática, elencou características que configurariam a ocorrência de abuso de personalidade (nessa monografia, entendida como fraude), quais sejam: a idêntica composição do quadro de sócios-proprietários; a identidade do ramo de atividades das pessoas jurídicas e, por fim, a transferência integral do acervo técnico e humano.

Baseando-se nos entendimentos disseminados pelos tribunais brasileiros e fundamentando-se na previsão legal constante ao artigo 14 cumulado com o artigo 5 da Lei Anticorrupção, é que se objetiva melhor consolidar os critérios para a desconsideração da

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1831/2014**. Relator: Min. José Múcio Monteiro. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2268520138.PROC/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=eaa55150-65f0-11e9-a05b-116c48346a6c>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

personalidade jurídica no Direito Administrativo. Promove-se, nesse trabalho monográfico, a proposição de parâmetros como a análise da identidade dos sócios, do objeto e da data de constituição da pessoa jurídica para que, uma vez presentes estes requisitos, utilize-se da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito Administrativo.

5.2 Possíveis critérios para utilização da desconsideração da personalidade jurídica nos casos de ocorrências impeditivas indiretas nas licitações

É cediço que, para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica necessita-se da observância de fundamentos legais, uma vez que tal instituto afasta, episodicamente, a eficácia do princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas. Conforme trazido no capítulo 4, adota-se a teoria maior subjetiva trazida por Marlon Tomazette, quem contundentemente delimita os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica da seguinte forma:

- a) personificação: o autor indica que para falar-se em desconsideração da personalidade jurídica é imprescindível que esta seja aplicada à pessoa jurídica, ou seja, é necessário fazer seu uso em desfavor de uma sociedade personificada. Além disso, é necessário que haja responsabilidade limitada dos sócios, fato que justificaria o afastamento da autonomia patrimonial para o alcance destes.
- b) fraude ou abuso de direito: conforme trazido anteriormente, entende-se que o ato ilícito constituído na criação de pessoa jurídica em substituição a outra impedida de contratar ou participar de licitação com a Administração Pública diz respeito a conduta fraudulenta e não, abuso de direito. Portanto, é necessário observar se houve o uso de artifícios maliciosos que visaram prejudicar terceiros, a fim de se configurar a fraude e, conseqüentemente, autorizar a desconsideração.
- c) imputação dos atos praticados à pessoa jurídica: o último requisito trazido por Tomazette diz respeito a autoria dos atos. Caso seja possível a responsabilização direta dos sócios ou administradores por terem agido em excesso, extrapolando seus poderes de gestão e administração, não se trataria de desconsideração e sim, de

responsabilização. Tal diferenciação também foi tratada na presente monografia, em tópico anterior.⁷⁸

Portanto, observados e devidamente comprovados os três requisitos gerais da desconsideração da personalidade jurídica, seria possível o afastamento da autonomia da pessoa jurídica pelos atos ilícitos perpetrados sob a aparente licitude provida pelo “véu” da personalidade jurídica.

Contudo, somente os requisitos genéricos acima especificados não serviriam para o propósito trazido na presente monografia, qual seja, propiciar parâmetros para a utilização da desconsideração da personalidade jurídica em casos de ocorrência impeditivas indiretas no âmbito das licitações. Portanto, complementam-se os fundamentos trazidos por Tomazette com critérios utilizados e difundidos jurisprudencialmente pelo Tribunal de Contas da União, conforme análise anteriormente trazida.

A fim de garantir a segurança jurídica dos licitantes, impedindo o uso arbitrário da desconsideração da personalidade jurídica, e de proteger o Erário contra as possíveis empreitadas fraudulentas dos particulares, propõe-se critérios que possibilitariam a confirmação incontestada de ato ilícito. Sendo assim, somente após a comprovação com o preenchimento desses critérios fático-jurídicos, em cumulação com os requisitos gerais apontados, seria possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Victor Aguiar Jardim de Amorim traz compilado de características fundamentais para a autorização da aplicação desse instituto no âmbito licitatório, angariadas por meio de análise jurisprudencial, sendo elas:

- a) completa identidade dos sócios;
- b) atuação das pessoas jurídicas no mesmo ramo de atividade;
- c) transferência integral do acervo técnico e humano;
- d) posterioridade da data de constituição da nova pessoa jurídica à data de aplicação da sanção de impedimento, suspensão ou declaração de inidoneidade à pessoa jurídica correlata.⁷⁹

⁷⁸ Tomazette, Marlon. **Teoria geral e direito societário. Coleção Curso de Direito Empresarial**. V. 1 – 11. Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020. P. 275-282.

