



Universidade
de Brasília

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Milton Gomes da Silva Filho

**DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE
LICITANTE FRAUDADOR PELO TCU**
Alcance do sócio administrador

BRASÍLIA - DF
2013

Milton Gomes da Silva Filho

**DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE
LICITANTE FRAUDADOR PELO TCU**
Alcance do sócio administrador

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à
Universidade de Brasília para obtenção de título de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho

BRASÍLIA - DF
2013

Milton Gomes da Silva Filho

DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE LICITANTE FRAUDADOR PELO TCU,
alcance do sócio administrador.

Trabalho aprovado para a conclusão do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, 18 de dezembro de 2013.

Banca Examinadora:

Orientador: Professor Doutor Mamede Said Maia Filho.

Membro: Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes

Membro: Professor Mestre Bruno Rangel de Avelino da Silva

Membro Suplente: Professor Doutor George R. B. Galindo.

Agradecimentos:

A Deus, pela demonstração de tão grande amor pelo homem pecador; Aos meus pais, pelo exemplo de caráter e perseverança frente às dificuldades e limitações de uma existência; A minha amada mulher, Celinha, pelo seu amor e apoio incondicionais; e a nossos filhos, Ana Rafaela e Lucas, herança e alegria em nossa vida (que eles sejam como flechas e alcancem o que eu e a Celinha não conseguimos conquistar!). Também aos meus professores e, em especial, pelo orientador deste trabalho, pelo tempo, paciência, dedicação, determinação mesmo sob condições adversas na difícil arte de ensinar. Agradeço também a Sueli, auditora federal competente, que me auxiliou nessa desafiadora tarefa.

Resumo

O marco teórico do presente trabalho de conclusão de curso limita-se ao âmbito da declaração de inidoneidade para licitar (e contratar) com a Administração Pública, em especial àquela de competência do Tribunal de Contas da União (TCU). O tema desenvolvido é a possibilidade de o TCU declarar a inidoneidade de sócio administrador de empresa licitante que causou fraude a licitação. Essa questão se mostra relevante diante da crescente prática dessa Corte de Contas - e também da Administração Pública - de estender a sanção de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública a outras pessoas jurídicas que são criadas – ou utilizadas - para burlar a imputação dessa penalidade. O presente trabalho, utilizando-se de ensinamento doutrinário e pesquisa jurisprudencial, aborda a gravidade da fraude à licitação pública, a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito pátrio - em especial a possibilidade de ser utilizada no Direito Administrativo sancionador -, o instituto da declaração de inidoneidade e a possibilidade de o TCU atingir o sócio administrador de empresa licitante com essa sanção.

Palavras-chave: Atos “ultra vires”; desconsideração da personalidade jurídica; fraude; licitação e contratos; Tribunal de Contas da União.

Abstract

The theoretical framework of this study is limited to the scope of the declaration of blacklisting to take part in public bid, in particular related to the jurisdiction of the Federal Court of Audit (TCU). The theme developed is the possibility of TCU declare the blacklisting of managing partner of the bidder company who frauds a bid. That question shows relevance given the growing practice of that Court - and also the Public Administration - to extend the sanction of blacklisting to bid and contract with the Public Administration to other entities that are created - and used - to circumvent the imputation of that penalty. The present work, using the doctrinal teaching and jurisprudential research, addresses the seriousness of the fraud to public bidding, the use of the theory of piercing the corporate veil in Brazilian law - in particular the possibility of been used in sanctioning administrative law - the institute of declaration of blacklisting and the possibility of TCU smite the managing partner of the bidder company with such a penalty.

Keywords: Brazilian Federal Court of Audits; disregard doctrine; fraud; public bidding; “ultra vires” acts.

 SUMÁRIO

Lista de Tabelas	7
Introdução	8
1. Fraude à Licitação	10
1.1 Conceito de Licitação Pública	10
1.2 Conceito de Fraude	12
1.3 Licitação e Contratação Públicas e Fraude	14
2. Declaração de Inidoneidade	20
2.1 Previsão em leis nacionais	20
2.2 Previsão em leis orgânicas de tribunais de contas	23
2.3 Considerações acerca da declaração de inidoneidade de competência do TCU	23
3. Desconsideração da Personalidade Jurídica	28
3.1 Sujeito de Direito	28
3.2 Pessoa Jurídica	28
3.3 Histórico	34
3.4 Fundamentação	35
3.5 Concepções Subjetivista e Objetivista	36
3.6 Teorias Maior e Menor	37
3.7 Histórico no Direito Brasileiro	38
4. Juntando as peças: é possível o TCU declarar a inidoneidade de sócio administrador?	41
4.1 A Utilização da <i>Disregard Doctrine</i> pelo TCU para Resarcimento de Danos Causados à União	41
4.2 A Possibilidade da Utilização da <i>Disregard Doctrine</i> na Aplicação de Sanção Administrativa	45
4.3 A Utilização da <i>Disregard Doctrine</i> na Declaração de Inidoneidade pelo TCU	52
Conclusão	64
Referências	67

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Penalidades administrativas previstas na Lei 8.666/1993	18
Tabela 2 - Relação de leis nacionais que preveem sanção de proibição de licitar e contratar com a Administração Pública	20
Tabela 3 - Relação exemplificativa de leis orgânicas que preveem sanção de proibição de licitar e contratar com a Administração Pública	23
Tabela 4 - Relação de leis brasileiras prevendo a <i>disregard doctrine</i> .	39
Tabela 5 - Relação de leis estaduais que preveem o alcance dos sócios nas sanções para empresas licitantes/contratadas	48
Tabela 6 – Relação dos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional com proposta de alteração na Lei 8.666/1993, para alcançar sócios e administradores de empresas em algumas sanções administrativas.	50

Introdução

A questão da fraude parece ser uma doença endêmica no Brasil. Quando se trata, então, de fraude à Administração Pública, em especial relativa à licitação ou a contrato administrativo, parece ser interminável o número de tentativas e de casos ocorridos, mormente levando-se em conta que o governo federal é o maior comprador de bens e serviços no Brasil.

A situação foi bem abordada por Geraldo Macedo, que assim se manifestou sobre o tema:

A quantidade de falcaturas chegou a um nível tão grande, que a imprensa praticamente foca sua atenção de forma prioritária nas denúncias, tanto oriundas de fontes próprias, quanto naquelas resultantes de investigações policiais e administrativas. Até parece que não haverá solução, mas algumas providências ainda podem ser tomadas, conforme pretende registrar esse trabalho. Essas providências podem ser internas e administrativas e também oriundas dos próprios entes privados que, num entendimento inicial, seriam agentes ativos dos delitos de fraude (MACEDO, 2009 p. 5).

O tema escolhido para desenvolvimento do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade de Brasília traz à lume, portanto, problema atual a ser enfrentado pelos operadores do Direito Administrativo: como combater efetivamente a fraude contra a Administração Pública enquanto adquirente de bens e serviços?

O presente trabalho foca especificamente uma ferramenta prevista na lei orgânica do Tribunal de Contas da União (TCU) - Lei n. 8.443/1992: a declaração de inidoneidade de licitante fraudador para licitar com a Administração Pública ou com ela celebrar contrato.

Esse tópico assume maior relevância considerando que frequentemente a Administração Pública, o TCU e até o Poder Judiciário têm se confrontando com situações em que sócios de empresas apenadas com a proibição de licitar e de contratar com os órgãos e entidades públicas têm buscado formas de burlar essa sanção, a exemplo de criarem nova pessoa jurídica mediante a qual podem livremente participar de licitação ou mesmo serem contratadas por esses entes. Alguns até usam mecanismos mais elaborado em que criam mais de uma pessoa jurídica e quando uma delas fica impedida, partem para utilizar outra empresa na busca de transacionar com o Estado.

A hipótese analisada neste trabalho é a possibilidade de o TCU declarar inidôneo sócio administrador ou administrador de empresa licitante e, caso positivo, em que situações e sob quais condições.

Objetivando apresentar as análises e conclusões realizadas, apresenta-se inicialmente algumas considerações sobre fraude, licitações públicas e fraude à licitação (Capítulo 2). Em

seguida aborda-se a penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, quanto à sua natureza e sua previsão legal (Capítulo 3). Por fim, finalizando os temas introdutórios, discute-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) quanto à sua origem, introdução no Direito brasileiro e aplicações (Capítulo 4).

Com esse arcabouço teórico e instrumental, busca-se, então, estudar como a *disregard doctrine* tem sido utilizada pelo TCU para responsabilização por danos causados à União, bem como para a declaração de inidoneidade de empresas licitantes por fraude à licitação, para, em seguida, analisar a possibilidade e a conveniência de também alcançar os sócios administradores dessas empresas nessa sanção (Capítulo 5).

Por fim, este trabalho tem como método o estudo dogmático. Parte-se da norma para analisá-la e criticá-la. Para tanto, realizou-se levantamento bibliográfico que aborde o tema ora analisado, além de pesquisar a legislação nacional e os projetos de lei que normatizam, direta ou diretamente, os atos jurídicos de interesse sobre esse assunto.

1. Fraude à Licitação.

Talvez o ato lesivo a patrimônio alheio mais perigoso seja mesmo a fraude. Por exemplo, o furto e o roubo são de fácil detecção, pois, naquele, a vítima toma conhecimento da subtração ao seu patrimônio quer por sinais exteriores (ex.: arrombamento) quer por sinais interiores (ex.: subtração de um bem sem o seu consentimento), e neste a vítima já visualiza em tempo real a retirada, de forma violenta ou ameaçadora, de bens de seu patrimônio. Com a fraude ocorre algo diferente: a vítima consente com ato que lhe subtrai o patrimônio achando que um negócio está sendo feito (licitamente), mas, na verdade, está sendo enganada.

De acordo com estudos realizados em 2012 pela Universidade de Portsmouth, no Reino Unido, os diversos tipos de fraude têm uma coisa em comum: o uso do engano como o seu principal *modus operandi*. Além disso, é destacado que, segundo indicadores anuais da Autoridade Nacional de Fraude, o custo da fraude no Reino Unido em 2012 foi da ordem de £73 bilhões, valor que representa o dobro do calculado no ano anterior (embora alerte que o método de cálculo foi alterado). Conclui, então, juntamente com dados de relatório de 2012 da KPMG (que também mostravam que as perdas com fraude haviam passado de £1,5 bilhões para £3,5 bilhões), que os infratores estão achando mais rentável cometer fraude do que crimes físicos tradicionais, como roubo (BUTTON, 2012 p. 13).

No Brasil, de acordo com Geraldo Pinheiro e Luis Roberto Cunha, dados da GBE - Peritos & Investigadores Contábeis, de 1997, mostram que as perdas com fraudes nas empresas brasileiras estariam entre 6% e 7% do seu faturamento (PINHEIRO e CUNHA, 2003 p. 36).

No caso da Administração Pública, a fraude adquire contornos ainda graves, pois envolve dinheiro público, que está sob responsabilidade de gestores públicos, e muitas vezes os controles internos implementados são incipientes, permitindo que terceiros, usuários ou mesmo funcionários públicos se beneficiem fraudulentamente de recursos públicos, levando-se um bom tempo para que se percebe o esquema realizado.

Nesse ponto, convém que se apresente o conceito de fraude e seus desdobramentos especificamente nas licitações públicas.

1.1 Conceito de Licitação Pública.

Celso Antônio Bandeira de Mello define licitação pública como sendo o processo administrativo mediante o qual uma instituição estatal, desejando, entre outros, alienar,

adquirir ou locar bens, e executar obras ou serviços, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de escolher a que se mostre mais conveniente em função de critérios previamente estabelecidos e divulgados (MELLO, 2000 p. 456).

Acrescenta-se ainda a tal conceito alguns outros elementos. Geraldo Macedo ensina ainda que a licitação é a forma constitucionalmente prevista (art. 37, XXI) para que a Administração Pública “realize a contratação de obras e serviços na tentativa da observância de diversas garantias e princípios, dentre eles a livre concorrência, a isonomia entre os concorrentes e, sobretudo, a obtenção da proposta que ofereça maiores vantagens para a Administração” (MACEDO, 2009 pp. 3-4).

Por sua vez, Alexandre de Moraes afirma que a licitação pública, em regra obrigatória, implementa o princípio da legalidade e o da igualdade de possibilidades de contratar com o Poder Público, buscando afastar, com isso, o arbítrio e o favorecimento pessoal ilícito (MORAES, 2010 pp. 363-366).

Esse dispositivo constitucional é regulamentado pela Lei 8.666, de 21/6/1993, instituindo normas gerais para as licitações e contratos da Administração Pública de todos os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O processo licitatório se rege por diversos princípios, alguns de espeque constitucional, como os da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da eficiência e da isonomia entre os licitantes¹, outros introduzidos por leis ordinárias, a exemplo do art. 3º da Lei de Licitações e Contratos, que prevê expressamente os princípios da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, do desenvolvimento nacional sustentável, da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e outros correlatos². Entre esses princípios correlatos, o TCU entende existir o da competitividade, conforme se verifica no seguinte excerto do voto do Ministro Relator Marcos Bemquerer do Acórdão 775/2011-TCU-Plenário³:

10. De ressaltar que a competitividade está associada à efetiva disputa entre os participantes do certame. No caso, observa-se que devido ao fato de as licitantes pertencerem aos mesmos proprietários parentes vai prevalecer o interesse do grupo societário como um todo em detrimento dos interesses isolados de cada empresa, o que afasta a real disputa entre elas.
(...)

¹ Art. 37, *caput* e inciso XXI, CF/88.

² No âmbito federal, a Lei 9.784/1999 (Lei do processo administrativo), aplicável à espécie de licitações e contratos administrativos, inclui os princípios da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público (art. 2º).

³ No mesmo sentido a ementa do seguinte julgado (Acórdão 1.734/2009-TCU-Plenário. Ministro Relator: Raimundo Carreiro. Julgado em 5/8/2009. Publicado no DOU de 7/8/2009):

PEDIDO DE REEXAME. REPRESENTAÇÃO. TRT-AM. PREGÃO PRESENCIAL. DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTES COM RESTRIÇÃO A COMPETITIVIDADE. SUSPENSÃO CAUTELAR DO PREGÃO. DETERMINAÇÃO PARA ANULAR A DESCLASSIFICAÇÃO DE EMPRESAS E A AJUDICAÇÃO DO OBJETO, COM POSTERIOR SEGUIMENTO DO CERTAME. CONHECIMENTO DO RECURSO. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA À RECORRENTE E AO ÓRGÃO INTERESSADO.

1. A licitação não deve perder seu objetivo principal, que é obter a proposta mais vantajosa à Administração, mediante ampla competitividade, a teor do art. 3º, *caput*, da Lei 8.666/93.

13. Segundo o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da competitividade é da essência da licitação, tanto é que a lei o encarece em alguns dispositivos, como no art. 3º, § 1º, inc. I, e no art. 90, todos da Lei n. 8.666/1993 (Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 25ª ed, 2008, p. 526).

14. Sobre o princípio em foco, esclarece José dos Santos Carvalho Filho: “deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se faça da melhor forma possível. Fácil é verificar que, sem a competição, estaria comprometido o próprio princípio da igualdade, já que alguns se beneficiarão à custa do prejuízo dos outros.” (Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 23ª ed., 2010, p. 268).

15. Assim, os incontestáveis vínculos entre as licitantes comprovam a inexistência de real competição no certame, norteadora das licitações públicas.

1.2 Conceito de Fraude.

Há na literatura especializada diversos conceito de fraude. Donald Fulwider, por exemplo, define fraude como

um tipo de ato ilegal no qual o agente obtém algo de valor mediante uma declaração falsa intencional. A fraude ocorre usualmente dentro do contexto das transações de negócios legítimas, e se leva a cabo de tal maneira que o negócio legítimo inconscientemente a oculta⁴ (FULWIDER, 1999 p. 13).

Inaldo Soares, por sua vez, conceitua fraude como sendo o “logro, engano, dolo, abuso de confiança, contrabando, manobra enganosa para enganar alguém; obtenção de vantagens de forma ilícita” (SOARES, 2005 p. 77).

Luiz Nunes Pegoraro apresenta um conceito bastante conciso e completo de fraude, ao considerá-la como sendo o “engano, malicioso, promovido por má-fé, a fim de ocultar a verdade ou fuga ao cumprimento do dever, provocando lesão a terceiros ou a coletividade” (PEGORARO, 2010 p. 74).

Henry Black, responsável pelo dicionário jurídico de maior referência nos EUA, define fraude como sendo

um termo genérico que engloba todos os multiformes meios que a capacidade humana pode criar para serem usados por alguém para tirar vantagem de outrem com sugestões falsas ou com omissão da verdade, e inclui toda surpresa, artifício, astúcia, engano ou qualquer meio injusto pelos quais o outro é ludibriado⁵ (BLACK, 1968 p. 788).

O conceito de fraude no direito norte-americano, lembra Alexandre Silva, é mais amplo do que no brasileiro, “abrangendo os conceitos de erro, dolo, simulação e fraude contra credores” (SILVA, 2009 p. 78). Mas tal fato não impede que seja utilizado mencionado conceito no presente trabalho, desde que sejam feitas, se preciso, as devidas restrições.

⁴ “Fraud is defined as a type of illegal act in which the perpetrator obtains something of value through willful misrepresentation. Fraud usually occurs within the context of legitimate business transactions and is carried out in such a manner that legitimate business unwittingly conceals it”

⁵ “A generic term, embracing all multifarious means which human ingenuity can devise, and which are resorted to by one individual to get advantage over another by false suggestions or by suppression of truth, and includes all surprise, trick, cunning, dissembling, and any unfair way by which another is cheated”.

Weser Ferreira Neto acrescenta ainda que a fraude

é gerada por um impostor, seja pessoa física (empresário, sócio, empregado ou representante legal) ou pela sociedade limitada (pessoa jurídica), a qual, de “fachada”, é utilizada como meio ou instrumento, em atividades ou “negociatas” com direcionamento visando a falsear um comportamento, seja burlando ou enganando terceiros, no objetivo de obter vantagens ilícitas (FERREIRA NETO, 2011).

De todas essas definições, podem ser extraídos os seguintes elementos ou características acerca da fraude: intencional, visa tirar vantagem de outrem por meio de engano e pode ser perpetrado por pessoa física ou jurídica.

Embora a fraude implique levar outra pessoa ao erro, com este não se confunde. Júnio César lembra que a fraude é um ato intencional de omissão ou manipulação de atos, fatos ou registros visando obter vantagens ilícitas de outrem (ação ou omissão dolosa), enquanto o mero erro é um ato não intencional que pode acabar causando as mesmas consequências (ação ou omissão culposa *stricto sensu*) (QUEIROZ, 2004).

Donald Fulwider apresenta alguns exemplos de indicadores, sinais e padrões de ocorrência de fraude (FULWIDER, 1999 pp. 13-14):

- a) *gerência fraca*: inclui a falha em fazer com que os subordinados cumpram os controles existentes, a supervisão inadequada do processo de controle e as falhas em atuar sobre a fraude;
- b) *controles internos frouxos*: segregação inadequada de tarefas envolvendo o manuseio do caixa, controle de estoque, compras/contratação e sistemas de pagamento permitem que o agente cometa fraude;
- c) *histórico de irregularidades*: auditorias e investigações realizadas, com achados de atividade questionável ou criminal, são muito úteis como fonte para onde focar as auditorias correntes;
- d) *liderança antiética*: executivos que não seguem as regras e focam em logro pessoal, em vez das metas da organização, podem estar envolvidos em atividades fraudulentas;
- e) *promessa de ganho com pouca probabilidade de ser pego*: quando um agente trabalha em um ambiente de gerência fraca, controles internos frouxos e grande número de transações, ele tem ampla oportunidade de tirar proveito da situação para benefício próprio;
- f) *decisões e/ou transações não explicadas*: transações que são extraordinárias e não satisfatoriamente explicadas (ex.: ajustes sem explicações plausíveis no estoque e nas contas a receber são sinais frequentes de atividade fraudulenta);

- g) *falha em seguir a assessoria jurídica ou a técnica*: não acatamento injustificadamente de pareceres jurídicos e/ou técnicos pode ser uma evidência de fraude; e,
- h) *documentos adulterados ou retirados*: algumas vezes o agente inclui informações errôneas e entra com dados falsos nos registros facilmente perceptíveis. Contudo, o agente não toma o cuidado de ocultar as mudanças. Incluem-se aqui o fornecimento tardio de informações sem justificativa, não fornecimento da documentação solicitada, criação de documentação após o fato e destruição de documentos.

Convém mencionar também que Júnio Queiroz diferencia fraude de corrupção nos seguintes termos:

Sempre haverá algum tipo de fraude quando for constatada corrupção, mas nem sempre onde houver fraude haverá corrupção. (...)De acordo com o relatório (KROLL BRASIL; TRANSPARÊNCIA BRASIL, 2003, p. 5), a corrupção foi definida como o uso de um cargo público para benefício particular, o que importa dizer que sempre haverá a participação de um agente público e de um agente particular. Nesse sentido, o primeiro age no lado da corrupção passiva e o segundo, na corrupção ativa, pois um 'dá' e o outro 'recebe', ou um facilita e o outro atua, ambos dividindo o ganho. Já a fraude foi definida como o processo de enriquecimento ilícito ocorrido inteiramente no âmbito privado. (...)

Quanto à fraude, as expressões referentes a 'enriquecimento ilícito' e 'no âmbito privado', (sic) devem ser entendidas como o enriquecimento pessoal ou particular de uma ou mais pessoas, sejam agentes públicos ou privados, isoladamente, decorrente da prática do ato ilícito. Ou seja, não há incidência de ambos nessa relação – o agente público e o privado – pois nesse caso não seria fraude e sim corrupção (QUEIROZ, 2004 pp. 40-41).

