



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ROBERTA MAIA BESOUCHET

**A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA AOS LICITANTES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Florianópolis

2011

ROBERTA MAIA BESOUCHET

**A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA AOS LICITANTES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia submetida à Universidade Federal
de Santa Catarina para a obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Leilane Mendonça
Zavarizi da Rosa

Florianópolis

2011

*Dedico este trabalho aos meus queridos pais,
Roberto e Eloiza, fontes inesgotáveis de amor,
carinho e dedicação, pelo apoio que sempre
me deram e por acreditarem em mim.*

AGRADECIMENTOS

Gostaria de deixar meus sinceros agradecimentos a todos que, de alguma forma, contribuíram para a elaboração dessa monografia que representa não só a conclusão de uma etapa de grande importância em minha vida, mas também o início de uma nova fase.

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Roberto e Eloiza, pelo carinho e amor incondicional, pela paciência e dedicação na educação dos filhos, por estarem sempre ao meu lado, aconselhando, ajudando em todos os momentos e de todas as formas, e por terem apostado em mim, proporcionando condições – emocionais e financeiras! - de chegar até aqui.

Aos meus irmãos Felipe, pela amizade e pelo exemplo que representa para mim, e Pedro, pela convivência, pelos momentos divertidos em família e por acreditar na elaboração do presente trabalho, me perguntando todos os dias se o meu “TCC” estava pronto!

Ao meu namorado e amigo Leonardo, com quem tive o enorme prazer de conviver desde o início do curso, pela paciência, carinho, companheirismo, por aguentar meus humores e dividir comigo tantos momentos especiais.

Às amigas queridas que fiz no curso de direito – Fê, Jacque, Juju, Karol e Nick - e que estiveram sempre ao meu lado nos últimos cinco anos, compartilhando bons e maus momentos, e tornando meus dias mais felizes.

À Professora Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa pelo bom humor, dedicação e carinho com que leciona aos seus alunos e por ter aceitado o convite para ser minha orientadora nessa monografia.

Por fim, agradeço aos demais amigos e professores que estiveram presentes nessa jornada acadêmica e a tornaram especial.

Qualquer caminho é apenas um caminho e não constitui insulto algum para si mesmo ou para os outros abandoná-lo quando assim ordena o seu coração (...) Olhe cada caminho com cuidado e atenção. Tente-o tantas vezes julgar necessárias. Então faça a si mesmo e apenas a si uma pergunta: possui esse caminho um coração? Se possuir vá, siga-o, se não esse caminho não possui importância nenhuma.

Carlos Castañeda (Os ensinamentos de Dom Juan)

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

Esta monografia, submetida à Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de Bacharel em Direito, tem como objetivo analisar a possibilidade, ainda que sem previsão normativa, da desconsideração da personalidade jurídica dos licitantes, pela Administração Pública, como forma de coibir a reincidência de infrações e vedar o uso abusivo e fraudulento da pessoa jurídica. Diante da obrigatoriedade de elaboração de procedimentos licitatórios para aquisição, alienação ou locação de bens, contratação de obras ou serviços no Brasil, do insuficiente tratamento normativo dado pela Lei de Licitações às sanções administrativas previstas aos licitantes inadimplentes, e do conseqüente aumento da prática de atos abusivos e lesivos ao interesse público no campo das licitações, o assunto se mostra de extrema relevância. Para desenvolvimento do trabalho fez-se, inicialmente, uma apreciação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Passou-se, posteriormente, à análise histórica dos procedimentos licitatórios no Brasil, bem como de suas características principais e dos princípios que lhes são aplicáveis. Fechando o estudo, adentrou-se ao assunto central do trabalho através da análise dos posicionamentos favoráveis e contrários à aplicação do instituto da desconsideração aos licitantes.

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica; Licitação; Administração Pública; Princípios; Sanção Administrativa; Lei de Licitações.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	11
1.1. Pessoas jurídicas	11
1.1.1. Natureza jurídica.....	12
1.1.2. Aquisição de personalidade jurídica.....	14
1.1.2.1. <i>Requisitos para constituição da pessoa jurídica</i>	14
1.1.2.2. <i>Início da existência legal</i>	15
1.1.3. Autonomia patrimonial.....	16
1.1.4. Relativização do princípio da autonomia patrimonial	17
1.2. Origem histórica da desconsideração da personalidade jurídica.....	19
1.3. Conceito e aplicabilidade da desconsideração	23
1.4. Pressupostos à aplicação da <i>Disregard Doctrine</i>	26
1.4.1. Abuso de direito	27
1.4.1.1. <i>Desvio de finalidade</i>	28
1.4.1.2. <i>Confusão patrimonial</i>	29
1.4.2. Fraude	30
1.5. Formulações da desconsideração – Teoria Maior e Teoria Menor	30
1.6. <i>A Disregard Doctrine</i> no direito brasileiro.....	33
2. DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.....	36
2.1. A organização do Estado brasileiro e a Administração Pública	36
2.2. Evolução legislativa do instituto da licitação.....	38
2.3. Conceito, natureza jurídica e finalidades da licitação	43
2.4. Previsão legal	46