⁷⁹ AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **Desconsideração da personalidade jurídica pelo Pregoeiro**. Jus, [S.l]: Fev. 2019. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/72376/desconsideracao-da-personalidade-juridica-pelo-pregoeiro> >. Acesso em: 28 jul. 2020.

O autor ainda complementa com outras circunstâncias que possibilitariam a confirmação do uso incorreto da pessoa jurídica, como a proximidade de endereço dos estabelecimentos, identidade de telefones e endereços eletrônicos de contato, bem como a existência de procurador ou preposto idêntico nas duas pessoas jurídicas suspeitas.⁸⁰ Contudo, atem-se às primeiras características trazidas, tendo em vista serem de fácil constatação e comprovação.

Por meio da análise dos contratos sociais ou do quadro societário dos licitantes, o servidor público poderia verificar se há similaridades em sua composição, apontando a identidade de sócios, bem como a participação de familiares, como possíveis indícios que comprovariam a criação fraudulenta de pessoas jurídicas.

Nesse sentido, aponta-se a decisão contida no Processo Administrativo Eletrônico nº 0007929-92.2016.5.04.0000⁸¹, anteriormente abordado nessa monografia, em que se observou que o sócio-administrador de determinada pessoa jurídica constava como participante em outra, que, por sua vez, encontrava-se impedida em participar de licitações por força da aplicação de sanção contida no art. 7º da Lei n.º 10.520/2002. Além disso, o outro sócio participante era mãe do sócio-proprietário, gerando maior suspeita quanto a possibilidade de cometimento do ilícito contido no artigo 5º, inciso IV, alínea “e” da Lei Anticorrupção.

Tal constatação, por si só, não permitiria a comprovação indubitável da fraude, portanto, prossegue-se com a sugestão de critérios, passando agora para o parâmetro de identidade do ramo de atividades das pessoas jurídicas.

Em análise comparativa às pessoas jurídicas apontadas como similares pelo alerta de ocorrência impeditiva indireta, necessita-se observar qual o campo de atuação de ambas, pois a igualdade do ramo de atividades pode inferir que a pessoa jurídica que tenta participar do certame nada mais é que uma extensão da outra que consta impossibilitada de contratar com a Administração.

Ainda em menção ao processo administrativo observado previamente, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região⁸², vê-se que a pessoa jurídica que visava participar

⁸⁰ AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **Desconsideração da personalidade jurídica pelo Pregoeiro**. Jus, [S.l.]: Fev. 2019. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/72376/desconsideracao-da-personalidade-juridica-pelo-pregoeiro> >. Acesso em: 28 jul. 2020.

⁸¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Processo Administrativo nº 0007929-92.2016.5.04.0000**. Pregoeiro: Delcio Antonio Moretti. Porto Alegre: 2017. Disponível em: <http://iframe.trt4.jus.br/websisadmprd/Compras_web.licitacoes2?pSrlEditalLicit=57479>. Acesso em: 02 out. 2020.

⁸² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Processo Administrativo nº 0007929-92.2016.5.04.0000**. Pregoeiro: Delcio Antonio Moretti. Porto Alegre: 2017. Disponível em:

do pregão eletrônico possuía o mesmo ramo de atividade daquela que encontrava-se impedida de participar dos certames, qual seja, o oferecimento de serviços de higienização e troca de filtros purificadores.

O terceiro critério que indicaria a criação fraudulenta de pessoa jurídica para participação em licitação seria a transferência do acervo técnico e humano entre os entes. Uma vez frustrado o ingresso de certa pessoa jurídica nos procedimentos licitatórios, seus constituidores poderiam optar pela transferência de equipamentos e funcionários para outro ente personalizado que estaria apto a contratar com a Administração.