1.3 Licitação e Contratação Públicas e Fraude.

Pululam na mídia e na Internet reportagens tratando de esquemas fraudulentos montados para subtrair recursos públicos ilicitamente do Estado. Operações realizadas pela Polícia Federal durante os últimos dez anos (exemplo: Operação Sanguessuga⁶, Operação Trucatto⁷, Operação Suserano⁸, Operação Caríbdis⁹ e Operação Esopo¹⁰) mostram que a

⁶ “De acordo com a PF [Polícia Federal], o esquema funcionava desde 2001 e consistia na oferta, por parte da empresa Planam, do Mato Grosso do Sul, de ambulâncias para as prefeituras de todo o País e empresas não-governamentais que recebem ajuda do governo. As compras eram feitas por meio de licitações irregulares, a valores superfaturados” (Fonte: <http://www.estadao.com.br/arquivo/nacional/2006/not20060524p57676.htm>. Acesso em: 30/set./2013).

⁷ “A operação é resultado de investigação iniciada há cerca de dois anos, sobre um esquema de empresas que participam de pregões eletrônicos em diversos estados, utilizando ‘laranjas’ para fraudar o princípio da concorrência pública” (Fonte: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2011/11/receita-e-policia-federal-investigam-fraude-a-licitacoes-publicas-em-tres-estados>. Acesso em: 30/set./2013).

⁸ “Oito pessoas já foram indiciadas pela Polícia Federal por envolvimento em fraudes e dispensa indevida de licitação investigadas na Operação Suserano, deflagrada na manhã desta quinta-feira (19). A Controladoria-Geral da União, PF [Polícia Federal] e Receita Federal apuraram o desvio de pelo menos R\$ 13 milhões de recursos da Educação no município de Coruripe, distante 130 km de Maceió” (Fonte: <http://tnh1.ne10.uol.com.br/noticia/maceio/2013/09/19/266657/pf-indicia-8-pessoas-envolvidas-em-fraude-milionaria-no-fundeb>. Acesso em: 30/set./2013).

fraude contra a Administração Pública, em especial em licitações e contratações, está longe de acabar.

Os relatórios da Controladoria-Geral da União (CGU) vinculados ao programa de Sorteio dos Municípios também concluem que as fraudes em licitações continuavam em 2010 liderando as irregularidades encontradas nas fiscalizações aos municípios (CASTRO, 2010).

Inaldo Soares elenca várias situações potenciais de fraude no ambiente de licitação (SOARES, 2005 pp. 115-119):

- a) *documentos falsos na habilitação*: a exemplo de certidão falsa do INSS do beneficiário, autenticação falsa de documentos e atestados falsos de capacidade técnica;
- b) *carteis*: cartel é o acordo comercial entre empresas que, “embora conservem a autonomia interna, organizam-se em sindicato para distribuir entre si cotas de produção e os mercados, e determinar os preços, suprimindo a livre concorrência”;
- c) *licitação direcionada*: é a licitação ajustada entre as partes, envolvendo necessariamente funcionários da Administração Pública, pois “sua origem nasce na formatura (confecção) do projeto básico ou na elaboração do edital, tendo seqüência nas demais fases do processo”. Geraldo Macedo explica que o órgão público, nesse caso, pode deixar de publicar a convocação da licitação, descumprindo o exigido no art. 21 da Lei 8.666/1993 (MACEDO, 2009 p. 26) ¹¹.

⁹ “De acordo com nota divulgada pela PF [Polícia Federal], as investigações apontam suspeitas de irregularidades no processo licitatório envolvendo empresas privadas e a prefeitura de São João de Meriti. As companhias participavam da concorrência pública para fornecer alimentos a creches e escolas municipais e a entidades filantrópicas beneficiadas pelo Programa Nacional de Alimentação Escolar para o Ensino Fundamental e Creche (Pnae/Pnac)” (Fonte: http://www.jcom.com.br/noticia/139197/Policia_Federal_faz_operacao_para_combater_fraudes_em_licitacoes_no_Rio. Acesso em: 30/set./2013).

¹⁰ “As investigações tiveram início há dois anos, decorrente da suspeita de participação de empresas parceiras em processos licitatórios. Movimentações financeiras expressivas em espécie nas contas destas empresas serviam para dissimular a origem do dinheiro e faziam com que ele voltasse às mãos do mentor do esquema já com aparência lícita” (Fonte: http://www.receita.fazenda.gov.br/AutomaticoSRFSinot/2013/09/09/2013_09_09_11_03_19_708523843.html. Acesso em: 30/set./2013).

¹¹ Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º O aviso publicado conterá a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.

§ 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I - quarenta e cinco dias para: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) concurso; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - trinta dias para: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) concorrência, nos casos não especificados na alínea “b” do inciso anterior; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea “b” do inciso anterior, ou leilão; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Outra possibilidade que aponta é, em compras de menor valor, o responsável pela licitação “escolher sempre as mesmas empresas ou chamar duas que não conseguirão competir com o fornecedor beneficiado pelo acordo”;

- d) *superfaturamento de preços*: “cotar preço acima do efetivamente cobrado no mercado”, em geral visando a “burlar as normas de compra e venda, sendo o excesso utilizado como 'caixa 2’”;
 - e) *dispensa indevida de licitação*: enquadramento indevido nas hipóteses do art. 24 da Lei 8.666/1993;
 - f) *fracionamento indevido de despesas*: “quando o agente público busca favorecer pessoas ou empresas nas aquisições de bens e serviços utilizados nas repartições periódicas de bens e serviços em pequena escala financeira na gestão da entidade”. Ou, nas palavras de Geraldo Macedo, quando se fraciona uma aquisição de maior monta para fugir das modalidades de licitações rigorosas, utilizando-se a modalidade Carta-Convite, quando o funcionário público pode chamar apenas três empresas licitantes, já combinadas entre si sobre quem será o vencedor (MACEDO, 2009 p. 27);
 - g) *casos indevidamente configurados como emergência* (art. 24, III e IV, da Lei 8.666/1993);
 - h) *rol de exigências no edital em grau maior do que o necessário*: essa prática visa a excluir indevidamente a participação de um ou mais concorrentes ao se incluir requisitos desnecessários. procura beneficiar determinado fornecedor com o uso de artimanhas, tais como exigências técnicas combinadas, que terminam por eliminar os outros concorrentes. A estratégia mais comum, segundo Geraldo Macedo, é a exigência de qualificações técnicas muito detalhadas e específicas para um serviço ou produto, beneficiando apenas um dos concorrentes (MACEDO, 2009 p. 26);
 - i) *violação de propostas*: quando agentes públicos violam ou permitem que se viole as propostas dos licitantes para favorecer um deles. Pode “ser evidenciada com bastante facilidade, bastando verificar os envelopes dos participantes da licitação”;
- e,
- j) *apropriação indébita no sistema de compra*.

IV - cinco dias úteis para convite. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Júnio César menciona outras possibilidades de fraude em processos licitatórios (QUEIROZ, 2004 pp. 109-110):

- a) pagamento antecipado de despesas;
- b) participação de empresas fantasmas ou constituídas com uso de “laranjas” na licitação;
- c) empresas concorrentes controladas pela mesma pessoa¹²; e,
- d) licitações realizadas em um único dia, demonstrando uma improvável eficiência administrativa.

A Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/1993) trata em dois momentos acerca de sanções aplicáveis a licitantes ou contratadas: diretamente, quando elenca os crimes e respectivas penas (arts. 89 a 98), e indiretamente, quando comenta acerca das sanções administrativas (arts. 86 a 88).

Em relação aos tipos penais envolvendo fraude, cabe destacar o do art. 90 dessa lei¹³ que trata especificamente de fraudes perpetradas por meio de combinações ou ajustes, prévios ou posteriores, entre a Administração Pública compradora e os fornecedores, visando à obtenção de vantagens indevidas e ao aniquilamento do caráter competitivo da licitação (MACEDO, 2009 p. 32).

Considerando que o foco deste trabalho não é a fraude enquanto figura penal, passa-se a analisar as sanções na esfera administrativa decorrente desse ato ilícito.

Os artigos 86 a 88 da Lei 8.666/1993 estabelecem as seguintes penalidades administrativas aplicáveis a empresas contratadas, conforme Tabela 1:

¹² ou com sócios em comum ou com parentesco entre os sócios.

¹³ Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa

Tabela 1 - Penalidades administrativas previstas na Lei 8.666/1993

Penalidade	Situação aplicável
a) advertência	* atraso injustificado na execução do contrato; ou * inexecução total ou parcial do contrato.
b) multa	* atraso injustificado na execução do contrato; ou * inexecução total ou parcial do contrato;
c) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração	* atraso injustificado na execução do contrato; * inexecução total ou parcial do contrato; * condenação definitiva por praticar, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; * prática de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; ou * caracterização de não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.
d) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública	* atraso injustificado na execução do contrato; * inexecução total ou parcial do contrato; * condenação definitiva por praticar, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; * prática de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; ou * caracterização de não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Percebe-se, assim, a possibilidade de a Administração Pública poder aplicar penalidade administrativa ao licitante ou contratado que pratique fraude contra ela, nas suas diversas formas possíveis e imagináveis, inclusive aquelas elencadas nos artigos 89 a 98:

- a) fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório;
- b) devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório;
- c) afastar ou procura afastar licitante, por meio de fraude;
- d) elevar arbitrariamente os preços oferecidos (sobrepço ou superfaturamento);
- e) vender, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;
- f) entregar uma mercadoria por outra (de valor ou características inferiores ao ofertado na licitação);
- g) alterar substância, qualidade ou quantidade da mercadoria (ou serviço) fornecida;
- e,
- h) tornar, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato.

Urge também comentar acerca da dificuldade em se obter provas comprobatórias da ocorrência de fraude. Considerando a natureza sorradeira e enganosa dessa irregularidade, em geral nem sempre é fácil se levantar e obter provas contundentes a comprovar a sua ocorrência. Júnio Queiroz explica:

Nos casos de fraude contra a Administração Pública é extremamente difícil a produção de provas pelo auditor contra aqueles que praticam procedimentos planejados astutamente com uso de tecnologias complexas e meios que transcendem as possibilidades reais de apuração mediante procedimentos de auditoria não integrados com autoridades policiais. Assim, por vezes, a prova documental não pode ser obtida, apesar de ser a única admitida nos Tribunais de contas (QUEIROZ, 2004 p. 57).

O TCU, sensível a essa realidade, tem aceitado a prova indiciária para fundamentar deliberação que reconheça a ocorrência de fraude¹⁴.

O próximo capítulo tratará especificamente da sanção de declaração de inidoneidade.

¹⁴ Nesse sentido, exemplificativamente, vide os seguintes excertos de votos do Ministro Ubiratan Aguiar:

a) “Uma outra relevante questão a ser enfrentada diz respeito a um possível conluio entre as empresas, o que representaria uma fraude à licitação, podendo levar à declaração de inidoneidade das empresas envolvidas, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443/92. O ACE responsável pela inspeção e pela análise das razões de justificativa apresentadas registra que existem fortes indícios de fraude à licitação, ‘porém seriam necessárias provas inquestionáveis para comprovar fraude à licitação e como consequência ser declarada a inidoneidade dos licitantes, conforme art. 46 da Lei nº 8.443/92’ (...). Entendo que prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtido, uma vez que, quando ‘acertos’ desse tipo ocorrem, não se faz, por óbvio, qualquer tipo de registro escrito. Uma outra forma de comprovação seria a escuta telefônica, procedimento que não é utilizado nas atividades deste Tribunal. Assim, possivelmente, se o Tribunal só fosse declarar a inidoneidade de empresas a partir de ‘provas inquestionáveis’, como defende o Analista, o art. 46 se tornaria praticamente ‘letra morta’.

(...) O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 68.006-MG, manifestou o entendimento de que ‘indícios vários e coincidentes são prova’. Tal entendimento vem sendo utilizado pelo Tribunal em diversas situações, como nos Acórdãos-Plenário nºs 113/95, 220/99 e 331/02. Há que verificar, portanto, no caso concreto, quais são os indícios e se eles são suficientes para constituir prova do que se alega. Considero, neste caso, que são vários os indícios, abaixo especificados, que indicam que a licitação foi fraudada, que não se tratou de um certame efetivamente competitivo (...).” (Acórdão 57/2003-TCU-Plenário. Ministro Relator Ubiratan Aguiar. Julgado em 5/2/2003. Publicado no DOU de 25/2/2003); e

b) “Conquanto o referido posicionamento permaneça válido relativamente à oitava das empresas, o perfeito entendimento do cenário de baixa competitividade em que ocorreram os certames se transforma em elemento adicional para que se possa firmar convicção acerca do conjunto probatório da existência de um esquema deliberadamente construído para possibilitar a subtração de recursos públicos. Neste sentido, lembro que a prova indiciária é amplamente utilizada em nosso país, consagrada no entendimento do STF manifestado no RE 68.006-MG no sentido de que ‘indícios são provas, se vários, convergentes e concordantes’ (Acórdão 1.267/2011-TCU-Plenário. Ministro Relator Ubiratan Aguiar. Julgado em 18/5/2011. Publicado no DOU de 26/5/2011).

2. Declaração de inidoneidade

O sistema jurídico pátrio prevê em diversas leis a possibilidade de ser aplicado a um licitante (vencedor ou não do certame licitatório) a penalidade no sentido da sua impossibilidade de participar de licitação pública e, conseqüentemente, de ser contratado pela Administração Pública, durante o período imposto.

2.1 Previsão em leis nacionais.

A Tabela 2, a seguir, mostra essas diferentes legislações nacionais, esclarecendo a natureza da penalidade de inidoneidade para (ou proibição de) licitar e contratar com a Administração Pública, de acordo com levantamentos realizados por Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Dotti (PEREIRA JUNIOR e DOTTI, 2012), pela Procuradora de Justiça do Estado de São Paulo Evelise Pedroso Teixeira Prado Vieira (VIEIRA, 2012), por Gustavo Massa (MASSA, 2009) e pelo autor deste trabalho:

Tabela 2 - Relação de leis nacionais que preveem sanção de proibição de licitar e contratar com a Administração Pública

Natureza	Normativo	Enfoque
Administrativo	a) Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) ¹⁵ ; b) Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) ¹⁶ ;	Gestão da execução da licitação pública e do contrato administrativo

¹⁵ Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos licitantes convocados nos termos do art. 64, § 2º desta Lei, que não aceitarem a contratação, nas mesmas condições propostas pelo primeiro adjudicatário, inclusive quanto ao prazo e preço.
(...)

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.

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

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

¹⁶ 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

Natureza	Normativo	Enfoque
	c) Lei 12.232/2010 (Lei de Licitação e Contratação de Serviços de Publicidade) ¹⁷ ; d) Lei 10.683/2003 (Lei organização da Presidência da República e dos Ministérios) ¹⁸ ; e) Lei 12.462/2011 (Lei do Regime diferenciado de contratação pública – RDC) ¹⁹ .	
Administrativo	a) Lei 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) ^{20,21} .	Defesa da livre concorrência
Juízo cível	Lei 8.429/1992 (Lei da Improbidade Administrativa) ²²	Probidade no exercício de mandato, cargo, emprego ou

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.

¹⁷ Art. 18. É facultativa a concessão de planos de incentivo por veículo de divulgação e sua aceitação por agência de propaganda, e os frutos deles resultantes constituem, para todos os fins de direito, receita própria da agência e não estão compreendidos na obrigação estabelecida no parágrafo único do art. 15 desta Lei.

§1º (...)

§2º As agências de propaganda não poderão, em nenhum caso, sobrepor os planos de incentivo aos interesses dos contratantes, preterindo veículos de divulgação que não os concedam ou priorizando os que os ofereçam, devendo sempre conduzir-se na orientação da escolha desses veículos de acordo com pesquisas e dados técnicos comprovados.

§3º O desrespeito ao disposto no §2º deste artigo constituirá grave violação aos deveres contratuais por parte da agência contratada e a submeterá a processo administrativo em que, uma vez comprovado o comportamento injustificado, implicará a aplicação das sanções previstas no caput do art. 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

¹⁸ Art. 18. À Controladoria-Geral da União, no exercício de sua competência, cabe dar o devido andamento às representações ou denúncias fundamentadas que receber, relativas a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, velando por seu integral deslinde.

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

¹⁹ Art. 47. Ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que:

I - convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei;

II - deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;

III - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

IV - não mantiver a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado;

V - fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;

VI - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou

VII - der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

§ 1º A aplicação da sanção de que trata o caput deste artigo implicará ainda o descredenciamento do licitante, pelo prazo estabelecido no caput deste artigo, dos sistemas de cadastramento dos entes federativos que compõem a Autoridade Pública Olímpica.

§ 2º As sanções administrativas, criminais e demais regras previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se às licitações e aos contratos regidos por esta Lei.

²⁰ Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - (...)

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

(...)

²¹ Essa mesma previsão constava do art. 24 da Lei 8.884/1994, revogada pela Lei 12.529/2011:

Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - (...);

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

(...)

²² Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

(...)

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009)

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo

Natureza	Normativo	Enfoque
		função na Administração Pública
Juízo eleitoral	Lei 9.504/1997 (Lei eleitoral) ²³	Lisura e justiça no financiamento de campanha eleitoral
Administrativo	Lei 9.605/1998 (Lei sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente) ²⁴	Preservação do meio ambiente
Administrativo	Lei 12.527/2011 (Lei de acesso à informação) ²⁵	Devidos tratamento e divulgação de informações sob responsabilidade do Poder Público

Evelise Vieira lembra que não existe um critério científico para diferenciação das mencionadas sanções e seus efeitos, pois “nos diversos diplomas ora é prevista a proibição, ora o impedimento, ora inidoneidade, sem que seja possível atribuir, a cada um destes termos, conteúdo jurídico específico” (VIEIRA, 2012).

patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

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

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

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

²³ Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

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

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

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

§ 4º As representações propostas objetivando a aplicação das sanções previstas nos §§ 2º e 3º observarão o rito previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, e o prazo de recurso contra as decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial. (Incluído pela Lei 12.034/2009)

²⁴ Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

(...)

XI - restritiva de direitos.

(...)

§ 8º As sanções restritivas de direito são:

(...)

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

²⁵ Art. 33. A pessoa física ou entidade privada que detiver informações em virtude de vínculo de qualquer natureza com o poder público e deixar de observar o disposto nesta Lei estará sujeita às seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - rescisão do vínculo com o poder público;

IV - suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a administração pública por prazo não superior a 2 (dois) anos; e

V - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

§ 1º As sanções previstas nos incisos I, III e IV poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, assegurado o direito de defesa do interessado, no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 2º A reabilitação referida no inciso V será autorizada somente quando o interessado efetivar o ressarcimento ao órgão ou entidade dos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso IV.

§ 3º A aplicação da sanção prevista no inciso V é de competência exclusiva da autoridade máxima do órgão ou entidade pública, facultada a defesa do interessado, no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista.

2.2 Previsão em leis orgânicas de tribunais de contas.

Além dessas leis de abrangência nacional, faz-se necessário incluir as leis orgânicas dos tribunais de contas que preveem a possibilidade dessas cortes aplicação a sanção de declarar inidôneos licitantes (Tabela 3):

Tabela 3 - Relação exemplificativa de leis orgânicas que preveem sanção de proibição de licitar e contratar com a Administração Pública

Natureza	Normativo	Enfoque
Controle Externo	a) Lei Federal 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) ²⁶ ; b) Lei Estadual 12.600/2004 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco - TCE/PE) ²⁷ ; c) Lei Complementar Estadual 709/1993 (Lei Orgânica do TCE/SP) ²⁸ ; d) LC Estadual 18/1993 (Lei Orgânica do TCE/PB) ²⁹ ; e) Lei Estadual 1.284/2001 (Lei Orgânica do TCE/TO) ³⁰ ; f) LC Estadual 102/2008 (Lei orgânica do TCE/MG) ³¹ .	Controle Externo das despesas públicas ³²

2.3 Considerações acerca da declaração de inidoneidade de competência do TCU.

Considerando que o presente trabalho tem o escopo delimitado à declaração de inidoneidade expedida pelo TCU, mister se faz tecer alguns esclarecimentos acerca dessa sanção.

Primeiramente, em relação ao procedimento para se declarar um licitante inidêneo por cometimento de fraude à licitação, lembra o Ministro do TCU Benjamin Zymler (ZYMLER, 2012) que, objetivando maior celeridade e independência ao procedimento, o TCU poderá determinar a constituição de autos apartados para isso, garantindo-se o direito de ampla defesa

²⁶ Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

²⁷ Art. 76. O Tribunal de Contas, no julgamento dos atos e contratos administrativos em que for verificada a ocorrência de fraude ou naqueles que resultarem em dano ao Erário, expedirá Declaração de Inidoneidade dos responsáveis perante a administração direta e indireta do Estado e dos Municípios.

²⁸ Artigo 108. O Tribunal Pleno poderá declarar, por maioria absoluta de seus membros, inidêneo para contratar com a Administração Pública, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, o licitante que, através de meios ardilosos e com o intuito de alcançar vantagem ilícita para si ou para outrem, fraudar licitação ou contratação administrativa.

²⁹ Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública.

Parágrafo Único - A mesma sanção será aplicada pelo Tribunal à entidade privada que deixar de prestar contas de recursos a ela repassados pelo Estado ou Município, para o fim de firmar novos convênios, acordos, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, ou for constatada, tão somente, falta ou impropriedade de caráter formal.

³⁰ Art. 114. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Estadual ou Municipal.

³¹ Art. 114. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Estadual ou Municipal.

³² Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)

VIII aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

(...)

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

e contraditório ao licitante, mediante sua audiência, nos termos do art. 29 da Resolução – TCU 36/1995.

Outro ponto a ressaltar é que a deliberação que declara um licitante inidôneo para licitar e contratar com a Administração Pública tem, conforme ensina Gustavo Massa, duas principais consequências: impor ao licitante a sanção de impedimento e a obrigação de não fazer aos gestores públicos no sentido de não permitirem o punido participar de licitação pública e ser contratado pela Administração Pública (MASSA, 2009)³³.