2.5. Princípios da Administração Pública aplicáveis às licitações.....	48
2.5.1. Supremacia e indisponibilidade do interesse público.....	49
2.5.2. Legalidade	50
2.5.3. Impessoalidade	51
2.5.4. Moralidade administrativa	52
2.5.5. Publicidade	53
2.5.6. Eficiência.....	54
2.5.7. Finalidade	55
2.5.8. Igualdade	55
2.5.9. Razoabilidade e proporcionalidade	56
2.6. Modalidades de licitação.....	58
2.7. Fases do procedimento licitatório	59
2.8. Penalidades administrativas aplicáveis aos licitantes e contratantes	64
3. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO LICITANTE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	68
3.1. Da impossibilidade de desconsideração da personalidade jurídica do licitante pela Administração Pública.....	69
3.2. Da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica do licitante pela Administração Pública.....	74
3.2.1. Leis de licitações dos estados da Bahia e do Paraná	83
3.2.2. Projeto de lei federal nº 7.709/2007	85
3.2.3. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.....	89
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	95
REFERÊNCIAS	98

INTRODUÇÃO

A presente monografia foi motivada em razão da crescente prática de atos fraudulentos e lesivos ao interesse público quando o assunto é licitação. É de fato muito comum que as empresas se amparem na proteção conferida pelo “véu” da personalidade jurídica para praticarem os referidos atos, e em virtude do insuficiente tratamento normativo dado pela Lei de Licitações, as sanções administrativas aplicáveis aos contratados que dão azo à inexecução parcial ou total do contrato são extremamente ineficientes e não cumprem o papel de inibir novas práticas fraudulentas e prejudiciais à Administração Pública.

Nesse contexto, juristas discutem a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica a estas empresas, pela Administração, ainda que sem previsão normativa expressa, no intuito de efetivar as sanções administrativas previstas na legislação e garantir, por consequência, o cumprimento dos interesses da coletividade e a aquisição da proposta mais vantajosa para o Poder Público - finalidade precípua da licitação. É possível inadmitir a aplicabilidade do instituto, com base no princípio da legalidade, mas pode-se, ainda, permitir a sua aplicação pelo administrador público com base nos demais princípios de direito aplicáveis à Administração Pública.

A escolha pelo referido tema de monografia deu-se, invariavelmente, pela paixão e encantamento que as áreas do direito civil e administrativo despertam na autora. Além da afinidade com as áreas, outro grande motivador para a escolha do tema foi o contato, como servidora da Universidade Federal de Santa Catarina, com as polêmicas advindas dos procedimentos licitatórios, como o descaso na entrega de materiais, o não atendimento de prazos, o fornecimento de produtos fora dos padrões estabelecidos no edital, dentre outros.

Diante do exposto e visando a uma melhor compreensão da questão, este trabalho foi dividido em três capítulos.

O primeiro trata, principalmente, do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Para sua melhor compreensão far-se-á, inicialmente, uma breve explanação sobre o conceito de pessoa jurídica e de sua natureza. Serão analisados, ainda, os requisitos para constituição de pessoa jurídica, a consequente aquisição de personalidade jurídica e o princípio da autonomia patrimonial.

Após essas considerações, o capítulo tratará da relativização do princípio da autonomia patrimonial e do lógico surgimento do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Abordará a sua origem histórica, conceito e aplicabilidade, bem como os pressupostos à sua aplicação. Por fim, serão expostas as formulações da desconsideração da personalidade jurídica – Teoria Maior e Teoria Menor - e a sua previsão no direito brasileiro.

O segundo capítulo, por sua vez, abordará as principais características dos procedimentos licitatórios. Primeiramente, antes de adentrar no assunto das licitações, far-se-á uma breve explanação sobre a organização do Estado brasileiro e a Administração Pública. Após, será demonstrada a evolução legislativa do instituto da licitação, seu conceito, natureza jurídica, bem como suas finalidades e previsão legal no ordenamento jurídico pátrio.

Serão, ainda, analisados alguns importantes princípios de direito aplicáveis às licitações, as modalidades e fases dos procedimentos licitatórios e, por fim, discorrer-se-á sobre as penalidades administrativas aplicáveis aos licitantes.

Fechando o trabalho e penetrando no tema central desta monografia, o terceiro capítulo discutirá a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica do licitante pela Administração Pública. Serão abordados, nesta parte do trabalho, os argumentos favoráveis e contrários à aplicação do instituto. O capítulo ainda analisará as Leis de Licitação dos Estados da Bahia e do Paraná, bem como o Projeto de Lei Federal que visa à alteração da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93). Por fim, será apresentado um julgado do Superior Tribunal de Justiça, o qual considerou válida a desconsideração da personalidade jurídica do licitante pela Administração Pública.