Diferencia-se tal conduta da cisão (divisão da sociedade em duas ou mais ou transferência parcial de patrimônio entre sociedades) e da incorporação (absorção de uma sociedade por outra) na medida em que ambas as pessoas jurídicas irão subsistir, sendo uma delas criadas, exclusivamente, para a participação em certame licitatório diante do impedimento da outra.⁸³

Por fim, Aguiar Jardim⁸⁴ apontou importante indício que corroboraria com a comprovação da fraude impetrada pelo licitante, sendo este a data de constituição da pessoa jurídica, que, no caso de constatação de que o novo ente foi criado após a imposição da penalidade a outra pessoa jurídica, haveria a suspeita de que aquele foi originado somente pela proibição imputada a este.

Objetivando a padronização da conduta dos responsáveis pelas licitações, Aguiar Jardim⁸⁵, ainda, sugeriu roteiro para auxiliar os licitadores em casos de alerta de ocorrência impeditiva indireta nas certidões do SICAF, recomendando que, após a constatação da notificação de ocorrência, prosseguisse-se com a aferição dos elementos de fraude e inabilitação da pessoa jurídica no interior do procedimento licitatório.

Nesse aspecto, discorda-se da proposição apresentada, coadunando-se com o pensamento de Diógenes Gasparini⁸⁶ conforme anteriormente trazido, tendo em vista entender-

<http://iframe.trt4.jus.br/websisadmprd/Compras_web.licitacoes2?pSrlEditalLicit=57479>. Acesso em: 02 out. 2020.

⁸³ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 462.

⁸⁴ AMORIM, Victor Aguiar Jardim. *Desconsideração da personalidade jurídica pelo Pregoeiro*. Jus, [S.l]: Fev. 2019. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/72376/desconsideracao-da-personalidade-juridica-pelo-pregoeiro> >. Acesso em: 28 jul. 2020.

⁸⁵ AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **Desconsideração da personalidade jurídica pelo Pregoeiro**. Jus, [S.l]: Fev. 2019. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/72376/desconsideracao-da-personalidade-juridica-pelo-pregoeiro> >. Acesso em: 28 jul. 2020.

⁸⁶ GASPARINI, Diogenes. **Desconsideração Administrativa da Pessoa jurídica**. JML Consultoria & Colaboradores. Pinhais: 201-. Disponível em: <http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_5_8_06.pdf>. Acesso em: 29 de abr. de 2020.

se que há a necessidade de deflagração de processo administrativo autônomo para a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa em proteção à segurança jurídica dos licitantes.

Portanto, defende-se que a instauração de processo administrativo autônomo para a efetiva comprovação dos critérios apontados é imprescindível para o coerente uso do instituto da desconsideração da personalidade jurídica após a constatação de ocorrência impeditiva indireta nos certames licitatórios, devendo haver a observância de ao menos dois dos parâmetros apontados para o afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica e a extensão da aplicação da penalidade de um ente privado ao outro.

5.3 Instauração do processo administrativo autônomo para aferição dos critérios de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica

Diante da necessidade de apuração ou descarte de possível fraude à licitação, faz-se necessária a instauração de processo administrativo autônomo, apartado do certame licitatório. Nestes autos, serão discutidos os fatos; apresentada, pelo licitador, a observância de ao menos dois dos requisitos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica administrativa e oportunizada a defesa do licitante suspeito, seguindo o rito processual definido pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei n.º 9.784/1999, que versa sobre o trâmite do processo administrativo.

Conforme anteriormente exposto, acredita-se que haveria a instauração simultânea e concomitante do processo autônomo em relação ao procedimento licitatório, contudo, este último seria suspenso em razão de aplicação analógica do efeito suspensivo concedido aos recursos hierárquicos que versam sobre habilitação ou inabilitação, segundo o quanto disposto no § 2º do art. 109 da Lei n.º 8.666/1993.

Tratando-se o processo administrativo de medidas que irão habilitar ou inabilitar o licitante, entende-se cabível a suspensão do certame enquanto não decidido se o particular age de maneira moral e legal, em razão do artigo em menção conceder esse tal efeito aos recursos hierárquicos que tratam da mesma matéria.

Portanto, enquanto não realizadas as diligências para a comprovação da fraude pela presença de alguns dos critérios sugeridos no presente trabalho, não seria possível o prosseguimento do chamamento público em razão do óbice ocasionado pelo licitante suspeito, uma vez que tal certame ficará condicionado ao deslinde do processo autônomo.