Nesse aspecto, surge uma discussão na doutrina acerca da possibilidade de se exigir de licitantes declaração da inexistência de óbice para licitar com a Administração Pública (isto é, de que não estão suspensos, proibidos, impedidos ou declarados inidôneos). O problema decorre do entendimento de que o rol de exigências para habilitação dos licitantes se resume apenas ao estabelecido no art. 27 da Lei 8.666/1993³⁴, não constando ali a mencionada declaração. Esse entendimento é defendido pelo TCU, expresso uníssono em sua jurisprudência, conforme se depreende do seguinte trecho do voto do Ministro Relator Marcos Bemquerer (Acórdão 1.391/2009-TCU-Plenário, j. em 24/6/2009)³⁵:

7. Com efeito, é firme o entendimento deste Tribunal de que somente podem ser exigidos os documentos de que tratam os art. 27 a 31 da Lei n. 8.666/1993, dentre os quais não constam as certidões acima mencionadas. Por oportuno, trago a colação trecho do Voto do Ministro Benjamin Zymler, embaixador do Acórdão n. 808/2003 - Plenário, em que essa compreensão está bem explicitada:

"Documentação exigida para habilitação

3. O edital impugnado exigiu, para fins de habilitação, que os licitantes apresentassem diversos documentos não previstos no art. 27 da Lei nº 8.666/93, a saber: (...) b) atestado de idoneidade financeira passado por estabelecimento bancário do domicílio ou da sede da licitante; (...).

4. Os arts. 27 a 31 do Estatuto das Licitações estabelecem quais os documentos podem ser exigidos dos interessados em participar de certame promovido pelo Poder Público com o objetivo de celebrar futuro contrato. Referidos dispositivos buscam evitar que pessoas, físicas ou jurídicas, que não tenham qualificação mínima venham a ser contratadas, colocando em risco a execução do ajuste e, em última análise, o atingimento do interesse público adjacente.

5. Entretanto, a própria Norma Legal que rege a matéria veda a exigência de documentos outros que não aqueles estabelecidos nos dispositivos acima. Garante-se, com tal medida, que todos aqueles que preencham os requisitos mínimos para

³³ O art. 97 da Lei 8.666/1993 tipifica como crime o ato de admitir a participação em licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo.

³⁴ Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011)

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

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

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

³⁵ No mesmo sentido as seguintes deliberações: Acórdão 1.770/2003-TCU-Plenário, Acórdão 965/2003-TCU-Plenário e Decisão 689/1997-TCU-Plenário

contratar com a Administração possam participar do certame em igualdade de condições. Concretiza-se, dessa forma, o princípio constitucional da impessoalidade, uma vez que evita que o agente público possa, por motivos de índole subjetiva, afastar do certame este ou aquele interessado.
(...)"

Somente poder-se-ia aceitar constar do edital de licitação outros documentos de habilitação, no entender do TCU, se forem exigidos em lei especial³⁶.

Todavia, quanto à declaração da inexistência de óbice para licitar com a Administração Pública, a Procuradora de Justiça do Estado de São Paulo Evelise Vieira entende ser possível a sua exigência. Lembra que, em relação aos certames licitatórios na modalidade pregão, a possibilidade de ser exigida essa declaração está expressa no art. 4º, inciso VII, da Lei 10.520/2002³⁷, que determina que o interessado, ou seu representante, apresente declaração informando que cumprem plenamente os requisitos de habilitação, o que incluiria a capacidade de licitar. A referida Procuradora explica:

A lei se preocupa com a capacidade do interessado em contratar [“Exige-se, para a habilitação, a idoneidade, ou seja, a capacidade plena da concorrente de se responsabilizar pelos seus atos.” (STJ, 2ª. Turma, RMS 9.707/PR, Relatora Min. Laurita Vaz, j. 4/9/2001, v.u.)]. A imposição de sanções de suspensão, impedimento, proibição e inidoneidade retira da pessoa, durante a vigência da sanção, parcela de sua capacidade. Considerando que cabe ao licitante comprovar ter condições de contratar, entende-se ser possível exigir dos interessados a prova da sua capacidade plena (VIEIRA, 2012 pp. 15-16).

Em terceiro lugar, a natureza da sanção prevista na lei orgânica do TCU não se confunde com a daquela prevista na Lei de Licitações e Contratos. Esse é o entendimento majoritário da doutrina. O Ministro Benjamin Zymler, por exemplo, afirma categoricamente que, enquanto a sanção de declaração de inidoneidade prevista na Lei 8.666/1993 é aplicada pela própria Administração Pública, a prevista na lei orgânica do TCU é aplicada pelo órgão auxiliar do Congresso Nacional no controle externo da Administração Pública, consoante previsão constante do art. 70 da CF/88³⁸. Ademais, naquela hipótese, o inidôneo pode buscar a reabilitação por meio de ressarcimento dos danos causados à Administração Pública e após o transcurso de dois anos. Já no âmbito do TCU, a sanção imposta só poderá ser revista

³⁶ Nesse sentido, vide Acórdão 114/2013-TCU-Plenário, Decisão 739/2011-TCU-Plenário, Acórdão 2.940/2010-TCU-1ª Câmara e Acórdão 126/2010-TCU-Plenário.

³⁷ Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
(...)

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;
(...)

³⁸ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998)

“mediante a utilização, pelo interessado, dos meios recursais disponíveis nas normas legais e regimentais regedoras do processo no Tribunal de Contas” (ZYMLER, 2012).

Pedro de Vita apresenta outra distinção: as hipóteses de incidência. Enquanto o art. 87 da Lei 8.666/1993 prevê a aplicação da declaração de inidoneidade para os casos de inadimplemento total ou parcial do contrato, a Lei 8.443/1992 estatui que a declaração de inidoneidade é aplicável em caso de ocorrência de fraude comprovada à licitação (VITA, 2011). Entretanto, entende-se que a hipótese prevista na lei orgânica do TCU está embutida no art. 88 da Lei 8.666/1993, ao mencionar a possibilidade da aplicação dessa sanção aos licitantes que “demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados” (inciso III).

Jessé Torres e Marinês Dotti (PEREIRA JUNIOR e DOTTI, 2012), além de Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2009 p. 859), lembram que o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se pronunciar sobre esse tema na Petição 3.606/DF, apresentando o mesmo entendimento, conforme se observa abaixo:

Conflito de atribuição inexistente: Ministro de Estado dos Transportes e Tribunal de Contas da União: áreas de atuação diversas e inconfundíveis. 1. A atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre do controle interno insito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (CF, art. 70). 2. O poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8.443/92), não se confunde com o dispositivo da Lei das Licitações (art. 87), que — dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§3º) — é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente. 3. Não se exime, sob essa perspectiva, a autoridade administrativa sujeita ao controle externo de cumprir as determinações do Tribunal de Contas, sob pena de submeter-se às sanções cabíveis. 4. Indiferente para a solução do caso a discussão sobre a possibilidade de aplicação de sanção - genericamente considerada - pelo Tribunal de Contas, no exercício do seu poder de fiscalização, é passível de questionamento por outros meios processuais. (AgRg na Petição 3.606, Plenário, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 21/9/2006, DJ de 27/10/2006)

O TCU espousa o mesmo entendimento, de que as referidas sanções também não se confundem (BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2010 p. 754), podendo ser transcrita a seguinte deliberação a título exemplificativo (Acórdão 1.287/2007-TCU-Plenário, Min. Relator Aroldo Cedraz, j. em 27/6/2007, DOU de 29/6/2007)³⁹:

³⁹ Por ser esclarecedor quanto a esse tema, convém reproduzir parte do voto do referido Ministro Relator:

26. De fato, consoante aceito pela boa doutrina e jurisprudência, a declaração de inidoneidade de empresas decorrente de atos praticados após o certame licitatório seria de competência exclusiva da Administração, em consonância com o disposto nos arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666/93. Nesse sentido é a lição de Aléxis Sales de Paula Souza (in Extensão da Declaração de Inidoneidade, Revista de Direito e Administração Pública nº 81, mar./05, p. 18).

“...Mesmo na hipótese de se acreditar que o artigo 46 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 não tenha sido derogado pela Lei nº 8.666/93, deve-se entendê-lo como de aplicação restrita ao TCU, em sua atuação fiscalizadora, e nunca como paradigma hermenêutico da declaração de inidoneidade nos moldes hoje postos no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93. A uma, porque trata apenas de fraudes praticadas nos processos licitatórios, sem se preocupar com os ilícitos que possam ocorrer durante a execução do contrato, ou mesmo da contratação com

REPRESENTAÇÃO OBJETIVANDO A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DA FIRMA (...). CONHECIMENTO. NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES.

1. A declaração de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 exige a comprovação de fraude à licitação em situação especificamente descrita.

2. O poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar de licitação na Administração Pública Federal, não se confunde com as sanções e cláusulas penais constantes da Lei das Licitações, que são de aplicação restrita pelas autoridades expressamente nela indicadas e de aplicação mais abrangente.

O Prof. Marçal, destoando da conclusão da doutrina e da jurisprudência, discorda dessa posição, ao fundamento de que, sendo os pressupostos de aplicação os mesmos, o entendimento do STF e do TCU pode levar a “dupla punição imposta a um mesmo sujeito, derivado da prática do mesmo ato”, concluindo que a aplicação da penalidade pelo TCU fica condicionada a não aplicação da mesma penalidade, no caso concreto, pela Administração Pública (JUSTEN FILHO, 2009 p. 859).

dispensa e inexigibilidade. A duas, porque estabelece o prazo da sanção, no caso por até 5 anos, enquanto a Lei nº 8.666/93 determina que a sanção durará até que seja promovida a reabilitação junto a Administração. Como se percebe, a norma é outra e o espírito da lei é outro.”

27. A aludida doutrina foi mencionada no Voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence (Relator) nos autos do Agravo Regimental na Petição nº 3.606-9 - Distrito Federal, acolhido pelo Supremo Tribunal Federal. Consignou o Relator, na oportunidade:

“1 - A atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre da de controle interno ínsito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (CF, art. 70).

2. O poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8.443/92), não se confunde com o dispositivo da Lei das Licitações (art. 87), que - dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§ 3º) - é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente.”

28. Discorrendo acerca das inconfundíveis áreas de atuação do Tribunal de Contas da União e dos demais entes da Administração Pública, assinalou ainda:

“Vale recordar a lição do saudoso Victor Nunes Leal sobre o papel do Tribunal de Contas da União e a sua relação com a Administração Pública:

‘...Cumprir notar, porém, que a doutrina mais segura, baseando-se na natureza de sua principal atribuição, não o considera integrante do aparelho administrativo em sentido estrito: coloca-o acima da administração propriamente dita, pela ação fiscalizadora que sobre ela exerce. (...)’

Nas palavras de Francisco Campos, ‘...as funções de controle exercidas pelo Tribunal de Contas, ele, as exerce em nome, por autoridade e com a sanção do Parlamento. São, conseqüentemente, pela sua natureza e seus efeitos, funções congressionais ou parlamentares. Não é o seu controle um controle administrativo, mas constitucional’.

‘O que torna ainda mais manifesta - escreve Guimarães Menegale - a natureza parlamentar ou congressional das funções do Tribunal de Contas é o fato de que a lei o coloca em relação direta com o Congresso, cominando-lhe a obrigação de a ele referir imediatamente os conflitos ocorridos entre o Tribunal e o Executivo’.

O Tribunal de Contas - diz Castro Nunes - ‘não é uma jurisdição administrativa, senão em certo sentido, sem confusão possível, entretanto, com as instâncias administrativas que funcionam como órgãos subordinados do Poder Executivo (...)’.

Vê-se dos esclarecimentos do preclaro mestre - amparado em pronunciamentos de juristas de escol - que a atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre do controle interno ínsito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (art. 70 da Constituição Federal).

Daí porque o poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8.443/92), não se confunde com o dispositivo presente na Lei das Licitações (art. 87), que - sendo dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§ 3º) - é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente (...).’

3. Desconsideração da personalidade jurídica

Havendo analisado a natureza perniciosa da fraude (capítulo 1) e um possível instrumento para resguardar a Administração Pública de vir a celebrar novo contrato com empresa que não se mostrou idônea (capítulo 2), considerando a hipótese de os administradores de uma pessoa jurídica declarada inidônea virem a celebrar novo contrato com a Administração Pública como administradores de outra pessoa jurídica, passa-se a analisar a conveniência e a possibilidade de também serem alcançados nessa penalidade. Para se chegar a uma conclusão sobre esse tema falta apenas se analisar uma teoria que permite descortinar-se o véu de uma pessoa jurídica e alcançar os seus sócios. Esse é o tema do presente capítulo.

Para compreender adequadamente essa teoria, torna-se adequado rememorar alguns conceitos básicos de Direito Civil.

3.1 Sujeito de Direito.

O sujeito de direito é todo aquele a quem a norma jurídica atribui direitos e obrigações, e cujo comportamento ela deseja regular.

O Direito estabelece dois tipos de sujeito de direito⁴⁰: a pessoa natural (ser humano) e a pessoa jurídica (“unidade de pessoas naturais ou de patrimônios que visa à obtenção de certas finalidades, reconhecidas pela ordem jurídica como sujeito de direito e obrigações”⁴¹).

Para César Fiúza, a personalidade é “um atributo jurídico que dá a um ser o *status* de pessoa”. Já capacidade é aptidão que tem cada pessoa para ser sujeito de direitos e obrigações, podendo ser capacidade de direito (“potencial inerente a cada pessoa para o exercício de atos da vida civil”) e capacidade de fato (“poder efetivo que nos capacita para a prática plena de atos da vida civil”)⁴² (FIÚZA, 2008 pp. 121-128).

3.2 Pessoa Jurídica

Também denominada de pessoa coletiva (em Portugal), moral (na França e na Suíça), fictícia ou abstrata, a pessoa jurídica, segundo Carlos Roberto Gonçalves, é “um conjunto de

⁴⁰ César Fiúza lembra que há alguns sujeitos de direito despidos de personalidade, a exemplo do nascituro e da massa falida, tendo sido Tércio Sampaio Ferraz Júnior o primeiro autor nacional a atentar para a distinção de sujeito de direito e pessoa, mas cabendo a Cláudio Henrique Ribeiro da Silva a sistematização da teoria (FIÚZA, 2008 p. 121).

⁴¹ Prof.^a Maria Helena Diniz (DINIZ, 2008 p. 81).

⁴² Por exemplo, os menores de 16 anos possuem capacidade de direito, mas não a capacidade de fato, necessitando de serem representado por responsável legal para poderem exercer realmente todos os atos da vida civil.

peças ou de bens, dotado de personalidade jurídica própria e constituído na forma da lei, para a consecução de fins comuns” (GONÇALVES, 2010 p. 215).

Existem teorias que negam a existência das pessoas jurídicas enquanto sujeito de direitos (ou seja, que não aceitam que a reunião de um grupo de indivíduos possa ter personalidade própria), denominadas teorias negativistas. Por outro lado, há outras teorias que buscam provar a existência real das pessoas jurídicas: são teorias afirmativistas. Para fins do presente trabalho, adotar-se-á o pressuposto destas teorias e não daquelas.

Devem ser ressaltadas algumas características da pessoa jurídica, consoante ensina Alexandre Silva (SILVA, 2009 pp. 10-13):

- a) é sujeito de direito distinto das pessoas dos membros (naturais ou jurídicas) que a constituem;
- b) tem patrimônio próprio distinto do de seus sócios⁴³, sendo constituído de “bens e direitos conferidos pelos sócios e dos resultados formados por exercícios sociais posteriores”; e,
- c) possui determinados fins específicos, de caráter permanente e duradouro, os quais dificilmente seriam alcançados individualmente.

A pessoa jurídica é incorpórea e sempre necessita de uma ou mais pessoas naturais (administradores) para expressar suas manifestações de vontade, conforme está expresso no art. 1.022 do Código Civil⁴⁴. O problema que surge é saber como discernir se a ação de um administrador, por ser pessoa natural e, portanto, também sujeito de direitos e obrigações, é em nome próprio ou em nome da sociedade constituída (pessoa jurídica).

Segundo Alexandre Silva, existem duas teorias para se saber sob que condições pode a conduta do indivíduo ser interpretada como conduta da pessoa jurídica (SILVA, 2009 pp. 16-20):

- a) Teoria da Representação (de Cesare Vivante). Conforme essa teoria, o administrador é mandatário da sociedade, por isso não responde pelas obrigações da sociedade, desde que atue no limite dos poderes que lhe foram outorgados. Isso decorre do fato de que o administrador não exerce, em nome próprio, a atividade empresarial nem é empresário, pois é, de fato, um procurador, não importando se é remunerado ou não, nem mesmo se é sócio ou não. Nesse caso, como afirmam Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martin Wolff (*apud* Alexandre Silva), a pessoa jurídica é incapaz –

⁴³ Nesse sentido o disposto no art. 1.024 do Código Civil: “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”.

⁴⁴ “Art. 1.022. A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador”

como as pessoas naturais incapazes – e por isso tem representantes que, executando atos em nome da pessoa jurídica e dentro dos poderes conferidos, obrigam a pessoa jurídica. A crítica que se faz a essa teoria é que administradores podem manifestar a sua vontade pessoal, inviabilizando a aplicação de algumas normas de mandato ordinário; e,

- b) Teoria do órgão. Essa teoria afirma que, consoante ensina Rubens Requião (*apud* Alexandre Silva), o administrador é um órgão da sociedade comercial, existindo uma perfeita identificação entre a pessoa jurídica e a pessoa natural. Esse órgão executa a vontade da pessoa jurídica assim como o braço executa a da pessoa natural. Logo, a sociedade empresária, como pessoa jurídica, não se faz representar, mas se faz presente pelo seu órgão. Ou, nas palavras de Pontes de Miranda (*apud* Alexandre Silva), as pessoas jurídicas não são incapazes de agir, visto que têm órgão (que, em vez de representá-los, os apresenta), diferentemente do caso do filho sob o poder familiar, do tutelado e do curatelado, que não o têm, precisando ser representados ou assistidos.

A teoria agasalhada pelo direito brasileiro é a organicista. Assim, conforme assevera Alexandre Silva,

aos sócios que exercem o poder de direção e aos administradores (diretores e conselheiros da sociedade anônima), na qualidade de órgãos, são impostos pela ordem jurídica direitos e deveres, interpretados como da própria sociedade. Os direitos e deveres da sociedade não seriam aqueles dos sócios ou administradores; entretanto, é por intermédio dessas pessoas naturais, como órgãos da sociedade, que ela se faz presente (SILVA, 2009 p. 21).

Diante disso, surge então o problema: como saber sob que condições pode a conduta do administrador ser interpretada como conduta da pessoa jurídica, na qualidade de seu órgão? César Fiúza afirma que, se os atos praticados por ele estão dentro dos poderes que lhe foram conferidos (conduta *intra vires*), consoante dispuser o contrato ou estatuto social (logo, nos limites estabelecidos no objeto social⁴⁵ no interesse da sociedade), então esses atos obrigam a sociedade e todos os demais sócios perante terceiros, limitada ou ilimitadamente, conforme sua responsabilidade (FIÚZA, 2008 pp. 626-627). Nesse caso, consoante ensina Alexandre Silva, esse gerente responde por culpa ou dolo pelos prejuízos causados à pessoa jurídica (segundo ensinamentos de Osmar Brina Corrêa-Lima). Contudo, não deve responder se

⁴⁵ Trajano de Miranda Valverde *apud* Alexandre Silva (SILVA, 2009 p. 47) define objeto social como sendo “o objetivo para a qual a sociedade foi constituída, que pode ou não ser econômico”.

observou o dever de diligência⁴⁶ e de fideducia⁴⁷, de acordo com a *business judgment rule*⁴⁸, posição defendida por Harry Henn e John Alexander (SILVA, 2009 pp. 43-44).

Entretanto, o administrador pode extrapolar os limites do objeto social ou os poderes que lhe foram concedidos (conduta *ultra vires*). Celso Barbi Filho *apud* Alexandre Silva afirma que o ato será *ultra vires* se (SILVA, 2009):

- a) estiver em desacordo com a atividade e/ou objetivo da sociedade;
- b) for vedado no estatuto ou contrato social; ou,
- c) não expressamente autorizado pelo estatuto por serem dispensáveis à realização do objeto social.

Perceba-se que o ato *ultra vires* não se confunde com discricionariedade na condução dos negócios sociais. Enquanto esta é fruto da impossibilidade de a lei ou de o estatuto ser exaustivo dos atos regulares de gestão individualmente considerados⁴⁹, aquele se confunde com poder arbitrário.

Nesse caso, deve ser analisada a responsabilidade do administrador e da sociedade empresária perante terceiros lesados.

O art. 158 da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas) assevera que o administrador não tem a responsabilidade pessoal pelas obrigações contraídas em nome da sociedade decorrente de ato regular de sua gestão. Todavia, será responsabilizado pelos prejuízos que causar, quando proceder, dentro de suas atribuições, com culpa ou dolo, ou quando atuar com violação da lei ou do estatuto social⁵⁰.

⁴⁶ Extrai-se do disposto no art. 153 da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas), cujo texto é bastante similar ao do art. 1.011 do Código Civil, que diligência é o dever que todo administrador de sociedade “deve empregar, no exercício de suas funções, (...) que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

⁴⁷ Pontes de Miranda (MIRANDA, 1999 p. 148) conceitua fideducia como sendo o ato “entre declarantes ou manifestantes de vontade, um dos quais confia (espera) que o outro se conduza como ele deseja e, pois, tem fé”.

⁴⁸ De acordo com Manuel A. Carneiro da Frada, *business judgement rule* representa que a responsabilidade do administrador (ou gerente) é excluída se comprovar que atuou “em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial” (FRADA, 2007).