A partir da utilização do método hipotético-dedutivo e da análise das problemáticas que serão abordadas ao longo desse trabalho, buscar-se-á a solução mais adequada ao caso. O objetivo de sua elaboração é que seja dado um importante passo para o amadurecimento do assunto, fomentando a discussão na busca de um maior comprometimento com os interesses públicos.

1. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1.1. Pessoas jurídicas

O homem é um ser social que, por uma tendência natural, deixou de viver isolado e passou a viver em grupos. A convivência em grupo passou a ocorrer pois, por limitações individuais, nem sempre as necessidades e os interesses de um indivíduo podiam ser atendidos sem a participação e a cooperação de outras pessoas.¹ Diante disso - e por não poder o direito ignorar estas unidades coletivas, criadas pela evolução histórica ou pela vontade dos homens -, o sistema jurídico viu nascer duas espécies de sujeitos de direito: as pessoas naturais e as pessoas jurídicas.²

As pessoas naturais (ou físicas) são seres humanos dotados de direitos e deveres, sujeitos às leis da natureza; já as pessoas jurídicas - moldadas a partir de um fato social - são entidades a que a lei confere personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações e que atuam na vida jurídica com personalidade diversa da dos indivíduos que as compõem.³ Nesse sentido, Flávio Tartuce sintetiza:

As pessoas jurídicas, também denominadas pessoas coletivas, morais, fictícias ou abstratas, podem ser conceituadas como sendo conjuntos de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção legal. [...] a pessoa jurídica não se confunde com seus membros, sendo essa regra inerente à própria concepção da pessoa jurídica.⁴

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, por sua vez, definem pessoa jurídica como sendo o “grupo humano, criado na forma da lei, e dotado de personalidade jurídica própria, para realização de fins comuns”.⁵

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1:** parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 181

² FALEIRO, Márcia Bataglin Dalcastel; FOLMANN, Melissa. Desconsideração da personalidade jurídica. **Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio**, Curitiba, Juruá, v. 196, fev. 2002, p. 40

³ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p. 182

⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, volume 1:** lei de introdução e parte geral. 4. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 213

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1:** parte geral. 8. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 182

1.1.1. Natureza jurídica

Assunto bastante controverso é a questão sobre a natureza das pessoas jurídicas. Embora polêmico, o tema possui grandes repercussões no campo prático, uma vez que “a necessidade ou não de o Estado autorizar o funcionamento das pessoas jurídicas é decorrência imediata da natureza que lhes atribuímos”.⁶

As teorias explicativas da existência das pessoas jurídicas dividem-se em *teorias negativistas*, que negam a autonomia existencial dessas pessoas, e vêem nelas uma criação arbitrária da lei; e *teorias afirmativistas*, que admitem a existência real de grupos sociais com interesses próprios, aos quais o direito positivo não pode negar a qualidade de sujeito nas relações jurídicas.⁷ Diante das necessidades sociais e do progresso material e espiritual dos povos, no entanto, as teorias negativistas foram deixadas de lado para dar espaço às afirmativistas. Como principais vertentes dessa linha de pensamento pode-se citar a Teoria da Ficção, a Teoria da Realidade Objetiva (organicista) e a Teoria da Realidade Técnica.⁸

A *Teoria da Ficção Legal* - oriunda da teoria subjetiva elaborada pelo alemão Bernhard Windscheid e defendida por Friedrich Karl Von Savigny – desenvolveu-se na França e na Alemanha no século XVIII. Para a teoria, a pessoa jurídica - ao contrário da pessoa natural, que existe por criação da natureza – só existe em razão de determinação legal. Ela é considerada uma abstração, sem existência social, mas com existência ideal. É produto da técnica jurídica, de forma que só existe quando reconhecida como tal pela lei. Para esta teoria, portanto, um grupo social não pode ser reconhecido como pessoa jurídica, a não ser na forma e nos casos previstos em lei.⁹

Contrariando a ideia da Teoria da Ficção Legal surge na Alemanha, no fim do século XIX, em meio ao liberalismo e ascensão da burguesia, a *Teoria da Realidade Objetiva*. O jurista Otto Gierke, seu principal expoente, e outros estudiosos, concebiam a existência social da pessoa jurídica, com atuação na sociedade, semelhante à pessoa natural¹⁰. A corrente

⁶ WALD, Arnaldo; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Colab.); DONNINI, Rogério Ferraz (Colab.). **Direito civil, volume 1**: introdução e parte geral. 11. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 186

⁷ WALD, Arnaldo, *op. cit.*, p. 186

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 184-185

⁹ WALD, Arnaldo, *op. cit.*, p. 187

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 185

considerava a possibilidade de a vontade pública ou privada ser capaz de dar vida a um organismo autônomo em relação a seus componentes, uma realidade sociológica que podia participar das relações e situações jurídicas.¹¹