O processo seria instaurado mediante representação, por exemplo, da Comissão de Licitação (CPL), órgão responsável pelo certame e que iria apresentar os fundados indícios de fraude e em desfavor de quem aciona-se o referido procedimento. Tal participante será chamado ao processo para que tenha conhecimento dos elementos de fraude angariados pela Administração, sendo permitida sua defesa preliminar, em prazo determinado, e sua indicação das provas que pretende produzir para se ilidir das acusações feitas.⁸⁷

O participante indiciado será intimado, ainda, a fim de informar-se que sua participação no certame ficará condicionada ao resultado auferido ao fim do processo em iniciação. Finalizando-se a fase de instrução processual, deve-se permitir a apresentação de defesa final pelo acusado, para que a autoridade competente esteja munida de todos os fatos para sua livre apreciação.⁸⁸

A competência decisória, segundo entendimento de Gasparini⁸⁹, recai para “o agente público de maior hierarquia dentro da entidade interessada na decretação”. Para o autor, a Comissão Permanente de Licitação teria capacidade de instaurar o processo, mas não, contudo, de emitir a decisão final sobre a aplicação ou não da desconsideração da personalidade jurídica, sendo necessária a remessa dos autos a órgão hierarquicamente superior a CPL, previsto em lei.

Posteriormente à apresentação das provas pelo licitador e pelo exercício do direito de defesa do licitante, só então poderá o órgão superior emitir decisão fundamentada e motivada que permita a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em vias de estender o efeito de sanção administrativa aplicada a uma pessoa jurídica e/ou física à outra a ela correlacionada.

De tal decisão que será decretada pelo agente público a quem a lei concedeu tal competência, faz-se possível a apresentação de recurso administrativo (conforme art. 56 e seguintes da Lei n.º 9.784/1999, bem como a postulação de recurso judicial.⁹⁰

⁸⁷ GASPARINI, Diogenes. **Desconsideração Administrativa da Pessoa jurídica**. JML Consultoria & Colaboradores. Pinhais: 201-. Disponível em: <http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_5_8_06.pdf>. Acesso em: 29 de abr. de 2020.

⁸⁸ GASPARINI, Diogenes. **Desconsideração Administrativa da Pessoa jurídica**. JML Consultoria & Colaboradores. Pinhais: 201-. Disponível em: <http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_5_8_06.pdf>. Acesso em: 29 de abr. de 2020.

⁸⁹
⁹⁰ GASPARINI, Diogenes. **Desconsideração Administrativa da Pessoa jurídica**. JML Consultoria & Colaboradores. Pinhais: 201-. Disponível em: <http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_5_8_06.pdf>. Acesso em: 29 de abr. de 2020.

6 CONCLUSÃO

Extrai-se do presente estudo monográfico que a ocorrência impeditiva indireta é mecanismo inovador que auxilia no controle da fase de habilitação nos certames licitatórios, possibilitando que os licitadores afirmem a idoneidade e licitude das pessoas jurídicas que visam a participar de contratos e licitações com a Administração Pública.

Tal notificação faz-se presente em certidão de fornecedores que possuem semelhanças com outras pessoas jurídicas, que, por sua vez, encontram-se impossibilitadas de participar de licitações devido à imposição de penalidades previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei n.º 8.666/1993, bem como no art. 7º da Lei n.º 10.520/2002.

Ao constatar-se o mencionado alerta na certidão emitida pelo Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores, deve-se iniciar diligências para se comprovar ou descartar a possibilidade de fraude à licitação, conforme preconizado no art. 29 da Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril de 2018 emitida pelo SEGES/MGPD.

Descartada a possibilidade de ocorrência de ato ilícito por parte dos participantes da licitação, prossegue-se normalmente com as demais fases do certame, culminando na contratação de particulares pelo Poder Público. Contudo, caso haja indícios de que a pessoa jurídica foi constituída com fins contrários a lei, necessário se faz a instauração de processo administrativo autônomo em apartado, para que se possa comprovar a fraude e oportunizar ao licitante o exercício do direito de contraditório e ampla defesa. Nos autos, deve o órgão responsável apresentar os indícios de fraude que obstarão a participação do acusado em participar do certame e abrir-se prazo para a defesa do licitante.