⁴⁹ Pode ser utilizada aqui a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, com as devidas adaptações, ao discorrer acerca da discricionariedade do ato administrativo: discricionariedade é “a margem de liberdade conferida pela lei [no caso da sociedade comercial, pelo seu ato constitutivo] ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica lei [no caso da sociedade comercial, o objeto social da pessoa jurídica], diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”. (MELLO, 2000 p. 370)

⁵⁰ Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembléia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

Em relação à responsabilidade da sociedade, o novel Código Civil, em seu art. 47, estatui que somente os atos praticados pelo administrador que estiverem vinculados, direta ou indiretamente, com a atividade econômica desenvolvida pela sociedade a vinculam⁵¹. Entretanto, lembra Paula Pereira que há casos em que se estabelece a responsabilidade da sociedade perante terceiros pela aplicação da teoria da aparência. Essa teoria visa a proteger terceiro de boa-fé que contratou com a sociedade desconhecendo as limitações do objeto da sociedade ou de quem a represente, o que lhe permite exigir dessa sociedade o cumprimento da obrigação, “já que prevalece a inoponibilidade da cláusula restritiva de poderes, restando à sociedade ação regressiva contra quem praticou o ato” (PEREIRA, s/d).

Osmar Brina Corrêa-Lima *apud* Alexandre Silva, analisando caso de aval realizado por diretor sem autorização estatutária para isso, concluiu que

entre o interesse do credor de boa-fé, que confiou na aparência de que o diretor da companhia estava autorizado a avalizar e o interesse da própria sociedade, cujos acionistas escolhem o diretor e têm meios de fiscalizar a conduta deste, deve prevalecer o interesse do terceiro de boa-fé, ou seja, do credor do título de crédito avalizado pela companhia⁵² (SILVA, 2009 p. 58).

Quanto aos requisitos para a constituição da pessoa jurídica, no entender de Luiz Nunes Pegoraro são necessários três requisitos: a vontade humana criadora, a observância das condições legais e a liceidade dos seus objetivos (PEGORARO, 2010 p. 51).

Ademais, consoante já mencionado, a pessoa jurídica é sujeito autônomo de direitos e deveres na vida civil, ou seja, independe dos seus membros. Daí decorre o princípio da autonomia patrimonial: o patrimônio da pessoa jurídica é diverso do patrimônio dos seus constituidores.

Flávio Tartuce expõe essa ideia nos seguintes termos:

Em regra, os seus componentes somente responderão por débitos dentro dos limites do capital social, ficando a salvo o patrimônio individual dependendo do tipo societário adotado.

A regra é de que a responsabilidade dos sócios em relação às dívidas sociais seja sempre subsidiária, ou seja, primeiro exaure-se o patrimônio da pessoa jurídica para depois, e desde que o tipo societário adotado permita, os bens particulares dos sócios ou componentes da pessoa jurídica serem executados (TARTUCE, 2011 p. 134).

Essa situação, que visava a garantir o desenvolvimento empresarial na sociedade, estimulando a criação de novas sociedades comerciais ao diminuir o risco do negócio para os empreendedores - leia-se, salvaguarda do patrimônio particular de cada um deles -, acabou

⁵¹ Art. 47. Obriga a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

⁵² Alexandre Silva menciona entendimento do Supremo Tribunal Federal nesse sentido: “Embora contrariando o contrato, eis que firmado por um só de seus diretores, é válido o aval dado a terceiro de boa-fé, em nome da sociedade anônima. Ainda que o desvio de finalidade da forma, ou a infração do seu contrato social resulte de ato de uma única pessoa dirigente da mesma, o abuso por ela cometido não exonera a sociedade da responsabilidade em face de terceiros de boa-fé. Compete à empresa zelar e observar os atos praticados por seus sócios dirigentes, não lhe sendo lícito alegar ignorância de tais atos, em prejuízo de outros, terceiros” [RE nº 69.028. Relator Ministro Thompson Flores]” (SILVA, 2009 p. 59).

possibilitando que essas pessoas jurídicas, desviando dos seus objetivos e princípios, fossem utilizadas como um instrumento para a prática de fraudes e abusos de direito contra credores. Carlos Roberto Gonçalves, nesse sentido, assevera que “pessoas inescrupulosas têm se aproveitado desse princípio [da autonomia patrimonial], com a intenção de se locupletarem em detrimento de terceiros, utilizando a pessoa jurídica como uma espécie de ‘capa’ ou ‘véu’ para proteger os seus negócios escusos” (GONÇALVES, 2010 p. 249).

Esse desvirtuamento fez com que em diversos países a doutrina e jurisprudência se insurgissem para coibir tais abusos, criando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ou teoria da penetração na pessoa física, permitindo-se o alcance de pessoas – e seu patrimônio – que se utilizaram da pessoa jurídica para alcançarem os seus intentos ilícitos ou abusivos⁵³.

Henry Black *apud* Alexandre Silva define essa desconsideração da pessoa jurídica, nos países da *Common Law*, como sendo

tratar uma companhia como se não existisse para efeitos fiscais ou certos outros propósitos de responsabilização. Em tal evento, cada acionista responderia pela distribuição das ações em todas as transações da companhia referentes a tributação ou outras responsabilidades consequentes.(...)

[É o] processo judicial por meio do qual o tribunal desconsiderará a imunidade habitual dos administradores da companhia ou de outras companhias pela responsabilidade das atividades injustas da companhia; por exemplo quando a companhia existe com o propósito de somente perpetrar fraude. Doutrina que se assegura que a estrutura da sociedade com responsabilidade limitada pode ser desconsiderada, impondo-se responsabilidade pessoal, no caso de fraude ou outra injustiça, aos acionistas, administradores e diretores que agem em nome da sociedade. Porém, o tribunal só pode olhar além da forma da companhia para combater a fraude, o erro ou corrigir a injustiça (SILVA, 2009 p. 68).

Por sua vez, Flávio Tartuce afirma que essa teoria permite que o magistrado desconsidere os efeitos da personificação da sociedade para responsabilizar os sócios, atingindo-lhes o patrimônio, com o objetivo de impedir fraudes e abusos por eles perpetrados e que tenham causado danos a terceiros, em especial aos credores da pessoa jurídica. Esse autor resume afirmando que “o escudo, no caso da pessoa jurídica, é retirado para atingir quem está atrás deles, o sócio ou administrador” (TARTUCE, 2011 p. 135).

A doutrina também diferencia *desconsideração* de *despersonificação*. Naquela, desconsidera-se em um caso concreto a regra de que a pessoa jurídica tem existência distinta de seus membros, enquanto nesta a pessoa jurídica é definitivamente dissolvida (COELHO, 2009 p. 138).

⁵³ Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2010 p. 249) e Carlos Eduardo Nicoletti Camillo (CAMILLO, 2006 p. 133) ensinam que essa teoria recebeu nomes específicos nos diversos países onde surgiu: *disregard doctrine* ou *disregard of legal entity*, no Direito anglo-americano; teoria do *superamento della personalità giuridica*, na doutrina italiana; teoria da “penetração” - *Durchgriff der juristischen Persomen*, na doutrina alemã; e o *abus de la notion de personnalité sociale* ou *mise à l'écart de la personnalité morale*, no Direito francês.

Desde já se ressalte, também, que há dois requisitos sistêmicos para se aplicar a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica (SILVA, 2009 p. 67): o ordenamento jurídico considere a personalidade jurídica da sociedade como distinta da personalidade de seus membros e preveja a possibilidade de existência de responsabilidade limitada. Assim sendo, o uso dessa teoria se restringe somente a dois tipos societários: sociedades anônimas⁵⁴ e sociedades limitadas⁵⁵.

3.3 Histórico

A doutrina diverge sobre onde surgiu a teoria da desconconsideração da pessoa jurídica. Alguns poucos afirmam que se originou nos Estados Unidos⁵⁶, enquanto a maioria defende que ocorreu mesmo na Inglaterra (SILVA, 2009 p. 72)⁵⁷.

Na Inglaterra, essa teoria foi levantada no julgamento do caso *Salomon vs. Salomon & Co. Ltd.* (1897). Alexandre Duarte assim resume o problema tratado nesse processo:

o comerciante Aaron Salomon havia constituído uma **Company**, em conjunto com outros seis componentes de sua família, e cedido o seu fundo de comércio à sociedade assim formada, recebendo 20.000 ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto para cada um dos outros membros foi distribuída uma ação apenas; para a integralização do valor do aporte efetuado, Salomon recebeu ainda obrigações e garantias de dez mil libras esterlinas. A companhia logo em seguida começou a atrasar os pagamentos, e um ano após, entrando em liquidação, verificou-se que seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, sem que nada sobrasse para os credores quirografários. O liquidante, no interesse desses últimos credores sem garantia, sustentou que a atividade da **Company** era ainda a atividade pessoal de Salomon para limitar a própria responsabilidade; em conseqüência Aaron Salomon devia ser condenado ao pagamento dos débitos da **Company**, vindo o pagamento de seu crédito após a satisfação dos demais credores quirografários (grifos presentes no original) - (DUARTE, 2009 p. 15)

O juiz do caso e o Tribunal de Apelação acolheram o pedido, sob o fundamento de que a companhia era tão somente um agente de Salomon, o qual permanecia como o efetivo proprietário da sociedade. Todavia, a Câmara dos Lordes, em análise recursal, considerando aspectos formais, reformou, por unanimidade, tal decisão, sob a alegação de que a companhia teria sido validamente constituída, inexistindo, portanto, qualquer intenção fraudulenta: “os sócios teriam criado uma entidade distinta de si próprios, não se podendo admitir que fosse ela mero agente de Salomon; subseqüentemente, inexistira responsabilidade desse com

⁵⁴ De acordo com o art. 1.088 do Código Civil, na sociedade anônima ou companhia, “o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir”.

⁵⁵ O art. 1.052 do Código Civil afirma que, na sociedade limitada, “a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

⁵⁶ A exemplo de Alexandre Duarte (DUARTE, 2009).

⁵⁷ No mesmo sentido Vanessa Souza (SOUZA, 2003) e Carlos Camillo (CAMILLO, 2006 p. 131).

relação à companhia e seus credores, restando válido o privilégio creditício” (TAUFICK, 2007 p. 2).

Por outro lado, os doutrinadores que defendem que o surgimento dessa teoria ocorreu nos Estados Unidos relatam o caso *Bank of United States v. Deveaux* (1809), em que o Juiz Marshall, da Suprema Corte, com a intenção de preservar a jurisdição das cortes federais sobre as corporações, já que a Constituição Federal americana, no seu art. 3º, seção 2ª, limita tal jurisdição às controvérsias entre cidadãos de diferentes estados, conheceu da causa. Alexandre Silva conclui que aquele tribunal “proclamou que substancialmente e essencialmente as partes do processo são os acionistas, e que seus direitos e deveres como cidadãos reconhecidos podem ser alcançados” (SILVA, 2009 p. 74).

Fábio Ulhoa Coelho ensina que, embora outros autores tenham se dedicado anteriormente ao tema, a exemplo de Maurice Wormser (1910 e 1920), Rolf Serick foi o principal sistematizador da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, em sua tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tübingen, Alemanha, na década de 1950 (COELHO, 2009 pp. 38-39).

Rolf Serick pesquisou a jurisprudência norte-americana⁵⁸ e formulou quatro princípios, dos quais se destacam abaixo dois deles:

- a) o juiz, diante do abuso da forma⁵⁹ da pessoa jurídica, pode, para impedir a realização do ilícito, desconsiderar o princípio da separação entre sócio e pessoa jurídica. Assim, sem esse abuso não seria possível essa desconsideração, nem mesmo visando garantir a boa-fé; e,
- b) não é possível desconsiderar a autonomia subjetiva da pessoa jurídica apenas porque o objetivo da norma ou a causa de um negócio não foi atendido. Dessa forma, essa desconsideração não poderia ser utilizada quando há apenas insatisfação de direito de credor da sociedade.

3.4 Fundamentação

Alexandre Silva afirma que o principal motivo de incidência da desconsideração da personalidade jurídica é o propósito de utilizar-se da separação patrimonial entre sócio e sociedade com fraude ou com abuso de direito (SILVA, 2009 p. 78).

⁵⁸ Pedro Cordeiro *apud* Alexandre Duarte afirma que a jurisprudência alemã também foi estudada (DUARTE, 2009 p. 20).

⁵⁹ Para ele, abuso de forma seria “qualquer ato que, por meio do instrumento da pessoa jurídica, vise frustrar a aplicação da lei ou o cumprimento de obrigação contratual, ou, ainda, prejudicar terceiros de modo fraudulento”.

O conceito de fraude já foi tratado no capítulo 2, cabendo neste ponto esclarecer que a desconsideração de pessoa jurídica tem sido utilizada em um contexto de conceito mais amplo de fraude, presente no direito norte-americano, conforme explicitado no mencionado capítulo.

Ademais, cumpre ressaltar aqui que a utilização dessa teoria não está limitada somente aos casos de fraude contra credores da pessoa jurídica. Conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho *apud* Alexandre Silva, “a fraude que enseja a aplicação do superamento da pessoa jurídica, pode ser definida como o artifício malicioso para prejudicar terceiro, não se limitando este terceiro aos credores, mas abrangendo qualquer sujeito de direito lesado em seus interesses jurídicos” (SILVA, 2009 p. 80).

Quanto ao abuso de direito, ele pode ser conceituado como sendo o “uso irregular, anormal do direito, com o propósito de prejudicar a outrem” (DUARTE, 2009 p. 57) ou como “o mau uso do direito, é um ato legal, porém contrário ao fim do instituto da pessoa jurídica, ou seja, é o ato constituído no exercício irregular de um direito causando dano a outrem” (SILVA, 2009 p. 82).

Henry Black *apud* Alexandre Silva esclarece que, no Direito norte-americano, abuso é

tudo que está contrário a boa ordem estabelecida pelo uso. Partindo-se do uso razoável, é uso imoderado ou impróprio. Maus-tratos físico ou mental. Mau uso. Engano. Abusar é fazer uso excessivo ou impróprio de coisa, ou empregá-la de maneira contrária às regras naturais ou legais para seu uso. Fazer um uso extravagante ou excessivo, como o abuso à autoridade da pessoa (SILVA, 2009 p. 86).

Na *Common Law*, o abuso de direito é fruto de uma construção jurisprudencial alicerçada na análise de diversos casos concretos, quando se decide impor limites de natureza ética ao exercício de um direito.

Também se considera abuso de direito o abuso da personalidade jurídica quando se excederem os limites impostos pelo fim econômico e social do direito à personalidade jurídica (CLÁPIS, 2006 p. 145). Ou seja, quando houver desvio de finalidade dos objetivos da pessoa jurídica “com fins diversos daqueles previstos pelo legislador quando esses institutos foram concebidos” (JOANES, 2010 p. 54).

Por fim, outros pressupostos lógicos para aplicação da *disregard doctrine* é que o ato realizado tenha sido praticado por pessoa jurídica e que não se trate de caso de responsabilidade direta do sócio por ato próprio (PETIAN, 2010 p. 6).

3.5 Concepções Subjetivista e Objetivista

A doutrina⁶⁰ apresenta duas concepções diferentes da *disregard doctrine*:

- a) Concepção subjetivista: defendida por Rolf Serick, Wormser, Rubens Requião e Fábio Ulhoa Coelho, nessa concepção as únicas hipóteses que ensejam essa teoria são a fraude e o abuso do direito. Segundo Fábio Ulhoa, essa formulação apresenta dificuldades para a vítima em relação ao ônus de provar a intenção do demandado, em virtude da complexidade de provas dessa natureza (COELHO, 2009 p. 43); e,
- a) Concepção objetivista: defendida por Fábio Konder Comparato, é mais abrangente que a outra concepção, aceitando como hipóteses de incidência os negócios *interna corporis* da pessoa jurídica (desvio de poder e fraude à lei) ou *externa corporis* (confusão patrimonial entre titular do controle e sociedade controlada). Neste último caso, a prova é mais fácil de ser obtida, quer seja mediante movimentação de contas bancárias, quer por meio de escrituração contábil, ou mesmo por escrituração de bens do sócio registrados no nome da sociedade e vice-versa.

3.6 Teorias Maior e Menor

Diversos doutrinadores também apresentam duas teorias diferentes a justificar a desconsideração da personalidade jurídica (SILVA, 2009 pp. 138-139; COELHO, 2009 pp. 35-46)⁶¹:

- a) Teoria maior: segundo esse entendimento, de maior aceitação no Brasil, só pode haver essa desconsideração se ocorrer abuso ou fraude (entendimento similar à concepção subjetivista), com a demonstração de má-fé, embora alguns doutrinadores também incluam aqui a demonstração de confusão patrimonial (concepção objetivista), a exemplo de Jessé Torres Júnior e Marinês Dotti (PEREIRA JUNIOR e DOTTI, 2012 p. 33) e Flávia Moraes (MORAES, 2009); e,
- b) Teoria menor: aqui basta o credor demonstrar a inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio para atribuir-lhe a obrigação da pessoa jurídica. Alexandre Duarte ressalta que essa teoria é fundamentada por um conjunto de fatores objetivos, entre eles: “a) ausência do pressuposto formal estabelecido em lei, b) desaparecimento do objetivo social específico ou do objetivo social e c) confusão entre estes e uma atividade ou interesse individual de um sócio” (DUARTE, 2009 p. 26).

⁶⁰ A exemplo de Alexandre Silva (SILVA, 2009 pp. 88-90) e Fábio Ulhoa (COELHO, 2009 pp. 42-43).

⁶¹ Fábio Ulhoa entende que, diante da distância na concepção dessas teorias, na verdade são duas teorias diferentes a embasar a desconsideração da personalidade jurídica (COELHO, 2009 p. 35).

3.7 Histórico no Direito brasileiro

A doutrina pátria é unânime⁶² ao afirmar que essa teoria foi introduzida no Brasil por Rubens Requião, em conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, no final da década de 1960⁶³.

Naquela oportunidade, além de ter introduzido o termo “desconsideração da personalidade jurídica”, ele defendeu que a *disregard doctrine* poderia adequar-se a qualquer sistema jurídico, desde que fossem determinados os princípios com os quais os tribunais pretenderiam chegar “a superar a forma externa da pessoa jurídica, para, penetrando através dela, alcançar as pessoas e bens que debaixo de seu véu se cobrem”.

Ademais, defendendo a sua utilização pelos juízes, independentemente de específica previsão legal, deixou claro que o intuito daquela teoria não era a anulação da personalidade jurídica, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito quando, em um caso concreto, fosse verificada a ocorrência de desvio de finalidade (abuso de direito) ou intenção de prejudicar credores ou violar a lei (fraude) (DUARTE, 2009 pp. 22-23; COELHO, 2009 p. 37).

Cabe neste ponto apresentar as ressalvas levantadas por Susy Koury *apud* Fábio Ulhoa Coelho acerca das dificuldades ou limitações no uso da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, visto essa teoria ter surgido no sistema da *Common Law*, enquanto o Direito brasileiro segue o sistema romano-germânico. Segundo a mencionada autora,

o direito no sistema *common law* é concebido através da jurisprudência (*case law*), e suas regras encontram-se na *ratio decidendi* das deliberações tomadas pelos tribunais. A teoria é utilizada no *common law* sempre que exista a necessidade de evitar uma decisão anômala ou injusta. Há uma análise no caso concreto. Por outro lado, a família romano-germânica reconhece que a melhor maneira de se chegar a soluções de justiça está nas disposições legais, ficando a jurisprudência com papel secundário. As questões são resolvidas e embasadas de acordo com a regra jurídica existente. Acrescente-se, ainda, a existência de uma dificuldade na aplicação da desconsideração na família romano-germânica, por não proceder, de maneira mais freqüente, à análise no caso concreto (COELHO, 2009 p. 70).

O art. 10 do hoje revogado Decreto 3.708/1919, que regulava as sociedades limitadas, dispunha que os sócios gerentes ou que deram o nome à firma não responderiam pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas responderiam para com a própria sociedade e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei. Embora alguns doutrinadores tenham visto nesse artigo a primeira previsão legislativa nacional da *disregard doctrine*, ele

⁶² Nesse sentido, exemplificativamente, Fábio Ulhoa (COELHO, 2009), Alexandre Duarte (DUARTE, 2009), Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, 2008) e Angélica Petian (PETIAN, 2010).

⁶³ Publicada sob o título “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, na Revista dos Tribunais, n. 410, em 1969.

apenas estatua a responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios gerentes ou dos que dessem nome à firma por dívidas da sociedade perante terceiros, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei. Com isso, busca-se evitar os excessos de poder dessas pessoas (COELHO, 2009 p. 137). Percebe-se, portanto, que o referido artigo tratava tão somente das condutas *ultra vires*, já mencionadas neste trabalho (vide item 3.2).

Outro normativo que a doutrina não é unânime em considerá-la como sendo hipótese do *disregard of legal entity* é o art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas (aprovada pelo Decreto-lei 5.452/1943), que prevê a possibilidade responsabilidade solidária entre a empresa principal e cada uma das subordinas se, embora cada uma delas tenha personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo de atividade econômica.

Também apresenta a mesma celeuma na doutrina o disposto no art. 124 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), que estabelece a solidariedade tributária passiva em duas situações: i) das pessoas que tenham comprovado interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária e ii) das pessoas expressamente designadas por lei, não comportando benefício de ordem na solidariedade.

Tirando esses normativos, a doutrina é unânime em considerar que a primeira lei que previu a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica foi o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11/9/1990). A partir de então, outras legislações, incluindo o Código Civil, passaram a regulamentar essa possibilidade, conforme mostra a Tabela 4, a seguir:

Tabela 4 - Relação de leis brasileiras prevendo a *disregard doctrine*.