Por fim, a *Teoria da Realidade Técnica*, situada entre a Teoria Ficcionalista e a da Realidade Objetiva, reconhecia a atuação social da pessoa jurídica e admitia que a sua personalidade fosse fruto da técnica jurídica. Para a teoria, a pessoa jurídica teria existência real, não obstante a sua personalidade fosse conferida pelo direito.¹²

No direito positivo brasileiro, o Código Civil adotou a Teoria da Realidade Técnica no tratamento dispensado às pessoas jurídicas. O artigo 45 do Código Civil de 2002, ao tratar sobre a tecnicidade jurídica desses entes, dispõe:

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

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

Através da leitura do dispositivo acima, vê-se que a imputação de personalidade à pessoa jurídica se dá por uma criação legal, ou seja, “as pessoas jurídicas de direito privado somente vêm a lume do mundo jurídico após a competente inscrição de seus atos constitutivos”.¹³ Ainda sobre o dispositivo, Tartuce comenta:

Esse artigo, na verdade, ressalta a tese de que o Código Civil adota a teoria da realidade técnica, uma vez que a pessoa jurídica, para existir, depende do ato de constituição dos seus membros, o que representa um exercício da autonomia privada.¹⁴

Diante do exposto, a Teoria da Realidade Técnica é a que melhor ilustra a forma com que o direito brasileiro trata a pessoa jurídica. Assim, a pessoa natural não é o único sujeito de direitos, sendo-o também a pessoa jurídica, com autonomia de vontade e patrimonial e atuação diversa na esfera jurídica.

¹¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. 1. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 66

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 186

¹³ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti (Coord.) [et al.] **Comentários ao código civil**: artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 181

¹⁴ TARTUCE, Flávio, *op. cit.*, p. 215

1.1.2. Aquisição de personalidade jurídica

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1º, dispõe que todas as pessoas são capazes de direitos e deveres na ordem civil. Dispõe, ainda, em seu artigo 2º, que a aquisição da personalidade jurídica por elas dá-se a partir do seu nascimento com vida.

Os dispositivos retro mencionados referem-se à pessoa natural, uma vez que o ser humano é o centro do ordenamento jurídico. O direito, no entanto, não se esqueceu da natureza associativa das pessoas naturais e criou regras para regular as pessoas jurídicas. Em seu artigo 52, o Código Civil estende o direito à personalidade conferido às pessoas naturais para as pessoas jurídicas, dispondo que “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, à proteção dos direitos da personalidade”.

Conforme se verá, a pessoa jurídica necessita preencher alguns requisitos para que seja constituída e, assim, adquira personalidade jurídica.

1.1.2.1. Requisitos para constituição da pessoa jurídica

Pode-se dizer que são três os pressupostos básicos para o surgimento da pessoa jurídica: vontade humana criadora; observância das condições legais para a sua instituição; e licitude de seu objetivo.¹⁵

O primeiro pressuposto, a *vontade humana*, se traduz na intenção de criar uma entidade distinta da de seus membros. Tal pressuposto é imprescindível, não se podendo conceber, no campo do direito privado, a formação de uma pessoa jurídica, por imposição do Estado, em prejuízo da autonomia negocial e da livre iniciativa.¹⁶ “A vontade humana materializa-se no ato de constituição, que deve ser escrito. São necessárias duas ou mais pessoas com vontades convergentes, ligadas por uma intenção comum (*affectio societatis*)”.¹⁷

A existência legal da pessoa jurídica também depende da *observância das condições legais para a sua instituição*. Consoante o já mencionado artigo 45 do Código Civil, a aquisição de

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 187

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 187

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p. 186

personalidade jurídica depende da inscrição dos atos constitutivos da pessoa jurídica no registro competente. Sobre esse segundo pressuposto, Gagliano e Pamplona Filho discorrem:

Vale observar que o Direito brasileiro adotou, no que tange à atribuição de personalidade à pessoa jurídica, o sistema das disposições normativas. Para se formar validamente, não basta a simples manifestação de vontade dos interessados, que se concretiza ao firmarem os estatutos ou o contrato social (sistema da livre formação), nem, muito menos, é indispensável o reconhecimento do Estado para que se possa imprimir existência jurídica a toda sociedade, associação ou fundação (sistema do reconhecimento). Pela teoria adotada, de natureza eclética, é reconhecido poder criador à vontade humana, independentemente da chancela estatal, desde que respeitadas as condições legais de existência e validade.¹⁸

Por fim, para adequada constituição da pessoa jurídica, seu *objetivo ou finalidade deve ser lícito*. Assim, embora exista o princípio da autonomia da vontade, deve-se ter em mente que este é limitado pela lei, de forma que não se pode reconhecer a existência legal e a validade de pessoa jurídica que tenha objeto social ilícito.