Oportunizada a apresentação de defesa pelo particular suspeito de fraude, acaso comprovada a fraude apesar da juntada de defesa pelo licitante, vislumbra-se a necessidade de desqualificação da pessoa jurídica do certame em que participava, vez que deve-se observar nos procedimentos licitatórios os princípios da moralidade e da supremacia do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, adotou-se a desconsideração da personalidade jurídica para a extensão da penalidade de impedimento de licitar ou declaração de inidoneidade de uma pessoa jurídica a outra. Tal prática era observada frequentemente nos tribunais brasileiros, especialmente no Tribunal de Contas da União, contudo, não havia legislação específica que autorizasse a desconsideração da personalidade jurídica especificamente no âmbito do Direito Administrativo.

O cenário legislativo mudou com a promulgação da Lei n.º 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção, que visa à responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contrários a Administração Pública. A discriminação das condutas que seriam proibidas por este diploma legal consta no artigo 5º da LAC, onde, em seu inciso IV, alínea “e”, estipulou-se que constitui conduta ilícita a criação fraudulenta de pessoa jurídica para participar de licitação pública ou contrato administrativo.

Sendo esse proceder defeso em lei, ao observar-se sua consumação por particulares que objetivam contratar com o Poder Público, tem a Administração a prerrogativa incontestada de agir de modo a impedir que estes infratores consigam, de fato, firmar acordo com seus entes. Para tanto, o art. 14 da LAC permite a desconsideração da personalidade jurídica sempre que observada a prática de atos ilícitos por seus administradores ou sócios com poderes de administração.

Nesse sentido, aplicando-se a Lei Anticorrupção como norma autorizadora da desconsideração da personalidade jurídica em casos de fraude às licitações, restou-se estabelecer quais seriam os critérios que fundamentariam tal aplicação, visto que os dispositivos em menção falharam em os discriminar de maneira individualizada. Para tanto, extraíram-se os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica de entendimento doutrinário e análise jurisprudencial, esta última bem sumarizada por Victor Aguiar Jardim (2019).

Os critérios propostos no presente trabalho, em atenção ao quanto decidido nos acórdãos do TCU e trazidos pelo autor em menção, são (i) a identidade de sócios; (ii) a atuação das pessoas jurídicas no mesmo ramo de atividade; (iii) a transferência integral do acervo técnico e humano; e (iv) a posterioridade da data de constituição da nova pessoa jurídica à data de aplicação da sanção de impedimento, suspensão ou declaração de inidoneidade à pessoa jurídica correlata.

Pelo exposto, portanto, infere-se que, ao se observar ao menos dois dos critérios propostos, é possível a configuração da fraude por parte do licitante e a consequente necessidade de inabilitação do mesmo do certame licitatório por meio do uso da desconsideração da personalidade jurídica. Este instituto pode permitir sua exclusão do certame licitatório por meio da extensão da penalidade imposta a pessoa jurídica correlata a outra, aparentemente lícita, fazendo-se valer a auto executoriedade da Administração e punindo as pessoas físicas e/ou jurídicas que se utilizaram da autonomia patrimonial da pessoa jurídica com fins imorais ou ilícitos.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **Desconsideração da personalidade jurídica pelo Pregoeiro.** Jus, [S.l]: Fev. 2019. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/72376/desconsideracao-da-personalidade-juridica-pelo-pregoeiro> >. Acesso em: 28 jul. 2020.

BAHIA. Lei nº 9.433, de 1º de março de 2005. **Dispõe sobre as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia e dá outras providências.** Disponível em: < <http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-9433-de-01-de-marco-de-2005>>. Acesso em: 28 de abr. de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Brasil, DF: Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm >. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. **Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 28 de abr. de 2020.