Lei	Objeto	Teoria aplicada
Art. 28 da Lei 8.078/1990 ⁶⁴	Código de Defesa do Consumidor	Teoria menor
Art. 18 da Lei 8.884/1994 ⁶⁵	Lei Antitruste (Revogado)	Teoria menor
Art. 4º da Lei 9.605/1998 ⁶⁶	Proteção ao Meio Ambiente	Teoria menor
Art. 27, <i>caput</i> , da Lei 9.615/1998 ⁶⁷	Normas gerais sobre desporto	Teoria maior

⁶⁴ 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.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

⁶⁵ Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

⁶⁶ Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Lei	Objeto	Teoria aplicada
Art. 50 da Lei 10.406./2002 ⁶⁸	Código Civil Brasileiro	Teoria maior
Art. 34 da Lei 12.529/2011 ⁶⁹	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência	Teoria menor
Art. 14 da Lei 12.846/2013 ⁷⁰	Lei Anticorrupção ⁷¹	Teoria maior

Nota-se certa tendência a utilizar a teoria maior nas previsões de desconsideração da personalidade jurídica nas leis mais recentes. Isso pode ser fruto da posição quase unânime da doutrina e da jurisprudência em privilegiar essa teoria. A exceção representada pela Lei 12.529/2011 (que revogou a Lei 8.884/1994) pode ser decorrente da especialidade da matéria de que trata (antitruste) ou simplesmente de o legislador ter tão somente repetido as disposições da lei revogada, sem ter tido o cuidado de reavaliá-la.

Por fim, estender os efeitos da declaração de inidoneidade de empresas aos respectivos sócios administradores é tendência que vem se destacando até mesmo em projetos de lei federal, seja de iniciativa do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, assunto que será abordado no capítulo a seguir.

⁶⁷ Art. 27. As entidades de prática desportiva participantes de competições profissionais e as entidades de administração de desporto ou ligas em que se organizarem, independentemente da forma jurídica adotada, sujeitam os bens particulares de seus dirigentes ao disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, além das sanções e responsabilidades previstas no *caput* do art. 1.017 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, na hipótese de aplicarem créditos ou bens sociais da entidade desportiva em proveito próprio ou de terceiros. (Redação dada pela Lei nº 10.672, de 2003)

⁶⁸ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

⁶⁹ Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

⁷⁰ 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.

⁷¹ Interessante notar o seguinte artigo dessa lei que também prevê a responsabilização direta de sócios e administradores:

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput*.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

4. Juntando as peças: é possível o TCU declarar a inidoneidade de sócio administrador?

Tendo exposto o conceito e a gravidade da fraude contra a Administração Pública, em especial em licitações e contratos públicos (capítulo 1), havendo discorrido acerca da sanção de declaração de inidoneidade para empresas licitantes ou contratadas (capítulo 2) e tendo esclarecido o significado e as aplicações no Direito brasileiro da *disregard doctrine* (capítulo 3), cabe agora analisar a hipótese de que trata este trabalho: é possível, no caso de fraude à licitação, o Tribunal de Contas da União, além de declarar inidônea uma empresa licitante também fazê-lo em relação ao sócio administrador fraudador?

4.1 A utilização da *disregard doctrine* pelo TCU para ressarcimento de danos causados à União

O Regimento Interno do TCU prevê a competência dessa Corte de Contas de, ao julgar irregulares as contas dos responsáveis, fixar a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro contratante ou parte interessada na prática do ato ilícito “de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado”,⁷².

Com base nesse dispositivo, o TCU tem imputado débito solidariamente ao gestor público responsável e empresa contratada, especialmente nos casos de superfaturamento.

Embora não haja previsão legal expressa em sua lei orgânica (Lei 8.443/1992), essa Corte Federal de Contas construiu jurisprudência no sentido de ser possível a desconsideração da personalidade jurídica da empresa contratada, a fim de alcançar os sócios administradores, nos casos de danos causados por atos ilícitos, a exemplo de superfaturamento ou fraude no

⁷² Art. 209. O Tribunal julgará as contas irregulares quando evidenciada qualquer das seguintes ocorrências:

I – omissão no dever de prestar contas;

II – prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, ou infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

III – dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;

IV – desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

(...)

§ 5º Nas hipóteses dos incisos II, III e IV, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

I – do agente público que praticou o ato irregular; e

II – do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

§ 6º A responsabilidade do terceiro de que trata o inciso II do parágrafo anterior derivará:

I - do cometimento de irregularidade que não se limite ao simples descumprimento de obrigações contratuais ou ao não pagamento de títulos de crédito ou;

II - da irregularidade no recebimento de benefício indevido ou pagamento superfaturado.

§ 7º Verificadas as ocorrências previstas nos incisos III e IV do caput, o Tribunal, por ocasião do julgamento, determinará a remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações cabíveis, podendo decidir sobre essa mesma providência também nas hipóteses dos incisos I e II.

uso de recursos federais, como recebimento de dinheiro sem a devida contraprestação de serviços.⁷³

Da análise da jurisprudência do TCU sobre essa matéria, verifica-se que, mesmo nos casos em que os sócios administradores agiram por excesso de poder, o que justificaria a responsabilidade dessas pessoas físicas em nome próprio, por atos *ultra vires*, o TCU tem se fundamentado na *disregard doctrine* para responsabilizá-los solidariamente pelo débito apurado.

Isso possivelmente se deve ao fato de que muitas vezes o TCU se depara com pequenas empresas com fortes indícios de que foram criadas já com o intuito de lesar o patrimônio público, o que caracteriza abuso de direito pela abusividade da personalidade jurídica.

Exemplo clássico são as empresas envolvidas no esquema de fraude na aquisição de ambulâncias, conhecidas como Grupo Planam, quando membros de uma mesma família e pessoas interpostas criaram algumas empresas para simularem competitividade em procedimentos licitatórios, com o objetivo de venderem ambulâncias superfaturadas e de qualidade inferior às prometidas às administrações municipais.

Foram instauradas dezenas de tomadas de contas especiais envolvendo essas empresas. Transcreve-se a seguir, a título exemplificativo, ementa de julgamento de uma dessas contas:

Tomada de contas especial. Convênio. Aquisição de unidade móvel da saúde (UMS). Irregularidades na condução do convênio. Irregularidade no procedimento licitatório. Comprovação de superfaturamento. Desconsideração da personalidade jurídica da empresa contratada. Audiência. Citação. Elementos de defesa não suficientes para elidir as irregularidades. Contas irregulares. Débito. Multa. Autorização para cobrança judicial. Remessa de cópia integral da deliberação à procuradoria da república no estado do rio de janeiro, ao tribunal de contas do estado do rio de janeiro, ao ministério público federal do estado do rio de janeiro, ao fundo nacional de saúde (FNS), ao departamento nacional de auditoria (Denasus) e à controladoria-geral da união.
(Acórdão 1.295/2011-TCU-2ª. Câmara. Ministro Relator Aroldo Cedraz. Julgado em 1º/3/2011. Publicado no DOU de 9/3/2011).

Para melhor esclarecer os fatos e as decisões adotadas, convém transcrever parte inicial do voto do Ministro Relator:

(...)

⁷³ Nesse sentido, veja-se, por exemplo, a ementa dos seguintes julgados:

Tomada de Contas Especial. Convênio. FAE. Prefeitura Municipal de Lagarto SE. Superfaturamento na aquisição de gêneros alimentícios. Responsabilidade solidária do prefeito, comissão de licitação e ex-proprietários da empresa fornecedora. Razões de justificativa rejeitadas. Contas irregulares. Débito. Exclusão da empresa da relação processual. Inclusão do nome dos responsáveis no CADIN. Remessa de cópia ao MPF. - Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Análise da matéria.

(Acórdão 189/2001-TCU-Plenário. Ministro Relator Guilherme Palmeira. Julgado em 8/8/2001. Publicado no DOU de 5/9/2001)

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

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

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

3. Acolhida a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, respondem os sócios das empresas envolvidas pelo prejuízo causado ao erário.

(Acórdão 1.209/2009-TCU-Plenário. Ministro Relator José Jorge. Julgado em 3/6/2009. Publicado no DOU de 8/6/2009).

2. A auditoria originou-se da "Operação Sanguessuga", deflagrada pela Polícia Federal para investigar fraudes em licitações e superfaturamento na aquisição de ambulâncias.

(...)

7. A instrução preliminar menciona, também, a definição da responsabilização das empresas envolvidas nos casos relacionados à Operação Sanguessuga, inclusive com a justificação para a desconsideração da personalidade jurídica das empresas contratadas, nas situações em que ficasse claramente evidenciada a utilização do anteparo protetor das pessoas jurídicas para a prática de atos fraudulentos e abusivos, no intuito de desviar recursos públicos (subitens 6.1 e 6.2 da instrução às fls. 579/584, v.2).

8. A análise dos elementos constantes no TC 013.827/2002-1, da denúncia do Ministério Público Federal do Estado do Mato Grosso, constante do TC 014.415/2004-0, dos interrogatórios judiciais prestados pelos Sres Darci José Vedoin e Luiz Antônio Trevisan Vedoin à Justiça Federal do Estado de Mato Grosso, do relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI das ambulâncias), e dos demais elementos que compõem o presente processo evidenciou as irregularidades descritas no quadro reproduzido às fls. 586/587, v. 2, e possibilitou a definição da responsabilidade dos envolvidos (fls. 583/584, v. 2).

9. Com fundamento nas informações mencionadas no item precedente, a 7ª Secex propôs a citação do Sr. (...), prefeito do município de Miracema/RJ, solidariamente com a empresa Planam Indústria, Comércio e Representação Ltda. e com a Srª Cléia Maria Trevisan Vedoin, sócia-administradora da empresa, em decorrência do superfaturamento verificado na aquisição/transformação da unidade móvel de saúde adquirida com recursos recebidos por força do convênio 1983/2003, firmado com o Ministério da Saúde.

Um aspecto chama atenção na utilização da *disregard doctrine* por parte do TCU. Nota-se que, mesmo sem previsão legal, essa Corte tem considerado aplicável essa teoria, dentro de sua competência constitucional⁷⁴, na responsabilização por danos causados à União, nos casos de atos ilícitos praticados por sócios administradores de empresas contratadas pela Administração Pública, quer por fraude, quer por abuso de direito⁷⁵.

Todavia, a jurisprudência do TCU reflete a controvérsia existente na doutrina: no caso de excesso de mandato, descumprimento do estatuto social ou violação de contrato ou de lei, os sócios responsáveis devem ser responsabilizados com base em atos *ultra vires* ou na teoria da desconsideração da personalidade jurídica? Não se pode olvidar que em muitos casos essas situações também se configuram fraude ou abuso da personalidade jurídica, motivos que

⁷⁴ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

(...)

⁷⁵ Por seu caráter esclarecedor, recomenda-se a leitura do voto do Ministro Relator Ubiratan Aguiar do Acórdão 143/2006-TCU-Plenário, julgado em 15/2/2006 e publicado no DOU de 21/2/2006, e do parecer do Ministério Público junto ao TCU na Decisão 294/2000-TCU-2ª. Câmara (Ministro Relator Adhemar Ghisi. Julgado em 17/8/2000. Publicado no DOU de 28/8/2000).

classicamente - pelo menos nos EUA e na Inglaterra onde essa teoria surgiu - têm justificado a aplicação da *disregard doctrine*.

Mas observe-se que essa teoria tem a serventia exclusiva de justificar, por exemplo, alcançar diretamente, no caso de atuação comissiva ou omissiva com fraude ou abuso de direito, sócio não administrador.

De qualquer maneira, o posicionamento do TCU encontra respaldo na doutrina que busca justificar a utilização dessa teoria no Direito Administrativo mesmo que não haja explícita previsão legal⁷⁶, conforme se verifica no rol a seguir:

- a) a *disregard doctrine* é um instituto da Teoria Geral do Direito, não necessitando de expressa previsão legal. Assim, é aplicável também ao Direito Administrativo (PETIAN, 2010; PEGORARO, 2010);
- b) não existindo regra legal específica no Direito Administrativo, devem ser empregados a analogia e os princípios gerais de direito (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁷⁷)⁷⁸ (PEREIRA JUNIOR e DOTTI, 2012; PEGORARO, 2010);
- c) os diversos ramos do Direito se comunicam, adequando-se a um mundo altamente dinâmico, a exigir também do Direito essa mesma característica, “sob pena de tornar-se obsoleto e inadequado para a solução dos problemas que surgem diuturnamente” (OLIVEIRA, 2012);
- d) no Estado Democrático de Direito, a referência do ordenamento jurídico é a Constituição Federal. Seus princípios, que são dotados de eficácia plena, constituem ferramentas relevantes, adequadas e suficientes para sanar lacunas legislativas, a fim de dar concretude aos dispositivos constitucionalmente protegidos, mais especificamente ao interesse público, objetivo último da atuação da Administração Pública (GUIMARÃES, 2011);
- e) os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público proíbe que a Administração realize qualquer conduta, comissiva ou omissiva, que atente contra o interesse que a lei lhe confiou (PETIAN, 2010; PEGORARO, 2010);
- f) há ofensa ao princípio da moralidade o fato de uma pessoa jurídica participar de licitação pública para futura celebração de contrato administrativo, tendo sido

⁷⁶ A doutrina não é uníssona acerca da natureza jurídica das deliberações e dos processos de controle externo no âmbito das Cortes de Contas. Alguns defendem que são, respectivamente, decisões e processos administrativos especializados. Outros, com o qual me filio, afirmam que, embora não tenham natureza judicial, tampouco podem ser considerados como administrativos. Para fins do presente trabalho, podem ser considerados como se de natureza administrativa fossem, pois a análise ora empreendida lhes poderá ser aplicável também.

⁷⁷ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁷⁸ Mesmo não tendo sido incluído, o art. 5º do mesmo dispositivo legal também pode ser utilizado como justificativa, visto prever que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, objetivos também do Estado brasileiro.

constituída “com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei”. Por esse princípio, exigem-se padrões de atuação, inclusive de terceiros, que sejam inspirados por lealdade, boa fé, retidão e honestidade de conduta (PEREIRA JUNIOR e DOTTI, 2012; MORAES, 2009; GUIMARÃES, 2011; PEGORARO, 2010);

- g) há ofensa ao princípio da finalidade quando a Administração Pública não se utiliza dessa teoria para a busca do interesse público (MORAES, 2009; GUIMARÃES, 2011)⁷⁹;
- h) conquanto a Administração Pública se submeta ao princípio da legalidade, esse princípio deve ser ponderado com os demais que regem a Administração Pública, devendo, nesse caso, ceder espaço aos demais princípios a fim de que possam se harmonizar (MORAES, 2009; GUIMARÃES, 2011; PEGORARO, 2010)⁸⁰;
- i) o princípio da legalidade não pode agasalhar o abuso de direitos e o ato praticado com manifesto intuito de fraudar a lei. Defender o contrário seria deixar a Administração Pública à “mercê do fraudador, de mãos atadas” (PEGORARO, 2010); e,
- j) os institutos do Direito Civil podem ser aplicados subsidiariamente ao Direito Administrativo. Dessa forma, a previsão de desconsideração da pessoa jurídica no art. 50 do Código Civil serve de fundamentação (PETIAN, 2010).

Luiz Nunes Pegoraro sintetiza também os argumentos utilizados por aqueles que entendem não ser possível a aplicação dessa teoria no Direito Administrativo, no argumento de que a Administração Pública deve observar os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, sob pena de nulidade do ato administrativo praticado, devendo, assim, seguir o princípio da legalidade, não “possuindo vontade pessoal” (PEGORARO, 2010 pp. 80-81).

Entretanto, percebe-se que os argumentos favoráveis sobejam e justificam adequadamente a utilização da *disregard doctrine* pela Administração Pública.

4.2 A possibilidade da utilização da *disregard doctrine* na aplicação de sanção administrativa

⁷⁹ Lembra a mencionada autora que a Lei da Ação Popular conceituou o descumprimento desse princípio como o “fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” do agente (art. 2º, parágrafo único, “e”, da Lei 4.717/1965).

⁸⁰ Luciano Chaves de Farias *apud* Luiz Nunes Pegoraro ensina que esse princípio “impõe a sujeição do administrador público aos comandos legais, objetivando a submissão ao ordenamento jurídico vigente, sempre visando à coibição da má-fé. (...) A desconsideração deverá ser aplicada para evitar prejuízo ao erário ou à qualidade do serviço público” (PEGORARO, 2010 p. 90).

Restou esclarecido que o TCU tem aplicado - com a excepcionalidade que o caso requer - a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, quando necessário, para responsabilizar também sócios de empresas contratadas pela Administração Pública que agiram com fraude ou abuso de direito quanto a danos causados ao patrimônio público.

Próximo passo, então, é saber se há fundamento jurídico no ordenamento pátrio que justifique também o alcance dos sócios administradores, de empresas licitante ou contratadas pela Administração Pública, que agiram com fraude, má-fé, abuso de direito, desvio de finalidade, confusão patrimonial, excesso de mandato, descumprimento do estatuto social ou violação de contrato ou de lei, para fins de lhes serem aplicados sanções administrativas.

Angélica Petian lembra que “a experiência na aplicação de sanções administrativas, especialmente aos licitantes e contratados, tem demonstrado a ineficácia social das sanções, como forma de evitar que novas condutas ilícitas sejam praticadas” (PETIAN, 2010).

Isso tem levado vários doutrinadores a defenderem ser possível a aplicação da *disregard doctrine* também na aplicação de sanções administrativas no processo licitatório ou no próprio processo de contratação.

Luiz Nunes Pegoraro, especificamente quanto a esse aspecto, elenca os principais argumentos que são apresentados por aqueles que discordam da possibilidade de alcançar sócios na aplicação das sanções administrativas previstas para as empresas licitantes e para as contratadas pela Administração Pública (PEGORARO, 2010 pp. 80-81):

- a) a Administração Pública deve observar os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. Logo, deve seguir fielmente aos ditames do princípio da legalidade que regem seus atos;
- b) as penalidades previstas no art. 87 da Lei 8.666/1993 são direcionadas ao contratado, em regra à pessoa jurídica, e não às pessoas físicas dos seus donos ou sócios. Assim, essa punição deve acompanhar a empresa e não o seu dono;
- c) a pessoa física dos sócios não têm culpa se o sistema jurídico e burocrático (abertura de empresas) é “precário e frágil, permitindo manobras jurídicas para contornar determinadas situações”, a exemplo de se criar nova pessoa jurídica com o mesmo quadro societário e com a mesma área de atuação. Dessa forma, “existindo brecha que autorize a instituição de nova empresa pela mesma pessoa, não poderíamos estender a essa nova empresa a punição recebida por outra pessoa jurídica”; e,
- d) no Direito Penal, a pena é personalíssima, não podendo ser cumprida por outrem nem a outrem estendida. Essa mesma regra vale para o Direito Administrativo, pois não há autorização para essa extensão da punição.

Em contraposição a esses fundamentos, além dos argumentos já apresentados no item 4.1 deste trabalho, devem ser acrescentados os ensinamentos de Heraldo Vitta acerca da aplicabilidade dos institutos do Direito Penal ao Direito Administrativo sancionador (VITTA, 2003):

- a) “A previsão de sanções existe para atemorizar os eventuais infratores (caráter repressivo), fazendo com que os indivíduos ajustem seus comportamentos aos padrões admitidos em Direito”, e não para punir os infratores, pois, “o castigo, como explica Daniel Ferreira, ‘não é o objetivo colimado pela sanção, mas sim um efeito da sua imposição’”;
- b) embora a autoridade administrativa use o mesmo raciocínio lógico do juiz para aplicar a norma jurídica, ela pode usar, em certos casos estabelecidos em lei, critérios de conveniência e oportunidade, o que é vedado ao magistrado; e,
- c) tratando do caso de concurso real de normas⁸¹, o autor, mencionando Fábio Medina Osório, Régis Fernandes de Oliveira, Susana Lorenzo e Zenobini, também entende que, na ausência de texto expresso, aplica-se a regra do cúmulo das sanções, não sendo aplicável no âmbito administrativo a redução da pena prevista nos artigos 69 a 71 do Código Penal.

Dessa forma, percebe-se que não há aplicabilidade direta e automática dos institutos do Direito Penal ao Direito Administrativo, devendo cada um deles ser analisado dentro do seu contexto. Por exemplo, a não aplicação da redução de pena, prevista no Direito Penal, nos casos de concurso real de normas, se dá, no entender de Zenobini *apud* Heraldo Vitta, pelo fato de, “se a pessoa tinha um duplo dever de não cometer o fato, cometendo-o, viola duas diversas obrigações e deve suportar as consequências da dupla transgressão” (VITTA, 2003 p. 130).

Há ainda a necessidade de se acrescentar o fundamento do alcance dos sócios administradores de empresa licitante ou contratada não necessariamente na *disregard doctrine*, mas como mera consequência de um ato *ultra vires* que eles tenham cometido. Por exemplo, se o sócio administrador de uma empresa contratada age com fraude contra a Administração Pública pressupõe-se ter exacerbado dos poderes recebidos pela pessoa jurídica a qual representa, pois seria ilegal - e nula - tão delegação de competência. Nesse

⁸¹ Pode ser por concurso material de ilícitos administrativos (quando o infrator, por duas ou mais ações ou omissões – condutas distintas –, comete mais de uma infração), concurso formal (quando o infrator, por meio de uma só ação ou omissão – uma só conduta –, comete mais de uma infração) ou continuidade delitiva (quando o infrator, por meio de mais de uma ação ou omissão, comete infrações administrativas, as quais, considerando-se “as circunstâncias de tempo, de lugar de maneira de execução etc., são havidas como praticadas num único contexto ou em situações repetidas”) (VITTA, 2003)

caso, esse administrador poderia ser alvo de sanção administrativa previsto nas normas que regem as licitações e contratos administrativos.