1.1.2.2. Início da existência legal

Conforme já delineado, “a pessoa jurídica resulta da vontade humana, sem necessidade de qualquer ato administrativo de autorização, salvo em casos especiais”.¹⁹ A existência legal, no entanto, da pessoa jurídica de direito privado só se inicia com o registro de seu ato constitutivo no órgão competente.

Breve análise do *caput* do artigo 45 do Código Civil permite concluir que a inscrição do ato constitutivo ou do contrato social no registro competente é condição indispensável para atribuição de personalidade à pessoa jurídica. Em alguns casos, entretanto, exige-se, ainda, autorização do Poder Executivo para seu funcionamento.

Diferentemente do que ocorre, portanto, com o registro civil de nascimento de pessoa natural, que é apenas declaratório da condição de pessoa - já que a personalidade jurídica é adquirida a partir do nascimento com vida -, pode-se dizer que o registro da pessoa jurídica no órgão competente tem natureza constitutiva, uma vez que é atributivo de sua personalidade.²⁰

¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 187

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p. 187

²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 188

A partir do registro - atributivo da personalidade, da capacidade jurídica – aplica-se às pessoas jurídicas a proteção dos direitos da personalidade, conforme preceitua o artigo 52 do Código Civil.²¹ Ressalte-se, no entanto, que não são todos os direitos personalíssimos da pessoa natural que se estendem à pessoa jurídica.

1.1.3. Autonomia patrimonial

Um dos principais efeitos da aquisição da personalidade jurídica é que a pessoa jurídica passa a ter autonomia patrimonial em relação a seus membros. Assim, como regra geral, a pessoa jurídica é uma realidade autônoma em relação aos membros que a compõem, possuindo plena capacidade para assumir direitos e obrigações.²²

O princípio da autonomia patrimonial prevê a separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o das pessoas físicas que a compõem, de forma que quem se responsabiliza pelos atos praticados pela pessoa jurídica é o seu próprio patrimônio e não o de seus sócios.²³ Para Clóvis Beviláqua, o referido princípio assegura à sociedade ter um fim próprio, econômico ou ideal; mover-se no mundo jurídico a fim de realizar esse fim; ter direitos seus e um patrimônio que administra, e com o qual assegura a solução das dívidas que contrai.²⁴

Nesse contexto, o Código Civil de 1916 preceituava expressamente, em seu artigo 20, a autonomia da pessoa jurídica, afirmando que “as pessoas jurídicas tem [*sic*] existência distinta da dos seus membros.” O Código Civil de 2002, por sua vez, não prevê expressamente o princípio. Sabe-se, no entanto, que ele continua existindo. A ideia de que as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros é inerente à própria identidade

²¹ Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

²² FARIAS, Luciano Chaves de. Desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa: aplicação da teoria. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 5, n. 25, fev./mar. 2009, p. 24

²³ RELVAS, Marcos. **Desconsideração da personalidade jurídica e o princípio da autonomia patrimonial no direito tributário**. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/7035/Desconsideracao_da_Personalidade_Juridica_e_o_Principio_da_Autonomia_Patrimonial_no_Direito_Tributario> Acesso em: 29 jul. 2011.

²⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. p. 228

da pessoa jurídica e resulta da interpretação de diversas normas como, por exemplo, os artigos 46, inciso V²⁵ e 1052²⁶, ambos do Código Civil.

Pode-se afirmar, ainda, que o artigo 47 do Código Civil recepciona tacitamente o princípio da autonomia patrimonial, porquanto preceitua que “obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.” Ao afirmar que a pessoa jurídica responde pelos atos de seus administradores exercidos nos limites dos poderes definidos no ato constitutivo, o artigo explicita que a pessoa jurídica responde pelos atos exercidos em seu nome, sendo esta autônoma. Ademais, se a pessoa jurídica responde pelos atos dos administradores apenas quando estes são exercidos nos limites de seus poderes é porque, nos demais casos, esta não responde e o princípio da autonomia patrimonial vigora.

Além disso, a regra mantém-se no direito vigente visto que o artigo 50 do Código Civil²⁷ atual reconhece os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica. Por motivos óbvios, a desconsideração pressupõe a consideração, de forma que a autonomia patrimonial segue existindo. Veremos adiante que a autonomia patrimonial poderá ser afastada, mediante desconsideração da personalidade jurídica, nos casos de abuso ou desvio de finalidade.²⁸

1.1.4. Relativização do princípio da autonomia patrimonial

Quando criada, a teoria da distinção de personalidades – que confere às pessoas jurídicas personalidade distinta da dos seus membros - vislumbra apenas um meio de permitir a concretização de grandes empreendimentos, através da limitação de

²⁵ Art. 46. O registro declarará: V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

²⁶ Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social

²⁷ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão, 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.