BRASIL. Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril de 2018. **Estabelece regras de funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf, no âmbito do Poder Executivo Federal.** Disponível em: < <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/911-in-sicaf> >. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.494** - j. 11/11/2013 - DJe 13/11/2013 - Relator: Min. José Celso de Mello Filho, 13 de nov. de 2013. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n 947, p. 443, set. 2014. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017532d32baca3e78279&docguid=I2c928d00b0c311e3acc6010000000000&hitguid=I2c928d00b0c311e3acc6010000000000&spos=1&epos=1&td=0&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2.115/2015**. Relator: Min. Augusto Nardes. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2.115%252F2015/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=dcd704c0-04db-11eb-9fe9-156108c8e0fe>>. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Primeira Câmara). **Acórdão nº 4.481/2015**. Relator: Min. Bruno Dantas. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A4481%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=e1800a70-d728-11ea-9c5f-ff67d872cbc2>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1.209/2009**. Rel: Min. José Jorge. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1209%2520ANOACORDAO%253A2009/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=838ede20-0e21-11eb-b284-03270781352b>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1.092/2010**. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1092%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=e1800a70-d728-11ea-9c5f-ff67d872cbc2>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1831/2014**. Relator: Min. José Múcio Monteiro. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2268520138.PROC/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=ea55150-65f0-11e9-a05b-116c48346a6c>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Processo Administrativo nº 0007929-92.2016.5.04.0000**. Pregoeiro: Delcio Antonio Moretti. Porto Alegre: 2017. Disponível em: <http://iframe.trt4.jus.br/websisadmprd/Compras_web.licitacoes2?pSrlEditallicit=57479>. Acesso em: 02 out. 2020.

CARVALHO, Nathalia Vernet de Borba. **A desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução contra os sócios**. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** – 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo: Atlas, 2015.

CASTRO, Leonardo Bellini de. **Impactos sistêmicos e transversais da Lei Anticorrupção**. Dissertação (Mestrado em Ciências) - Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto: 2018. Disponível em: < <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-29052019-170548/pt-br.php>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GASPARINI, Diogenes. **Desconsideração Administrativa da Pessoa jurídica**. JML Consultoria & Colaboradores. Pinhais: 201-. Disponível em: <http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_5_8_06.pdf>. Acesso em: 29 de abr. de 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil, volume IV: responsabilidade civil** – 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética: 2010.

MACHADO, Ana Carolina Coura Vicente. **Como o pregoeiro deve proceder ao receber alerta do sistema eletrônico sobre a participação de empresa cujo sócio integra outra pessoa jurídica que tenha sido penalizada pela administração pública?** *Blog JML*: [S.l.]: 12 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.blogjml.com.br/?area=artigo&c=175be09b23ff021d6b37769ec972150d>> Acesso em: 31 jul. 2020.

PARENTONI, Leonardo. **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

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

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. DOTTI, Marinês Restelatto. **A desconsideração da personalidade jurídica em face de impedimentos para participar de licitações e contratar com a administração pública: limites jurisprudenciais**. [S.l.]: Revista do TCU, 2010. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/191>> Acesso em: 29 abr. 2020.

PINHO, Clóvis Alberto Bertollini de. **Desconsideração Administrativa da Personalidade Societária – Compatibilidades e Possibilidades da Lei Anticorrupção**. São Paulo: Revista Digital de Direito Administrativo, 2014. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/85271/92178/>>. Acesso em 29. abr. 2020.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v. 410, ano 58, 1969.

SISTEMA DE CADASTRAMENTO UNIFICADO DE FORNECEDORES. **Como realizar a consulta parametrizada de fornecedores. Compras governamentais**, [S.l.]: 2018. Disponível em: <https://tutoriais.comprasgovernamentais.gov.br/sicaf_governo/html/demo_8.html>. Acesso em: 30 set. 2020.

TOMAZETTE, Marlon. **Teoria geral e direito societário. Coleção Curso de Direito Empresarial**. V. 1 – 11. Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS. **Ata de divulgação do julgamento realizado sobre os documentos de habilitação vinculada à Tomada de Preços nº 001/2019**. Disponível em: <<https://www.tjam.jus.br/index.php/documentos-licitacao/editais-avisos-erratas-e-docs/licitacoes-2019/tomadas-de-precos/tomada-de-precos-n-001-2019/4362-tomada-de-precos-n-001-2019-ata-da-sessao-divulgacao-do-julgamento-da-cpl-a-habilitacao/file>>. Acesso em: 1 set. 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO. **Processo nº 23109005560201885. Pregão Eletrônico: 00075/2018**. [Aquisição de aparelhos de medição e orientação, fone de ouvido e outros]. Ouro Preto, 04 dez. 2018. Disponível em: <<http://comprasnet.gov.br/aceso.asp?url=/livre/Pregao/ata0.asp>>. Acesso em: 05 out. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral – 13. Ed.** São Paulo: Atlas, 2013.