Conforme já se buscou demonstrar até aqui, há fundamentos suficientes para justificar a utilização da desconsideração da personalidade jurídica (ou dos atos *ultra vires*) para alcançar os sócios administradores de empresas licitantes ou contratadas pela Administração Pública mesmo no silêncio da lei sobre essa possibilidade.

Contudo, havendo essa previsão legal, o assunto se torna então mais incontroverso. É o que acontece em alguns estados brasileiros, demonstrando essa tendência legislativa, conforme mostra a Tabela 5, a seguir:

Tabela 5 - Relação de leis estaduais que preveem o alcance dos sócios nas sanções para empresas licitantes/contratadas

Lei Estadual	Dispositivo
Lei 9.433/2005 (Bahia)	Art. 200. Fica impedida de participar de licitação e de contratar com a Administração Pública a pessoa jurídica constituída por membros de sociedade que, em data anterior à sua criação, haja sofrido penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração ou tenha sido declarada inidônea para licitar e contratar e que tenha objeto similar ao da empresa punida.
Lei 15.608/2007 (Paraná)	Art. 158. Estendem-se os efeitos da penalidade de suspensão do direito de contratar com a Administração ou da declaração de inidoneidade: I - às pessoas físicas que constituíram a pessoa jurídica, as quais permanecem impedidas de licitar com a Administração Pública enquanto perdurarem as causas da penalidade, independentemente de nova pessoa jurídica que vierem a constituir ou de outra em que figurarem como sócios; II - às pessoas jurídicas que tenham sócios comuns com as pessoas físicas referidas no inciso anterior.
Medida Provisória 117/2012 (Código de Licitações e Contratos do Estado do Maranhão)	Art. 100. A declaração de inidoneidade pode ser estendida: I - às pessoas físicas que constituíram a pessoa jurídica que firmou o contrato ou participou da licitação, exceto os sócios cotistas minoritários que não participem da administração da empresa enquanto perdurarem as causas da penalidade; II - às pessoas jurídicas que tenham sócios comuns com as pessoas físicas referidas no inciso anterior.

No âmbito federal, já há previsão legal para utilização do *disregard doctrine* no Direito Administrativo, que também alcança algumas práticas relativas às licitações e contratos administrativos. Trata-se da já referida Lei 12.846/2013 (Lei da Anticorrupção) que, em seu art. 14, prevê que a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nessa 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 defesa⁸².

Entre os vários atos lesivos à Administração Pública, estabelecidos no art. 5º dessa lei, estão arrolados os seguintes, em relação a licitações e contratos (inciso IV):

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

Considerando que o art. 30, II, desse dispositivo legal estatui que a aplicação das penalidades previstas na própria lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de sanções decorrentes de atos ilícitos alcançados pela Lei 8.666/1993 ou outras normas de licitações e contratos da Administração Pública, fica a dúvida acerca da penalidade de multa para atos ilícitos previstos em mais de uma dessas leis. Nesse caso, em princípio, somente poderá ser aplicada uma das multas, para evitar o *bis in idem*.

E se para o mesmo ato ilícito houver previsão de multa na Lei de Anticorrupção e declaração de inidoneidade na Lei de Licitações? Considerando o disposto no art. 30, II, da Lei de Anticorrupção, não há motivo para que não possam ser aplicadas as duas sanções pelo mesmo fato.

Especificamente quanto às licitações e contratos, há vários projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional prevendo o uso dessa teoria, consoante mostra a Tabela 6, a seguir:

⁸² As sanções administrativas previstas nessa lei estão estabelecidas no art. 6º: multa e/ou publicação extraordinária da decisão condenatória.

Tabela 6 – Relação dos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional com proposta de alteração na Lei 8.666/1993, para alcançar sócios e administradores de empresas em algumas sanções administrativas.

Projeto de Lei	Conteúdo
PL 1.810/2007 (Câmara dos Deputados) ⁸³	<p>Art. 1.º O art. 27 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com o acréscimo do seguinte inciso V, renumerando-se o atual inciso V para VI: “V – probidade administrativa;” (NR)</p> <p>Art. 2.º A Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com o acréscimo do seguinte artigo 29-A: “Art. 29-A. A documentação relativa à probidade administrativa, a ser apresentada pelo licitante e, no caso de pessoa jurídica, também por seus sócios ou administradores, consistirá em certidão negativa, expedida pela justiça federal e estadual há, no máximo, sessenta dias, relativa a processo judicial ou condenação por: I – atos de improbidade administrativa previstos na Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992; II – crimes contra a Administração Pública, previstos no Título XI da Parte Especial do Código Penal (Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940), artigos 312 a 359-H; III – crimes previstos nesta Lei ou em outros diplomas legais lesivos à Administração Pública.” (NR)</p> <p>Art. 3.º O art. 88 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 88”. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior: I – poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: a) tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; b) tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; c) demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados; e II – estendem-se aos sócios ou administradores da empresa apenada e a outras pessoas jurídicas nas quais estes tenham ou venham a ter participação societária direta ou indireta ou poderes de administração”. (NR)</p>

⁸³ Fonte: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=363664&st=1. Acesso em 21/out./2013. Convém transcrever trecho da justificativa apresentada pelo seu autor, deputado federal Miro Teixeira:

“A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, já adotada, em nosso ordenamento jurídico, no Código de Defesa do Consumidor e no Direito do Trabalho, por exemplo, precisa ser estendida ao âmbito das licitações e contratos administrativos.

O objetivo do presente Projeto de Lei é evitar que pessoas ímprobas ou inidôneas possam participar de licitações e contratar com a Administração Pública, escondendo-se atrás do véu de pessoas jurídicas.

(...)

O princípio constitucional da moralidade administrativa, previsto no caput do art. 37 da Lei Maior, exige que o Estado somente estabeleça vínculo contratual com pessoas físicas ou jurídicas cuja probidade seja inquestionável. Se determinada pessoa está sendo processada por crimes contra a Administração Pública ou ato de improbidade administrativa, significa que o Ministério Público já encontrou elementos suficientes para processá-la e que o Judiciário reconheceu a existência de justa causa para o seu processamento. O fato de ainda não ter sobrevivido condenação não afasta a dúvida quanto à sua probidade.

Assim como qualquer cidadão candidato a cargos e empregos públicos deve apresentar certidão negativa de antecedentes criminais para participar do concurso respectivo, assim também as pessoas físicas ou jurídicas que pretendem contratar com a Administração Pública devem demonstrar a inexistência de processos ou condenações que levantem suspeita sobre sua probidade administrativa.

Não há falar em contrariedade ao princípio da presunção de inocência, uma vez que a Constituição Federal estabelece, no âmbito da Administração Pública, não apenas o princípio da legalidade, mas também o da moralidade, como acima referido, o que, sem dúvida, é o quanto basta para impedir o estabelecimento de relações contratuais com pessoas cuja probidade é duvidosa.

(...)

Projeto de Lei	Conteúdo
PL 7.709/2010 (Câmara dos Deputados) ⁸⁴	Art. 1º Os arts. 2º, 6º, 15, 16, 20, 21, 22, 23, 26, 28, 32, 34, 38, 40, 42, 43, 61, 87 e 109, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passam a vigorar com a seguinte redação: (...) “Art. 28. VI - declaração do licitante de que não está incurso nas sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 desta Lei, bem como dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas, nos termos do § 4º do mesmo artigo. Parágrafo único. Não poderá licitar nem contratar com a Administração Pública pessoa jurídica cujos diretores, gerentes ou representantes, inclusive quando provenientes de outra pessoa jurídica, tenham sido punidos na forma do § 4º do art. 87 desta Lei, nos limites das sanções dos incisos III e IV do mesmo artigo, enquanto perdurar a sanção.” (NR) (...) “Art. 87. § 4º As sanções previstas nos incisos III e IV aplicam-se também aos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado contratadas, quando praticarem atos com excesso de poder, abuso de direito ou infração à lei, contrato social ou estatutos, bem como na dissolução irregular da sociedade.”(NR) (...)
PL 4.003/2012 (Câmara dos Deputados) ⁸⁵	Art. 1º A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...) “Art. 87 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 prazo não inferior a 10 (dez) anos § 4º Os efeitos da declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública se estendem aos proprietários, cotistas,

⁸⁴ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339877>. Acesso em 23/out./2013. Projeto de autoria do Poder Executivo federal. Consta da justificativa apresentada ao referido projeto de lei o seguinte argumento:

“6. As alterações sugeridas estão em consonância com a jurisprudência consolidada, bem como incorporam experiências acumuladas no período de vigência da lei de licitações e contratos”.

Verifica-se, nesse caso, forte predileção pelos atos *ultra vires* a justificar os casos de alcance dos administradores das empresas.

⁸⁵ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=546890>. Acesso em 23/out./2013. A autora desse projeto, deputada federal Erika Kokay, apresenta o seguinte trecho na sua justificativa:

“A criação de empresas ‘clones’, com os mesmos proprietários e gestores de outra empresa declarada inidônea é um artifício amplamente utilizado para contornar o impedimento à participação em licitações e à celebração de contratos com a Administração Pública. Para solucionar esse problema, propomos o acréscimo de dispositivo preconizando que os efeitos da declaração de inidoneidade se estendam aos proprietários, cotistas, acionistas controladores e diretores da empresa declarada inidônea, bem como a quaisquer outras empresas de que esses participem. Com isso, os administradores poderão inabilitar licitantes que sabidamente inidôneos que, até por essa razão, encontram na lei brechas de que se valem para se esquivar às consequências dos atos praticados”.

Desde já deixo expressa minha opinião de que esses efeitos não deveriam ser automaticamente estendidos aos proprietários, cotistas, acionistas controladores e diretores da empresa declarada inidônea, nem a quaisquer outras empresas de que participem. É que, nesses casos, é preciso apurar a responsabilidade subjetiva de cada uma dessas pessoas físicas, devendo ser alcançadas apenas aquelas que demonstrarem ter agido com culpa *lato sensu*, alcançando-se, por conseguinte, as demais empresas de que não apenas participem, mas tenham poder de administração sobre elas.

Projeto de Lei	Conteúdo
	<p>acionistas controladores e diretores da empresa, bem como às demais empresas de que esses participem nas condições citadas.</p> <p>§ 5º A Administração apurará qualquer notícia sobre a declaração, por autoridade competente de outro ente da federação, de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, bem como sobre seu alcance, em virtude do disposto no § 4º, a determinado licitante.” (NR) - (grifos no original)</p>

Percebe-se, portanto, haver iniciativa do poder legislativo em incorporar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e/ou fundamentado nos atos *ultra vires*, estendendo a aplicação de sanções administrativas aos sócios, administradores e até cotistas de empresas licitantes e contratadas pela Administração Pública.

Repise-se ser desnecessária a inclusão dessa previsão em lei, considerando que a lei formal é apenas uma das fontes do Direito e, conforme se buscou demonstrar neste trabalho, há outras fontes que justificam tal procedimento. Contudo, considerando o Direito brasileiro estar inserido no sistema jurídico da *civil law*, onde a lei é a principal fonte de Direito, essa alteração legislativa, com as devidas cautelas, é bem-vinda.

4.3 A utilização da *disregard doctrine* na declaração de inidoneidade pelo TCU

O TCU já vem aplicando a sanção de multa aos sócios administradores responsabilizados por danos causados a União utilizando-se a *disregard doctrine*, conforme demonstra a sua jurisprudência (a exemplo dos Acórdãos 3.858/2009-TCU-1ª Câmara, 1.295/2011-TCU-2ª Câmara, 1.919/2011-TCU-2ª Câmara, 2.581/2011-TCU-2ª Câmara, 3.020/2011-TCU-2ª Câmara, 3.352/2011-TCU-2ª Câmara, 3.619/2011-TCU-2ª Câmara, 383/2012-TCU-2ª Câmara, 1.784/2012-TCU-2ª Câmara, 1.940/2012-TCU-2ª Câmara, 4.090/2012-TCU-2ª Câmara, 1.085/2013-TCU-2ª Câmara, 1.226/2013-TCU-2ª Câmara, 1.615/2013-TCU-1ª Câmara, 2.062/2013-TCU-2ª Câmara e 4.050/2013-TCU-2ª Câmara). Todavia, a aplicação dessa sanção a esses responsáveis parece não estar fundamentado nessa teoria, mas no simples fato de que a Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992) prevê a possibilidade de aplicação de multa aos responsáveis condenados a pagamento de dívida para com a União⁸⁶. Mesmo assim, acabou o TCU por concordar com a possibilidade de aplicação de sanção a responsáveis - no caso, sócios administradores de empresas licitantes que agiram com fraude - decorrente do uso dessa teoria.

⁸⁶ A cabeça do art. 57 estatui que, quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado aos cofres da União.

Entretanto, a Corte Federal de Contas não tem tido o mesmo entendimento quando se trata de aplicar sanção de declaração de inidoneidade a sócios administradores (que tenham atuado com culpabilidade) de empresas licitantes em fraude a licitação.

A justificativa do TCU tem sido de que o art. 46 da Lei 8.443/1992⁸⁷ permite a aplicação dessa penalidade apenas aos licitantes; logo, se foi a pessoa jurídica que participou da licitação, somente a ela pode sofrer essa sanção⁸⁸.

⁸⁷ “Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”.

⁸⁸ Nesse sentido, transcrevem-se alguns votos de Ministros relatores condutores dos correspondentes acórdãos:

“3.9 No tocante à declaração de inidoneidade das empresas, acolho o encaminhamento da Unidade Técnica com o adendo feito pelo Parquet. Acato, também, o entendimento desse órgão especializado no que se refere a não-extensão da declaração de inidoneidade aos sócios da Condor, por entender que o objetivo pretendido com a aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica é o ressarcimento do prejuízo, não sendo compatível, como asseverou o Ministério Público, o seu manejo para a extensão de penalidade administrativa a sócio de empresa licitante.

3.9.1 Registro, nessa mesma linha, trecho do voto proferido pelo Ministro Valmir Campelo quando da apreciação do TC 013.976/2006-4:

‘(...)

10. Entendo, contudo, que o objetivo da aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica tem por fim o ressarcimento do prejuízo causado (...).

11. Implica dizer, assim, que o uso do instituto mencionado visa alcançar pessoas físicas que, também, poderiam ter se beneficiado com recursos oriundos de desvio. No caso ora em exame, o chamamento dos sócios-gerente, via audiência, decorre, exclusivamente, do entendimento da ocorrência de abuso dos poderes que lhes foram conferidos, não tendo por fim ressarcimento de valores.

12. Desta forma, as considerações acima me levam a entender necessário, então, pequeno ajuste, no sentido de restringir as audiências aos agentes públicos e às empresas envolvidos, deixando de incluir seus sócio-gerentes, posto que não se destinam a ressarcimento de valores aos cofres públicos.

(...).

(...)

3.10 Penso, porém, que esta Corte de Contas deva, na esteira do precedente trazido pela Secex/RN (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, Relator Min. Castro Meira, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Data de Julgamento 07/08/2003, Data da Publicação DJ 08/09/2003), estender a inidoneidade para licitar com a Administração Pública Federal às futuras sociedades que forem constituídas com o mesmo objeto social e composta pelo mesmo quadro societário daquelas fraudadoras do certame da UFRN”.

(Acórdão 1.209/2009-TCU-Plenário. Ministro Relator José Jorge. Julgado em 3/6/2009. Publicado no DOU de 8/6/2009). Alerta-se que essa deliberação está com os seus efeitos suspensos devido a recurso interposto.

“Não raro, integrantes de comissões de licitação verificam que sociedades empresárias afastadas das licitações públicas, em razão de suspensão do direito de licitar e de declaração de inidoneidade, retornam aos certames promovidos pela Administração valendo-se de sociedade empresária distinta, mas constituída com os mesmos sócios e com objeto social similar.

Por força dos princípios da moralidade pública, prevenção, precaução e indisponibilidade do interesse público, o administrador público está obrigado a impedir a contratação dessas entidades, sob pena de se tornarem inócuas as sanções aplicadas pela Administração.

O instituto que permite a extensão das penas administrativas à entidade distinta é a desconsideração da personalidade jurídica. Sempre que a Administração verificar que pessoa jurídica apresenta-se a licitação com objetivo de fraudar a lei ou cometer abuso de direito, cabe a ela promover a desconsideração da pessoa jurídica para lhe estender a sanção aplicada.

Desse modo, não estará a Administração aplicando nova penalidade, mas dando efetividade à sanção anteriormente aplicada pela própria Administração.

(...)

Embora não haja ainda expressa previsão legal para a aplicação do referido instituto pela Administração Federal, o ato administrativo de afastamento da personalidade não fere a legalidade, já que se fundamenta no princípio da juridicidade, ou seja, no conjunto de normas e princípios que constituem o Direito como um todo e que representam um dever a ser seguido e cumprido pelo administrador público.

(...)

Se cabe à Administração impedir a participação de empresa que se apresenta ao certame no intuito de esquivar a sanção anteriormente aplicada pela Administração, não vejo óbice à explicitação dessa circunstância no instrumento convocatório”.

(Acórdão 2.218/2011-TCU-1ª Câmara. Ministro Revisor Walton Alencar Rodrigues. Julgado em 12/4/2011. Publicado no DOU de 19/4/2011).

“17. Embora concordante com o entendimento da 3ª Secex de que a deliberação desta Corte de Contas, de decretar a inidoneidade da empresa (...), possa ser de pouca efetividade, vez que, de fato, bastaria os proprietários de esta empresa participar de licitações com outras empresas do grupo familiar ou mesmo abrir outra com a mesma composição societária, para fugir da apenação, entendo que não há dispositivo específico de norma que permita a extensão da pena de inidoneidade aos sócios das empresas apenadas.

18. No caso deste Tribunal, da mesma forma que ocorre com as sanções administrativas da lei de licitações e contratos, a legislação específica, art. 46 da Lei 8.443/1992, limitou-se a afirmar, que a Corte de Contas declarará a inidoneidade do licitante fraudador. A interpretação deste dispositivo, leva ao entendimento de que o licitante seria uma pessoa jurídica ou mesmo física que tenha participado do procedimento, não abrangendo o sócio, o gerente ou o administrador, que efetivamente tenha perpetrado a fraude.

19. É fato que a constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública configuraria burlar a aplicação da sanção administrativa. Porém, mesmo diante deste entendimento, no meu entender, não haveria fundamento legal para extensão dos efeitos da sanção administrativa disposta no aludido art. 46 da Lei 8.443/1992, preventivamente, à nova sociedade que possa vir a ser constituída para furtar-se dos efeitos danosos de uma sanção administrativa, ou, ainda, aos sócios da entidade participantes da nova composição societária.

20. Entretanto, entendo ser viável, quando este tribunal se deparar, na análise do caso concreto, com empresa constituída com nítida intenção de fugir da sanção administrativa aplicada, a extensão a essa nova pessoa jurídica da sanção prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, a exemplo do ocorrido no Acórdão 928/2008-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, e precedente do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RMS 15166/BA, Relator Ministro Castro Meira”.

Embora o TCU não aceite a extensão da declaração de inidoneidade de que trata o art. 46 da sua Lei Orgânica aos sócios administradores de empresas licitantes que agiram com fraude em licitação, por outro lado acatou a tese de que é possível sua extensão a empresas constituídas, em geral posteriormente, com pelo menos um sócio em comum no quadro societário - ou com parentesco entre eles que induzam a dependência entre si - e com objeto social similar, consoante precedente do Superior Tribunal de Justiça⁸⁹.

Entretanto, tal extensão deve ser realizada no caso concreto, a fim de conceder a outra empresa criada amplo direito de defesa e de contraditório, motivo pelo qual não é possível, ao se declarar inidônea uma pessoa jurídica, a extensão automática dessa penalidade às futuras empresas criadas com os mesmos sócios e com mesmo objeto social por ainda não existirem estas no mundo jurídico.

Contra esse entendimento, conquanto as últimas deliberações mencionadas sejam recentes, já há posicionamento doutrinário, da lavra da advogada Gabriela Verona Pércio, nos seguintes termos:

No mesmo assunto, o instituto da **desconsideração administrativa da personalidade jurídica**, admitido no âmbito das contratações públicas, merece maior atenção e cuidado, de modo que traga efeitos concretos e não passe de providência originalmente passível de produzir resultados benéficos a uma falácia subjugada pela criatividade dos infratores. Seu objetivo declarado é impossibilitar a fuga dos efeitos da sanção impeditiva (suspensão do direito de licitar e contratar, declaração de inidoneidade para licitar e contratar e impedimento para licitar e contratar) regularmente aplicada, permitindo afastar da licitação empresas que tenham sido constituídas em abuso de forma e fraude à lei, segundo autoriza o entendimento notório do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema [ROMS nº 15.166/BA]. O Tribunal de Contas da União firmou entendimento no sentido de que a fraude pode ser presumida quando a empresa que participa da licitação possui objeto social similar e, cumulativamente, ao menos um sócio-controlador e/ou sócio-gerente em comum com a entidade apenada [TCU, Acórdão nº 2.218/2011, 1ª Câmara]. Contudo, também se manifestou no sentido de que os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica não atingem a figura dos sócios ou de futuras empresas que venham a constituir [TCU, Acórdão nº 495/2013, Plenário].

(Acórdão 2.425/2012-TCU-Plenário. Ministro Relator Aroldo Cedraz. Julgado em 5/9/2012).

“*In fine*, retomo para reforçar, a discussão a respeito da extrapolação da declaração de inidoneidade de empresas aos seus sócios e administradores que, porventura, vierem a constituir novas empresas. Nesse sentido, transcrevo, novamente, trecho do meu voto por ocasião da relatoria do TC 015.452/2011-5, que culminou no Acórdão 495/2013 - Plenário:

‘(...)