²⁸ TARTUCE, Flávio, *op. cit.*, p. 215

responsabilidade dos sócios.²⁹ Não previa, no entanto, que muitos empresários, valendo-se do princípio da autonomia patrimonial, passariam a se utilizar da pessoa jurídica para prejudicar terceiros de boa-fé, com o emprego de abusos e fraudes.

Em outras palavras, como os sócios, em regra, não respondem pelas dívidas da empresa e esta não responde pelas dívidas dos sócios, a pessoa jurídica passou a ser utilizada para violação de direitos. Isso passou a ocorrer porque “como sujeito de direito distinto, a pessoa jurídica pode servir de instrumento para fraudar o cumprimento da lei ou de obrigações. Transfere-se à titularidade de uma pessoa jurídica a obrigação que seria da física que a integra ou de outra pessoa jurídica”.³⁰

Sobre o uso indevido da pessoa jurídica, Barreto discorre:

Constatou-se, a partir do século XIX, um expressivo aumento na utilização da pessoa jurídica como instrumento para se atingir fins contrários aos ditames legais. Conseqüentemente, a doutrina e a jurisprudência passaram a se inquietar com tal situação e incentivaram a busca por meios capazes de conter os desvios de conduta ocorridos por meio da má utilização da pessoa jurídica.³¹

Nasce, assim, a necessidade de se combater as injustiças perpetradas pelo uso abusivo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. E é diante da preocupação gerada pela aplicação deturpada do instituto da pessoa jurídica que surge, como meio idôneo capaz de reprimir tais abusos, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica³², também conhecida como *Disregard Doctrine of Legal Entity*.

Destarte, no momento em que a personalidade jurídica tem seu uso voltado à violação do interesse público, a lei a desconsiderará, tornando responsáveis os sócios pelos crimes, fraudes ou quaisquer ilicitudes praticadas. Há que se promover, nesses casos, a desconsideração da personalidade jurídica, de forma a impedir o uso, de má-fé, do princípio da separação patrimonial.

²⁹ BOTTAN, Antonio Carlos. A desconsideração da personalidade jurídica: *disregard doctrine*. **Cidadania e Justiça Brasília**, Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, v. 10, jan. 2001, p. 126

³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 109

³¹ BARRETO, Leonardo Lumack do Monte. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos gerais e processuais do instituto. **Revista da Esmape - Escola Superior da Magistratura de Pernambuco**, Recife, v. 21, n. 2, jan. 2005, p. 350

³² BARRETO, Leonardo Lumack do Monte, *op. cit.*, p. 350

Destaque-se, por fim, que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica - como mecanismo de exceção para coibir fraude, abuso de direito, desvio de finalidade e autonomia patrimonial -, “não é incompatível ou mesmo contraditória com as razões que inspiraram a criação das pessoas jurídicas”.³³ Se a personalidade jurídica constitui criação da lei, como concessão do Estado, objetivando a realização de um fim, nada mais lógico do que reconhecer a este a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado.³⁴

1.2. Origem histórica da desconsideração da personalidade jurídica³⁵

Foi no século XIX, como se verá, que estudiosos e aplicadores do direito começaram a se preocupar com o uso deturpado que vinha sendo feito da pessoa jurídica. O instituto, que surgira para facilitar a realização dos interesses dos homens, passara a ser utilizado de maneira diversa ao que preceituava o ordenamento jurídico.

Veio à tona, então, a Teoria da Soberania, que se constituiu como um precedente à desconsideração da personalidade jurídica. A Teoria da Soberania foi elaborada pelo alemão Fritz Haussmann, na Alemanha, e objetivava, precipuamente, atribuir ao administrador de uma sociedade as dívidas inadimplidas pela mesma, revelando a substância das relações em detrimento da estrutura formal da sociedade. A teoria, no entanto, não chegou a se desenvolver satisfatoriamente, não tendo alcançado repercussão nos meios jurídicos.³⁶

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, por seu turno, foi aplicada pela primeira vez no ano de 1809, nos Estados Unidos, através da decisão proferida pelo Juiz norte-americano John Marshall, no caso *Bank of United States vs. Devaux*. Embora a Constituição Federal Norte-Americana previsse, em seu artigo 3º, seção 2ª, que as Cortes

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica: aspectos de direito material e processual. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 10, n. 48, mar. 2008, p. 3

³⁴ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 410, ano 58, dez. 1969, p. 15

³⁵ Em que pese o artigo 50 do Código Civil de 2002, que trata da desconsideração da personalidade jurídica, aplicar-se a qualquer pessoa jurídica – por encontrar-se no capítulo I (disposições gerais) do título II (das pessoas jurídicas) do Código –, o presente trabalho terá por referência somente as sociedades empresárias.

³⁶ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos de. **Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 52

Federais eram apenas competentes para resolver litígios entre pessoas naturais de diferentes estados - e não entre pessoas jurídicas e pessoas naturais -, o Juiz Marshall, objetivando preservar a jurisdição das cortes federais sobre as *corporations*, conheceu da causa, decretando os acionistas como elementos integrantes da ação, reconhecendo seus direitos e obrigações como cidadãos para serem abarcados pela jurisdição.³⁷

Pode-se dizer, entretanto, que o caso mais importante para o desenvolvimento da Teoria da Desconsideração – reconhecido por alguns autores, de forma equivocada, como o berço da *Disregard Doctrine* - aconteceu na Inglaterra, no ano de 1897. Trata-se do caso conhecido como *Salomon vs. Salomon & Co*, que envolveu o comerciante de couros e calçados Aaron Salomon.

O referido comerciante fundou, em 1892, a Salomon & Co, tendo como sócios fundadores ele mesmo e mais seis pessoas da sua família (sua mulher e seus cinco filhos). A sociedade foi constituída com 20.007 ações, sendo que a mulher e os cinco filhos tornaram-se proprietários, cada um, de uma ação, e as restantes 20.001 ações foram atribuídas a Aaron Salomon. Dessas 20.001 ações, 20.000 foram integralizadas com a transferência, para a sociedade, do fundo de comércio que Aaron já possuía como comerciante individual. De acordo com a narrativa dos fatos existentes na doutrina, o preço pelo qual se efetuou a transferência do fundo de comércio excedia em muito o valor da subscrição das ações, de forma que Aaron, além de sócio, era também credor com garantia real da sua própria sociedade.³⁸

A sociedade, no entanto, veio a ficar insolvente e, colocada em liquidação, verificou-se que seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, não sobrando também dinheiro para arcar com as obrigações contraídas perante os credores não garantidos. O liquidante sustentou, na liquidação, que a sociedade nada mais era do que uma extensão da atividade individual de Aaron, que havia se utilizado do artifício da personalidade jurídica para limitar sua responsabilidade e obter os lucros da atividade econômica, sem correr os riscos inerentes a ela e que, portanto, agira com abuso de direito sobre os credores.³⁹ Como consequência, deveria ser condenado ao pagamento dos débitos da Companhia, vindo a

³⁷ SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTR, 1999. p. 30 et. seq.

³⁸ SILVA, Alexandre Couto, *op. cit.* p. 30 et. seq.

³⁹ KONDO, Jonas Keiti. Natureza da pessoa jurídica: desconsideração da pessoa jurídica. **Jurisprudência Brasileira**. Curitiba, Juruá, v. 102, 2002, p. 23.

satisfação de suas pretensões creditórias depois da satisfação dos demais credores da companhia.

A pretensão dos credores foi reconhecida em primeira instância e confirmada pela Corte de Apelação, com o entendimento de que a companhia era uma fiduciária de Salomon, um *agent* ou *trustee* de Salomon, que permanecia o efetivo proprietário do negócio. Assim, condenaram-no a pagar à sociedade determinada quantia em dinheiro, correspondente ao capital devido à mesma.⁴⁰ Salomon, no entanto, foi absolvido pela Câmara dos Lordes, sob o fundamento de que a constituição da Salomon & Co era legítima por ter sido validamente constituída, como determina a lei britânica.

A decisão reformada acabou por desestimular os juristas britânicos a aprofundarem-se no tema, razão pela qual são pequenas as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais inglesas. O caso, no entanto, repercutiu nos Estados Unidos e, em seguida, ganhou grande expressão na Europa.

A sistematização da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica veio então a acontecer na Alemanha, na década de 50, através de estudos feitos pelo professor da faculdade de direito de Heidelberg, Rolf Serick. Para o professor, a pessoa jurídica seria um ente pré-existente ao próprio direito, podendo sua essência sobrepujar as normas jurídicas, justificando, assim, “a superação da personalidade jurídica da sociedade em caso de abuso, permitindo-se o reconhecimento da responsabilidade ilimitada dos sócios”.⁴¹

O professor Serick, em seus estudos, chamava a atenção pela preocupação que possuía com a valoração do elemento subjetivo na análise do direito. Nesse sentido, José Lamartine Correia de Oliveira discorre:

Se analisarmos a grande e fundamental obra de Serick, não podemos deixar de reconhecer qual a sua grande e meritória intuição: a da necessidade de maior atenção ao elemento ético na análise e interpretação do Direito. O nosso tempo é testemunha da crescente preocupação dos códigos com a necessidade de reintrodução de critérios éticos como básicos para a valoração dos fatos jurídicos. É nessa linha que se inscreve a crescente importância atribuída por diplomas legislativos recentes ao princípio da boa fé e à prevenção do abuso de direito. Tudo isso está a denunciar também – como de resto é evidente – o colapso do individualismo jurídico. Nesse sentido, compreende-se a preocupação que teve Serick com a valoração do elemento subjetivo. **Por isso, em linha de princípio, só deveria ser ignorada a autonomia da pessoa jurídica quando tivesse ela sido utilizada, de modo voluntário, para fraudar a lei, elidir obrigação contratual, ou prejudicar terceiros.** Com isso,