19. No caso vertente, entendo que, decretada a inidoneidade das empresas do grupo Planam, a Administração poderá proibir a participação de empresas constituídas, após a apenação, com o mesmo objeto e que tenham em seu quadro societário qualquer dos responsáveis ouvidos nestes autos ou seus parentes, até o terceiro grau. Nesse caso, poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica para estender os efeitos da sanção imposta pelo TCU a eventuais empresas fundadas com o intuito de ultrapassar a proibição de licitar com a Administração Pública dentro do prazo estabelecido no decisum, desde que adotadas as providências essenciais para tal.

20. Assim, considero que não se pode antecipar a aplicação de sanção a empresas inexistentes com base em previsões que podem não se concretizar, eis que a apenação não estaria motivada por prova documental do ilícito. Ademais, o prazo para o contraditório e para a ampla defesa só poderia ser aberto aos interessados diante de fato concreto.

21. Quanto à declaração de inidoneidade dos sócios, alinhio-me às conclusões do Ministro Aroldo Cedraz no voto condutor do Acórdão 2.549/2008 - Plenário, cujo excerto transcrevi no item 17 supra, no sentido de que o art. 46 da Lei 8.443/92 menciona apenas o licitante, no caso em comento as empresas do grupo Planam. (...)”.

(Acórdão 1.987/2013-TCU-Plenário. Ministro Relator Raimundo Carreiro. Julgado em 31/7/2013. Publicado no DOU de 5/8/2013).

⁸⁹ “ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS”. (RMS 15166/BA, Rel. Min. Castro Meira, órgão julgador Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 7/8/2003, publicado no DJ em 8/9/2003).

Trata-se de uma desconsideração da personalidade jurídica específica para as sanções administrativas, diversa, pois, daquela figura correlata – na qual, diga-se de passagem, encontra sua origem – do Direito do Trabalho. Então, surgem, naturalmente, algumas constatações, seguidas da indagação óbvia: se a pessoa jurídica é uma ficção, ou seja, é operada pelas pessoas físicas cujas vontades determinam a atuação da empresa; se restarem comprovados o abuso de forma e a fraude à lei, atos cometidos pela pessoa física, não pela jurídica; se no Direito do Trabalho é regra a desconsideração da personalidade jurídica para atingir o patrimônio dos sócios e evitar o prejuízo aos trabalhadores e credores, por que não é possível que a sanção, no âmbito dos contratos administrativos, alcance os sócios e produza efeitos em sua plenitude, atendendo, inclusive, aos anseios da coletividade? (grifos no original) - (PÉRCIO, 2013).

Convém nesse ponto mencionar recentíssima decisão monocrática de medida cautelar em mandado de segurança, da lavra do Ministro Celso de Mello⁹⁰, assim ementado:

Procedimento administrativo e desconsideração expansiva da personalidade jurídica. “disregard doctrine” e reserva de jurisdição: exame da possibilidade de administração pública, mediante ato próprio, agindo “*pro domo* sua”, desconsiderar a personalidade civil da empresa, em ordem a coibir situações configuradoras de abuso de direito ou de fraude. A competência institucional do tribunal de contas da união e a doutrina dos poderes implícitos. Indispensabilidade, ou não, de lei que viabilize a incidência da técnica da desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa. A administração pública e o princípio da legalidade: superação de paradigma teórico fundado na doutrina tradicional? O princípio da moralidade administrativa: valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condicionante da legitimidade e da validade dos atos estatais. O advento da lei nº 12.846/2013 (art. 5º, iv, “e”, e art. 14), ainda em período de “*vacatio legis*”. Desconsideração da personalidade jurídica e o postulado da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos. Magistério da doutrina. Jurisprudência. Plausibilidade jurídica da pretensão cautelar e configuração do “*periculum in mora*”. Medida liminar deferida.

O referido mandado de segurança foi impetrado pela empresa PNG Brasil Produtos Siderúrgicos Ltda. e outros contra deliberação do TCU (Acórdão 2.593/2013-TCU-Plenário) que, em atendimento aos princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos, considerou que a Administração Pública pode “desconsiderar a personalidade jurídica de sociedades constituídas com abuso de forma e fraude à lei, para a elas estender os efeitos da sanção administrativa”, decorrente de suas circunstâncias específicas e relações com a empresa suspensa de licitar e contratar com a Administração Pública⁹¹.

⁹⁰ MS 32494/DF. Publicado no DJe de 13/11/2013.

⁹¹ Para entender o caso concreto, reproduz-se a seguir trecho do voto do Ministro Relator:

“Em relação à extensão dos efeitos da sanção administrativa, imposta à Dismaf Distribuidora de Manufaturados Ltda., à PNG Brasil Produtos Siderúrgicos Ltda., ela é possível, de acordo com doutrina e jurisprudência do Tribunal de Contas da União, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, uma vez que a Administração Pública pode desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade, alterada ou constituída com abuso de forma e fraude à lei, para estender os efeitos de sanção administrativa à empresa com relações estreitas com outra, suspensa de licitar e contratar com a Administração, a ela facultado o contraditório e a ampla defesa, em regular processo administrativo.

E o abuso de forma foi percebido a partir da minuciosa análise das estreitíssimas relações entre a Dismaf Distribuidora de Manufaturados Ltda. e a PNG Brasil Produtos Siderúrgicos Ltda., promovida pela unidade técnica, com as quais integralmente concordo.

Ao analisar os contratos sociais das duas empresas e suas inúmeras alterações, a unidade técnica concluiu que, até novembro de 2012, as características de ambas eram praticamente idênticas. Ao comparar a décima segunda alteração do contrato social da Dismaf Comercial

Em seu despacho, o Ministro Celso de Mello, em sede de cognição sumária, entendeu que o TCU, em sua função de controle de legalidade dos certames licitatórios sob sua jurisdição, poderia estender sanção administrativa, que já impusera a uma empresa, a outra pessoa ou entidade que comprovadamente se envolveu em fraude, desde que haja os pressupostos para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a fim de “tornar efetivo o exercício das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República” (teoria dos poderes implícitos). Ademais, entendeu também que a ausência de autorização legal outorgando competência expressa ao TCU para realizar *the lifting of the corporate veil* aparentemente não violaria o princípio da legalidade, visto que a aplicação dessa teoria no sistema jurídico brasileiro “precedeu, em muitos anos, a própria edição dos diplomas legislativos anteriormente referidos, como resulta de decisões proferidas por nossos Tribunais judiciários”. Contudo, resolveu conceder a tutela cautelar requerida, por razões de prudência, por o STF ainda não ter se pronunciado sobre esse assunto específico e por existirem “einentes doutrinadores, apoiados na cláusula constitucional da reserva de jurisdição, que entendem imprescindível a existência de ato jurisdicional para legitimar a desconsideração da personalidade jurídica”.

Conforme se observa, a Corte Suprema terá que se pronunciar sobre esse tema ao julgar o mérito desse *mandamus*, o que poderá determinar a atuação do TCU.

Outro ponto a ser abordado é que, objetivando auxiliar a Administração Pública Federal na detecção de possível tentativa de empresas em burlar sanção de declaração de inidoneidade

Importação e Exportação de Manufaturados Ltda., registrada em 10/8/2010, com a vigésima primeira alteração do contrato social da Dismaf Distribuidora de Manufaturados Ltda., registrada em 3/11/2010, verifica-se lista idêntica de mais de 150 itens em ambos os objetos sociais.

Ambas as empresas apresentaram, a partir de março de 2004, os mesmos sócios e objetos sociais similares, além de estarem sediadas em salas vizinhas do mesmo edifício, situado no bloco F da SHIS CL QI 17, em Brasília.

Em julho de 2012, o nome da Dismaf Comercial Importação e Exportação de Manufaturados Ltda. foi modificado para PNG Brasil Produtos Siderúrgicos Ltda., dando início a uma série de modificações relevantes para o caso tratado nos autos.

Na décima sexta alteração do contrato social da PNG, em 22/11/2012, apenas seis dias após a publicação do pregão presencial da Valec, tratado nestes autos, os sócios Alexandre Georges Pantazis e Basile George Pantazis transferiram integralmente suas quotas aos respectivos filhos, Karinne Abrantes Pantazis e Georges Basile Pantazis, no valor total de R\$ 10.000.000,00 para cada um. Além disso, o endereço foi alterado e o objeto social da empresa foi significativamente reduzido. Tais modificações, direcionadas especificamente aos sócios, ao endereço e ao objeto social da empresa, evidenciam nítido intuito de evitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e de burlar a sanção imposta à Dismaf Distribuidora de Manufaturados Ltda., tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ, que admite a aplicação da mencionada teoria no caso de constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, como exemplifica ementa transcrita do RMS 15166/BA.

(...)

Ante todo o exposto, restam demonstradas a estreita relação e a confusão entre as empresas PNG Brasil Produtos Siderúrgicos Ltda. e Dismaf Distribuidora de Manufaturados Ltda. quanto aos aspectos subjetivo (dos sócios, administradores e empregados), funcional (atividade econômica) e objetivo (elementos do estabelecimento), o que possibilita a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei e a extensão dos efeitos da sanção administrativa imposta à Dismaf Distribuidora de Manufaturados Ltda. à PNG Brasil Produtos Siderúrgicos Ltda., em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados.

Apesar de o registro de constituição da PNG Brasil Produtos Siderúrgicos Ltda. ser anterior à sanção aplicada à Dismaf, as significativas e intencionais alterações promovidas ao contrato social da PNG (sócios, objeto social e endereço), logo após a publicação do edital do pregão da Valec tratado nestes autos, equivalem à criação de nova sociedade, mostrando toda a vontade de burlar a legislação, para se evadir das consequências dos seus atos, previstas em lei.

Evidencia-se, portanto, claramente, que a empresa PNG abusou de sua personalidade jurídica, a fim de burlar a sanção de suspensão de licitar e contratar com a Administração Pública.(...)

A análise aqui empreendida não se destina, obviamente, à aplicação de nova penalidade, mas sim à extensão dos efeitos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica à empresa PNG, com o objetivo de dar efetividade à norma e de evitar burla à sanção já imposta à empresa Dismaf de suspensão de licitar e contratar com a Administração Pública Federal.

(Acórdão 2.593/2013-TCU-Plenário. Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues. Julgado em 25/9/2013. Publicado no DOU de 4/10/2013).

a outra empresa anterior dos mesmos sócios e com o mesmo objeto social, o TCU expediu recomendação ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão no sentido de que

9.5.1. adote as providências necessárias à efetivação do registro desta decisão no âmbito do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf);

9.5.2. desenvolva mecanismo, no âmbito do Sicaf, que permita o cruzamento de dados de sócios e/ou de administradores de empresas que tenham sido declaradas inidôneas e de empresas fundadas pelas mesmas pessoas, ou por parentes, até o terceiro grau, que demonstrem a intenção a participar de futuras licitações;

9.5.3. oriente todos os órgãos/entidades do Governo Federal, caso nova sociedade empresária tenha sido constituída com o mesmo objeto e por qualquer um dos sócios e/ou administradores de empresas declaradas inidôneas, após a aplicação dessa sanção e no prazo de sua vigência, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/92, a adotar as providências necessárias à inibição de sua participação em licitações, em processo administrativo específico, assegurado o contraditório e a ampla defesa a todos os interessados.

(Acórdão 495/2013-TCU-Plenário. Ministro Relator Raimundo Carreiro. Julgado em 13/3/2013. Publicado no DOU de 18/3/2013).

Em que pese a louvável intenção do TCU em preservar a Administração Pública Federal de contratar com pessoa jurídica que tenha pelo menos um dos sócios e objeto social em comuns com outra já declarada inidônea - e durante o período de aplicação da sanção de proibição de licitar e contratar com a Administração Pública, entende-se que a posição adotada não foi a melhor disponível no Direito brasileiro.

Em relação às recomendações propostas mediante o Acórdão 495/2013-TCU-Plenário, aquela referente ao desenvolvimento de mecanismo, no âmbito do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores, que “permita o cruzamento de dados de sócios e/ou de administradores de empresas que tenham sido declaradas inidôneas e de empresas fundadas pelas mesmas pessoas, ou por parentes, até o terceiro grau, que demonstrem a intenção a participar de futuras licitações” apresenta sérias dificuldades. Em primeiro lugar, não parece ser de fácil implementação, visto que não existe nos sistemas de informação pátrio maneira rápida de se efetuar esse levantamento. Observe-se que o único sistema informatizado federal que poderia permitir esse cruzamento de informação é o Sistema CPF, mas a única ligação de parentesco ali existente entre os contribuintes é o nome da mãe, o que torna esse levantamento incompleto e temerário, diante da possibilidade de erros com homônimos⁹².

Em segundo lugar, se superada a dificuldade acima mencionada, a Administração Pública deverá ter redobrada atenção em como utilizar essa informação, considerando que outra pessoa jurídica que tenha como sócio ou administrador um parente de terceiro grau de outro sócio ou administrador de pessoa jurídica já declarada inidônea não necessariamente estará impedida de participar de licitação pública ou de ser contratada por esse simples motivo. Para que seja inclusive aberto o direito ao contraditório e à ampla defesa dessa

⁹² Pode ser possível também a utilização da base de eleitores da Justiça Eleitoral, mas não somente teria a mesma limitação do Sistema CPF como a utilização dessa base é restrita aos fins eleitorais.

empresa que deseja participar de uma licitação deve haver mais elementos do que simplesmente esse grau de parentesco, sob pena de se criar – aí sim – mecanismo de barreira que fere o direito constitucional de livre iniciativa (art. 170, *caput*), livre concorrência (art. 170, inciso II) e da liberdade (art. 5º, inciso II)⁹³.

Já em relação à recomendação constante do item 9.5.3 do Acórdão 495/2013-TCU-Plenário⁹⁴, verifica-se o grande esforço operacional que se faz necessário para que a Administração Pública Federal lhe dê cumprimento. Isso porque implicará que em todos os procedimentos licitatórios seja analisada a composição societária de todas as empresas licitantes, confrontando uma a uma com o quadro societário daquelas que estão impedidas ou suspensas de participarem de licitação pública. Isso sem contar na possibilidade de nem todos os órgãos e entidades da Administração Pública terem acesso à composição societária das pessoas jurídicas declaradas inidôneas.

A proposta que é apresentada no presente trabalho é que o TCU, nos casos em que se verifique a ocorrência de fraude à licitação, possa declarar inidôneos o(s) sócio(s) administrador(es) da(s) empresa(s) licitante(s) que agiu(ram) com culpa *lato sensu* para o cometimento da fraude.

Em termos jurídicos, observa-se que há embasamento para tal medida. De todo o exposto nesta monografia, verifica-se ser possível alcançar os sócios administradores das empresas licitantes no caso de ocorrência de fraude à licitação sob vários enfoques.

O art. 46 da Lei 8.443/1992 permite que o TCU, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, declare a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal. Assim, a primeira possibilidade - e a mais segura - seria dar o verdadeiro significado ao vocábulo “licitante” constante desse artigo. Ora, se uma empresa comprovadamente foi criada para fraudar licitações públicas, percebe-se que, de fato, quem estava a licitar com a Administração Pública era o sócio administrador e não a pessoa jurídica, que acabou sendo utilizada indevidamente como anteparo para o cometimento dos ilícitos. Ou seja, houve o abuso de direito desde o nascedouro dessa pessoa jurídica. Assim, sendo o sócio proprietário o verdadeiro licitante e a pessoa jurídica criada com finalidade ilícita, devem ambas, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa, ser declaradas inidôneas.

⁹³ Um exemplo aplicável de restrição decorrente de parentesco seria o caso tratado no já mencionado Acórdão 2.218/2011-TCU-1ª Câmara, quando ficou patente que a outra pessoa jurídica foi transferida para os filhos dos sócios de empresa declarada inidônea, como forma de burla a essa penalidade.

⁹⁴ “9.5.3. oriente todos os órgãos/entidades do Governo Federal, caso nova sociedade empresária tenha sido constituída com o mesmo objeto e por qualquer um dos sócios e/ou administradores de empresas declaradas inidôneas, após a aplicação dessa sanção e no prazo de sua vigência, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/92, a adotar as providências necessárias à inibição de sua participação em licitações, em processo administrativo específico, assegurado o contraditório e a ampla defesa a todos os interessados”.

Segundo caso seria uma pessoa jurídica criada com finalidade lícita, mas utilizada em algum momento indevidamente por seu sócio administrador para fraudar licitação pública. Nessa hipótese, se comprovado que esse administrador agiu à margem dos poderes recebidos pelos demais sócios (ato *ultra vires*), deverá ser declarado inidôneo, visto que, na verdade, foi ele quem licitou com a Administração Pública. Deve-se analisar caso a caso se a pessoa jurídica deve ou não sofrer a mesma penalidade, a depender do *modus operandi* da fraude cometida e da possibilidade de os demais sócios terem conhecimento desses atos. Por óbvio que, se a pessoa jurídica é composta basicamente por um sócio majoritário, torna-se muito mais justificável que ela também seja alcançada por essa sanção administrativa.

Em terceiro e último lugar, não sendo caso de ato *ultra vires*, há base jurídica para a utilização da *disregard doctrine* para alcançar o sócio administrador. Embora essa teoria tenha sido desenvolvida para possibilitar que a vítima não fique desamparada diante dos danos sofridos, a doutrina pátria, conforme já comentado neste trabalho, considera possível o seu uso também para a aplicação de sanção administrativa. Isso justificaria, então, que fossem declarados inidôneos tanto a pessoa jurídica quanto à pessoa física do administrador que agiu com culpa *lato sensu*.

Esse entendimento é consentâneo com os ensinamentos da Flávia Albertin de Moraes:

A administração pública, portanto, é capaz de delimitar quais são os direitos e os deveres da pessoa jurídica, sem que haja confusão com os direitos e os deveres das pessoas físicas por trás da ficção empresarial. Assim, por via de regra, o descumprimento de alguma obrigação acarreta a possibilidade de apenação da pessoa jurídica e não da pessoa física.

Nesse passo, a penalidade administrativa aplicada a uma pessoa jurídica não recai sobre a figura dos sócios, desde que a sociedade tenha existência regular e não haja, por parte das pessoas físicas, o intuito fraudulento, hipótese em que a desconsideração da personalidade jurídica pode ocorrer.

(...)

Agindo dessa forma, a administração pública se movimenta de modo útil, privilegiando os princípios da eficiência, razoabilidade, finalidade e moralidade.

Entender de outro modo significaria deixar a administração pública engessada, impedida de atuar ante a verificação de fraude na constituição ou no desenvolvimento de sociedade que figure como sujeito passivo no bojo de um processo administrativo. A ausência de punição, por sua vez, incentivaria a proliferação de manobras ardilosas no universo empresarial, justamente como modo de burla à atividade sancionadora do Estado.

A desconsideração da personalidade jurídica, dessa feita, será possível se a administração pública, respeitados o contraditório e a ampla defesa, coligir elementos probatórios suficientes que comprovem a existência de algum tipo de desvio fraudulento (MORAES, 2009).

Angélica Petian também apresenta entendimento similar:

A doutrina da desconsideração da pessoa jurídica cabível, como vimos, em todos os ramos do Direito é de especial importância na aplicação das sanções administrativas, especialmente a licitantes e contratados apenados nos termos dos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93. A dificuldade reside no fato de que, comumente, os sócios das empresas impedidas de licitar e contratar com a Administração ou declaradas inidôneas, constituem novas sociedades, com os mesmos membros,

idêntico objeto social e, por vezes, até na mesma sede social da pessoa jurídica apenada. Como contra essa nova empresa não há nenhum impedimento, ela poderá participar das licitações, bem como celebrar contratos administrativos, beneficiando, assim, as mesmas pessoas físicas que atentaram contra a Administração.

A aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, nestas hipóteses, seria apta a vedar a reincidência dos infratores que, valendo-se do disfarce da nova pessoa jurídica, continuam a obrar contra a Administração Pública, e, conseqüentemente, contra o interesse público.

(...)

Se a desconsideração da pessoa jurídica é um instrumento apto a dotar de maior eficácia as sanções administrativas aplicadas aos licitantes e contratados, entendemos que, diante de um caso de fraude ou abuso de direito em relação à autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a Administração tem o dever-poder de desconsiderá-la para estender os efeitos da sanção aos membros da pessoa jurídica.

Este é o magistério de Diogenes Gasparini, apresentado em forma de resposta a uma questão prática:

Recentemente escrevemos um trabalho a respeito dessa problemática, sustentando caber a decretação por ato administrativo da desconsideração da pessoa jurídica envolvida em fatos dessa natureza. Portanto, se a pessoa jurídica praticou uma ilegalidade e por isso foi apenada, por exemplo, com a suspensão para licitar e contratar por dois anos e seus sócios, para fugir a essa punição, criam outra entidade, com a desconsideração da pessoa jurídica alcançam-se os sócios e, via de conseqüência, a nova sociedade que também não poderá licitar e contratar por aquele prazo. Essa doutrina só tem arrimo no Direito Privado, pois está prevista no art. 50 do Código Civil, no Direito do Consumidor, cujo art. 28 do Código de Defesa do Consumidor a prevê e em outros ramos do Direito. Não há a tal respeito no Direito Administrativo, cabendo justificá-la com base em princípios que prestigiam a administração pública e o interesse público. (Decretação da desconsideração da pessoa jurídica: práticas de gestão. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 3, n. 32, p. 4181, ago. 2004) (PETIAN, 2010).

Observe-se que se defende a averiguação da atuação do sócio administrador, para saber se agiu com dolo ou culpa na fraude à licitação cometida. Não se concorda com a mera extensão da penalidade a todos os sócios da pessoa jurídica calcada na responsabilidade objetiva.

Teresa Cristina Pantoja *apud* Ada Pellegrini Grinover, sobre esse ponto, afirma que a pessoa jurídica tem responsabilidade, assim como seus sócios, administradores, mantenedores e acionistas. A diferença é que a responsabilidade de cada um deve ser proporcional aos danos oriundos da violação comissiva ou omissiva do dever geral de boa-fé. Conclui afirmando que “pensar de modo diferente é dar-se o primeiro passo na rota obscura do autoritarismo e da insegurança jurídica” (GRINOVER, 2008 p. 7).

Tampouco seria procedente a alegação de que esse entendimento estaria dando indevidamente uma interpretação extensiva a uma norma sancionadora. Conforme se buscou demonstrar, houve apenas a explicitação da melhor interpretação quanto ao conteúdo, alcance e significado do vocábulo “licitante” constante da norma sancionadora (art. 46 da Lei 8.443/1992).

Ainda quanto ao aspecto jurídico, convém mencionar que a jurisprudência do TCU e do STJ e a doutrina têm sido quase unânimes em defender a aplicação da *disregard doctrine* nos casos em que nova pessoa jurídica é criada, com objeto social similar e com pelo menos um sócio em comum com outra que sofreu sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública. Ocorre, contudo, que essa teoria deve ser aplicada em todos os casos em que o sócio administrador culpado também seja administrador de outra pessoa jurídica, não importando se esta tem objeto similar com a que foi declarada inidônea. Isso se justifica pelo princípio da moralidade administrativa. Considerando tratar-se de uso de recursos públicos federais, não pode a Administração Pública, responsável pela boa e regular utilização desses recursos - consoante “delegação” recebida da sociedade, detentora original desses valores -, agir de forma temerária. Isso porque o que o direito posto defende é que, se alguém se mostrou desleal aos transacionar com a Administração Pública por intermédio de pessoa jurídica, a presunção é que ela irá – ou poderá – voltar a repetir esse ato de má-fé novamente. Por esse motivo é que a lei prevê um prazo de sanção durante o qual a pessoa - jurídica e/ou física - fica proibida de participar de licitação ou ser contratada pela Administração Pública. Após o tempo que durar essa penalidade - que não é perpétua por restrição constitucional (art. 5º, XLVII, b) -, a pessoa poderá voltar a participar de licitação ou ser contratado pelo Estado⁹⁵.

Dessa maneira, ao se declarar inidônea a pessoa física do sócio administrador, ficará impedida de participar de licitação e de ser contratada pela Administração Pública, enquanto perdurarem os efeitos dessa sanção, qualquer pessoa jurídica - futura ou já existente - que tenha em seu quadro societário essa pessoa física. Esse entendimento, portanto, parte do pressuposto que, se a pessoa física foi desleal com a Administração Pública, não deve esta se colocar desnecessariamente em posição de vulnerabilidade a voltar permitir que, durante a vigência da penalidade, qualquer pessoa jurídica que tenha como sócio essa pessoa física participe de licitação pública ou por ela seja contratada.

Esse posicionamento evitaria, inclusive, a alegação de extensão da pena para outras pessoas, ferindo o postulado da intranscendência da pena previsto no art. 5º, XLV, da Constituição Federal (“nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação

⁹⁵ Observe-se, neste aspecto, que a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) estipula sanção judicial mais severa ao prever (art. 19) a possibilidade de o juiz aplicar como sanção às pessoas jurídicas que pratiquem os atos previstos em seu art. 5º a suspensão ou interdição parcial de suas atividades ou a própria dissolução compulsória da pessoa jurídica, caso fique comprovado que a personalidade jurídica tenha sido utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos ou tenha sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”)⁹⁶.

Entretanto, Gustavo Massa expõe, nesse tema, um pensamento diverso. Para ele, a inidoneidade não é uma característica subjetiva intrínseca da pessoa apenas, consoante se verifica em seus arrazoados:

(...) Quando o Tribunal de Contas declara a inidoneidade de uma pessoa, na verdade, está emitindo um juízo de valor, com a carga de subjetivismo inerente a todo juízo de valor. Apesar de se fiar em informações levantadas no processo de fiscalização, a inidoneidade é uma espécie de rótulo imposto pelo TC a uma empresa.

A declaração de inidoneidade é sempre fruto de uma avaliação feita por um colégio de Conselheiros. É a impressão subjetiva de um órgão colegiado fiscalizador sobre determinada empresa ou pessoa física. Não se trata de uma característica intrínseca de determinada pessoa, mas sim de um juízo de valor feito por terceiro qualificado para tanto.

Como não se trata de característica inerente à pessoa sancionada, não irá persegui-la por onde for. Seguindo este raciocínio, se a inidoneidade não integra ontologicamente a "personalidade" do apenado, não faz sentido que se lhe negue o direito de contratar com quem não o declarou inidôneo (MASSA, 2009).

A seguir literalmente esse entendimento, os tribunais de contas não poderão, em sua atuação de controle externo, declarar a inidoneidade de uma pessoa, visto que essa penalidade irá alcançar toda a Administração Pública Federal e quem quer que utilize recursos federais. E mais: permitirá que a Administração Pública fique à mercê de correr riscos desnecessários ao transacionar livremente novamente com aquele que não demonstrou lealdade e boa-fé, ferindo os princípios da moralidade, eficiência e do interesse público.

Esquece-se o mencionado autor que todo julgamento já traz em si mesmo uma carga valorativa, não implicando por isso somente deva ser aplicado no âmbito de quem proferiu a decisão ou que seja injusto que os efeitos da sentença transbordem para outras esferas. Compare-se, por exemplo, com a penalidade prevista no art. 60 da Lei Orgânica do TCU⁹⁷ que prevê a possibilidade de aplicação de pena de inabilitação, por cinco a oito anos, para exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública. Ora, a seguir os ensinamentos de Gustavo Massa, essa sanção ficaria somente adstrita ao TCU, o que desconfiguraria essa penalidade, visto tratar-se de uma salvaguarda da Administração Pública como medida preventiva.

⁹⁶ Sobre esse tema, assim se pronunciou o Ministro Celso de Mello: “Na realidade, essa tem sido a percepção do tema no âmbito da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (AC 266-QO/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – AC 1.033-AgR-QO/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – AC 1.761/AP, Rel. Min. EROS GRAU – AC 1.936/SE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – AC 2.228/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO – AC 2.270/ES, Rel. Min. CEZAR PELUSO – AC 2.317-MC-REF/MA, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ACO 925-MC-REF/RN, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ACO 970-TA/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.), cujos pronunciamentos põem em evidência o fato de que medidas restritivas de ordem jurídica não podem transcender a esfera subjetiva daquele que incidiu em práticas reputadas ilícitas pela Administração Pública” (Medida cautelar em MS 32494/DF - STF. Despacho monocrático. Ministro Relator Celso de Mello. Publicado no DJe de 13/11/2013.).

⁹⁷ “Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública”.

Ademais, a pessoa que sofre a penalidade de inidoneidade pode, caso considere injustiçado, recorrer às instâncias judiciais para defender seus direitos⁹⁸.

Quanto aos aspectos operacionais, a decretação, por parte do TCU, de inidoneidade do sócio administrador que agiu culposa ou dolosamente ao fraudar licitação facilita o controle pela Administração Pública, considerando que a verificação de se ele consta no quadro societário das empresas licitantes é muito mais simples e direto, não requerendo inclusive que o agente público tenha acesso a sistemas de informação que informem o quadro societário de todos os sócios das empresas declaradas inidôneas.

⁹⁸ “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da CF/88).

5. Conclusão

Além de a fraude ser um dos atos ilícitos mais covardes, porque leva a vítima a ser enganosamente lesada, pesquisas mostram que os infratores estão achando mais rentável cometer fraude do que crimes físicos tradicionais, como roubo.

Quando se trata de fraude a licitação pública, essa irregularidade adquire contornos ainda mais sérios e danosos, visto tratar-se de recursos da coletividade que, se desviados, prejudicam diretamente a prestação de serviços públicos e indiretamente, quando a aquisição de bens e serviços visa a dar suporte ao planejamento e à área meio dos órgãos públicos.

Há várias formas de se fraudar uma licitação, a exemplo de apresentação, por parte dos licitantes, de documentos falsos na fase de habilitação, formação de carteis, direcionamento para um licitante ganhar, superfaturamento de preços, dispensa ou fracionamento indevido de licitação, violação de propostas, participação de empresas fantasmas ou constituídas de “laranjas”, licitação realizada em um único dia - demonstrando uma improvável eficiência administrativa - e participação de empresas controladas pela mesma pessoa física, com sócios em comum ou com parentesco próximo entre os sócios.

As leis nacionais que regulam o certame licitatório preveem várias sanções administrativas aplicáveis aos licitantes que cometem irregularidades na licitação e nos contratos públicos, entre elas - a mais grave - a declaração de inidoneidade para participar de licitação ou ser contratado pela Administração Pública.

Essa penalidade, aliás, está prevista em outras leis nacionais, como a Lei 8.429/1992 (Lei da Improbidade Administrativa), a Lei 9.504/1997 (Lei eleitoral), a Lei 9.605/1998 (Lei sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), a Lei 12.527/ 2011 (Lei de acesso à informação) e a Lei 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Em especial, prevista na Lei 8.443/1992 (Lei orgânica do TCU), objeto do presente trabalho, está a possibilidade de essa Corte Federal de Contas aplicar essa sanção no caso específico de fraude à licitação.

Ocorre que tem acontecido de sócios administradores de uma pessoa jurídica declarada inidônea virem a celebrar novo contrato com a Administração Pública como sócios ou administradores de outra pessoa jurídica que não sofreu essa restrição, ora com pessoas jurídicas criadas após a aplicação da penalidade à outra empresa, ora utilizando-se empresas já existentes. Tanto a Administração Pública quanto o Poder Judiciário e o próprio TCU, em sua função de controle externo, são chamados a darem uma solução adequada a essa situação.

A primeira iniciativa foi impedir que empresas constituídas com os mesmos sócios e com mesmo objeto social de outra declarada inidônea e criadas após a aplicação dessa sanção pudessem participar de licitação pública ou ser contratada pela Administração Pública durante o período de vigência dessa penalidade. Para isso, foi utilizada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), mesmo sem haver dispositivo legal que autorizasse a adoção dessa teoria no âmbito do Direito Administrativo. O fundamento para tanto vieram dos princípios que regem a atuação da própria Administração Pública, que impedem que o Poder Público fique inerte diante da tentativa de se ferir o interesse público e permitir que a fraude à lei e o abuso da personalidade jurídica fossem considerados atos lícitos, a saber: os princípios da moralidade administrativa, da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos.

Tal atitude ganhou respaldo da doutrina, a qual passou a arregimentar outros argumentos a sustentar essa tese, ao afirmar, por exemplo, que essa teoria é um instituto da Teoria Geral do Direito, sendo aplicável ao Direito Administrativo, pois, diante da ausência de regra específica nesse ramo do Direito, deveriam ser empregados a analogia e os princípios gerais do Direito (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

O TCU também aderiu a esse entendimento e começou a firmar jurisprudência nesse sentido.

Por outro lado, parte da doutrina começou a levantar a tese de que não seria necessária a utilização dessa teoria para alcançar nesses casos os sócios administradores se esses agiram com excesso de mandato ou contrariamente à lei ou ao contrato social (atos *ultra vires*), situação em que a legislação pátria já prevê a responsabilidade pessoal desses administradores.

Todavia, o que se tem verificado é a crescente expansão da tentativa de burlar essa penalidade, a exemplo de se utilizar pessoas jurídicas:

- a) com os mesmos sócios e mesmo objeto social de outra declarada inidônea, mas criada anteriormente à aplicação dessa sanção;
- b) com mesmo objeto social de outra declarada inidônea, mas cujos sócios são parentes dos sócios destes e criadas anteriormente à aplicação dessa sanção; e,
- c) com pelo menos um sócio de outra declarada inidônea, mas criada anteriormente à aplicação dessa sanção.

O TCU, ao enfrentar tais situações, tem se utilizado das mesmas soluções que vinha aplicando, isto é, análise de cada caso concreto e, caso procedente, utilização da *disregard doctrine*. Em algumas situações, tentou-se emplacar a tese de que, no caso de fraude à

licitação ou abuso da personalidade jurídica, era possível entender que o verdadeiro licitante era o sócio administrador que agiu com dolo ou culpa nesse sentido, podendo ser alcançado diretamente na sanção de declaração de inidoneidade prevista na própria lei orgânica dessa Corte de Contas. Entretanto, esse argumento não foi, até o momento, acatado pelos ministros do TCU.

Buscou-se, então, demonstrar no presente trabalho os argumentos jurídicos que sustentam essa tese, além das vantagens de cunho prático (operacional) dela advinda, ao permitir que os órgãos da Administração possam facilmente detectar, na realização de um certame licitatório, quais pessoas físicas estão impedidas de, como sócio de pessoa jurídica, participar em licitação pública ou ser contratada. Esse entendimento parte do pressuposto que, se a pessoa física foi desleal com a Administração Pública ao fraudar uma licitação da qual participou como sócio administrador de empresa, não deve se colocar desnecessariamente em posição de vulnerabilidade a voltar permitir que durante a vigência da penalidade qualquer pessoa jurídica que tenha como sócio essa pessoa física participe de licitação pública ou por ela seja contratada.

Referências

- BLACK, H.C. **Black's Law Dictionary**. 4. ed. St. Paul (EUA): West Publishing Co., 1968.
- BRASIL. **Lei 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm> Acesso em: 13 out. 2013.
- _____. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em: 10 out. 2013.
- _____. **Lei 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. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm> Acesso em: 10 out. 2013.
- _____. ESTADO DE SÃO PAULO. **Lei Complementar 709, de 14 de janeiro de 1993**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado. São Paulo, 1993. Disponível em: <<http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/images/lei-regimento.pdf>> Acesso em: 13 out. 2013.
- _____. ESTADO DA PARAÍBA. **Lei Complementar 18, de 13 de julho de 1993**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado e dá outras providências. João Pessoa, 1993. Disponível em: <http://portal.tce.pb.gov.br/wp-content/uploads/2011/06/lei_organica.pdf> Acesso em: 13 out. 2013.
- _____. ESTADO DE TOCANTINS. **Lei 1.284, de 17 de dezembro de 2001**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Palmas, 2001. Disponível em: <http://www.tce.to.gov.br/sitetce/images/stories/pdf/Lei_Organica_TCE.pdf> Acesso em: 13 out. 2013.
- _____. ESTADO DE PERNAMBUCO. **Lei 12.600, de 17 de junho de 2004**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Recife, 2004. Disponível em: <<http://www.tce.pe.gov.br/html/lei-org/>> Acesso em: 13 out. 2013.
- _____. ESTADO DE MINAS GERAIS. **Lei Complementar 102, de 17 de janeiro de 2008**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/IMG/Legislacao/legiscont/Leioorganica/LEI%20ORG%C3%82NICA%20-%20-%20LC%20102-08%20_Atualizada%2019-09-2012.pdf> Acesso em: 13 out. 2013.
- _____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e Contratos - Orientações e Jurisprudência do TCU**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada . Brasília: TCU, 2010. 910 p. ISBN 978-85-7018-319-4.
- BRUNO, R.M. **Direito Administrativo Didático**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2013. ISBN 978-85-7700-660-1.
- BUTTON, M.; LEWIS, C.; SHEPHERD, D.; BROOKS, G.; WAKEFIELD, A. **Fraud and punishment: enhancing deterrence through more effective sanctions**. Portsmouth (Reino Unido): University of Portsmouth, 2012.

CAMILLO, C.E.N.; TALAVERA, G.M.; FUJITA, J.S.; SCAVONE J'UNIOR, L.A. (Coord.) **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CASTRO, F. **A Corrupção no Orçamento: Fraudes em Licitações e Contratos com o Emprego de Empresas Inidôneas**. 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053588.PDF>> Acesso em: 14 dez. 2012.

CASTRO, R.P.A; MANUEL, L.E.C. Notas sobre as licitações por pregão e as fraudes: breves reflexões e a desconstrução de um mito. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte: Fórum, n. 116, Vol. 10, ago. 2011.

CLÁPIS, F.M.M.G. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 2006. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011763.pdf>> Acesso em: 10 out. 2013.

COELHO, F.U. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 2.

DINIZ, M.H. **Código Civil Anotado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUARTE, A.U.O. **A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor - aspectos práticos**. 2009. Dissertação (mestrado em Função Social do Direito) - Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.fadisp.edu.br/download/turma_m4/alexandre_uriel_ortega_duarte.pdf> Acesso em: 11 out. 2013.

ECO, H. **Como se faz uma tese em ciências humanas**. [trad.] Ana Falcão Bastos e Luis Leitão. 13. ed. Lisboa (Portugal): Editorial Presença, 2007.

FERREIRA NETO, W.F. **Fraudes Empresariais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FIÚZA, C. **Direito Civil: Curso Completo**. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FRADA, M.A.C. **A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores**. 2007. Ordem dos Advogados de Portugal, jan. 2007. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=59032&ida=59045> Acesso em: 10 out. 2013.

FULWIDER, D.D. Recognizing Fraud Indicators. **International Journal of Government Auditing**, s.l. : Intosai (International Organization of Supreme Audit Institutions), Vol. 26, n. 2, pp 13-14, Abril 1999.

GONÇALVES, C.R. **Direito Civil Brasileiro. Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. 1.

GRINOVER, A.P. Da desconsideração da pessoa jurídica - Aspectos de direito material e processual. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte: Editora Fórum, vol. 48, mar./abr. 2008.

GUIMARÃES, G.M. **Desconsideração da Personalidade Jurídica como meio a dar Efetividade às Sanções Administrativas**. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/1437/1/20743779.pdf>> Acesso em: 23 jan. 2013.

JOANES, D.M. **Aplicabilidade da Desconsideração da Personalidade Jurídica ao Inverso**. Dissertação (mestrado em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG, 2010. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/Mestrado/dissertacoes/2010/davidmassarajoanesaplicabilidadedadesconsideracaodapersonalidade.pdf>> Acesso em: 2 out. 2013.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MACEDO, G.J.L. **Licitações - Competições ou Fraudes - Realidades, Mitos e Combates**. Dissertação (pós-graduação em Ordem Jurídica e Ministério Público) - Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2009. Disponível em: <http://www.mp.am.gov.br/images/stories/Mono_GERALDOMacedo.pdf> Acesso em: 15 jan. 2013.

MASSA, G. Declaração de inidoneidade pelos Tribunais de Contas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 8, n. 2, ago. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62162>> Acesso em: 15 jul. 2013.

MEIRELLES, H.L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MELLO, C.A.B.M. **Curso de Direito Administrativo**. 13a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. ISBN 85-7420-144-8.

MIRANDA, P. **Tratado de Direito Privado: parte geral**. 1a. ed. Campinas: Bookseller, 1999. Vol. 3.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. ISBN 978-85-224-5975-9.

MORAES, F.A. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o processo administrativo punitivo. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Belo Horizonte: Editora Fórum, Vol. 252, set./dez. 2009.

OLIVEIRA, A.F. Aplicação de sanções da Lei nº 8.666/93 e desconsideração da personalidade jurídica. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n. 126, pp. 45-53, jun. 2012.

PEGORARO, L.N. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Procedimento Licitatório**. Campinas: Servanda Editora, 2010.

PÉRCIO, G.V. Lei nº 8.666/93 – O que mudar? Como mudar? Por que mudar? **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, Vol. 233, jul. 2013.

PEREIRA JUNIOR, J.T.; DOTTI, M.R. Responsabilidade do contratado na administração de compras, serviços e obras. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n. 122, fev. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=77711>> Acesso em: 4 jul. 2013.

PEREIRA, P.M.F.L. **A Responsabilidade da Sociedade empresária e do empresário pelos atos dos administradores**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b986700c627db479>> Acesso em: 3 out. 2013.

PETIAN, A. A aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica às sanções administrativas. **Interesse Público - IP**. mai./jun. de 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67694>> Acesso em: 14 jun. 2013.

PINHEIRO, G.J.; CUNHA, L.R.S. A importância da auditoria na detecção de fraudes. **Contab. Vista & Rev.**, Belo Horizonte, s.n., Vol. 14, pp. 31-48, abr. 2003.

QUEIROZ, J.C.G. 2004. **Auditoria de Fraudes: Detecção e apuração de fraudes nos convênios federais**. Trabalho de Conclusão de Curso (pós-graduação em Controle Externo) -

- Instituto Serzedello Côrrea, TCU, 2004. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053722.PDF>> Acesso em: 4 fev. 2013.
- SILVA, A.C. **A Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SOARES, I.V. **Fraude nas Gestões Públicas e Privadas**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- SOUZA, V.R.C.S. Desconsideração da Personalidade Jurídica: Teoria e Legislação no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, dez. de 2003.
- TARTUCE, F. **Manual de direito civil: volume único**. São Paulo: Método, 2011. ISBN 978.85-309-3463-7.
- TAUFICK, R.D. **A Teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o controle das condutas e estruturas no direito regulatório**. jun. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/artigos/RobertoTaufick_rev85.htm > Acesso em: 26 set. 2013.
- VIEIRA, E.P.T.P. **Fraude à licitação e seu combate efetivo**. Ministério Público do Estado de São Paulo. Palestra. 19 out. 2012. Disponível em: <[www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Licitacao/Doutrina_Licitacao/fraude à licitação e seu combate efetivo - palestra escrita \(1\).doc](http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Licitacao/Doutrina_Licitacao/fraude%20%C3%A0%20licita%C3%A7%C3%A3o%20e%20seu%20combate%20efetivo%20-%20palestra%20escrita%20(1).doc)> Acesso em: 4 out. 2013.
- VITA, P.H.B. **Declaração ou Declarações de Inidoneidade?** Blog da Editora Zênite. 29 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/declaracao-ou-declaracoes-de-inidoneidade/#.Uk9dvoakpZd>> Acesso em: 2 out. 2013.
- VITTA, H. **A Sanção no Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- ZYMLER, B. **Direito Administrativo e Controle**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 318 p. ISBN 978-85-7700-609-0.