⁴⁰ KONDO, Jonas Keiti, *op. cit.*, p. 23

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 227

pretendia também o professor de Heidelberg assegurar a certeza jurídica, limitando os casos em que a interpretação ortodoxa da norma pudesse ser afastada sem qualquer problema de consciência para o julgador, que estaria, a rigor, aplicando uma sanção.⁴² [Grifou-se]

No Brasil, a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica passou a ser adotada diante da necessidade de se dar efetividade à prestação jurisdicional, ou seja, de se buscar meios para conferir àquele que logrou êxito no processo de conhecimento o seu resultado útil.⁴³

E foi Rubens Requião o primeiro jurista brasileiro a abordar, no final da década de 1960, o tema da desconsideração da personalidade jurídica, em conferência proferida na Universidade Federal do Paraná, posteriormente publicada na Revista dos Tribunais sob o título “Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica”.⁴⁴ No evento, Requião pregou pela total adequação da teoria ao direito pátrio, ainda que sem previsão legal, sob o argumento de que, sem a sua aplicação, as fraudes e os abusos comumente praticados através do uso das pessoas jurídicas não poderiam ser corrigidos.

Pontes de Miranda também tratou do tema em seu “Tratado de Direito Privado”⁴⁵, mas, por falta de dispositivos legais expressos que permitissem o uso da teoria, a maior parte dos doutrinadores pregava a sua inaplicabilidade, até que houvesse previsão legal.

No âmbito jurisprudencial, no entanto, os magistrados já se mostravam favoráveis à aplicação da teoria. Diante da inexistência de lei que autorizasse a aplicação do instituto, inicialmente os tribunais o aplicavam analogicamente, através da utilização da regra do artigo 135 do Código Tributário Nacional⁴⁶, que responsabiliza os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado por créditos correspondentes a

⁴² OLIVEIRA, José Lamartine Correia de Oliveira. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 608

⁴³ FIGUEIREDO, Luciano L. Os novos contornos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica: um estudo em busca da efetividade de direitos. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 32, nº 124, out-dez 2006, p. 141

⁴⁴ REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*

⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo L. Direito das obrigações: sociedades por ações. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 303

⁴⁶ Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos.⁴⁷

1.3. Conceito e aplicabilidade da desconsideração

Conforme já delineado, a formação de uma pessoa jurídica é de extrema importância, na medida em que fornece aos empresários, através da separação patrimonial entre o capital da empresa e o patrimônio dos sócios, a segurança necessária para o fomento da atividade empresarial. No entanto, não se pode ignorar que a aquisição de personalidade jurídica também facilita a realização de manobras abusivas, uma vez que limita a responsabilidade dos sócios pelos atos praticados sob o manto da sociedade.

E, sendo a personalidade jurídica uma criação do direito, uma técnica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos, voltada à viabilização dos interesses e objetivos dos indivíduos que a compõem, não se pode deixar de perceber que sua manutenção somente é autorizada enquanto estiver voltada para realização dos interesses e objetivos específicos previstos nos contratos ou estatutos sociais.⁴⁸ Se, ao contrário, a atuação da pessoa jurídica desviar-se dos fins previstos, surge espaço para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

A desconsideração ou desestimação da personalidade jurídica, como é conhecida no Brasil, recebe diversas denominações em Estados estrangeiros. No direito anglo-americano é conhecida como *disregard of legal entity* ou *lifting the corporate veil*; na Itália, como *superamento della personalità giuridica*; na Alemanha como *durchgriff der juristischen Personen* ou *missachtung der rechtform der Juristischen Personen*; na Argentina como *teoría de la penetración*; na França como *mise à l'écart de la personnalité morale*.⁴⁹

O instituto, que inicialmente era aplicado apenas aos casos de fraude, teve seu campo de incidência ampliado, sendo hoje utilizado não somente nesses casos mas também

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p. 215

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 281.

⁴⁹ CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 68, n. 528, out. 1979, p. 24

aos episódios de abuso de direito. Sobre sua aplicação, Alexandre Couto e Silva afirma que a teoria visa “não só coibir a fraude e o abuso de direito, mas tem o objetivo principal de realizar a justiça quando a personalidade da pessoa jurídica está sendo utilizada como forma de evitar obrigações legais ou frustrar a lei”.⁵⁰

Inicialmente cumpre distinguir a desconsideração da despersonalização da pessoa jurídica pois, embora as referidas expressões sejam utilizadas como sinônimos, não o são. Enquanto a desconsideração busca apenas ignorar, no caso concreto, os efeitos dados pela separação patrimonial entre os bens da sociedade e os dos sócios, a despersonalização busca a anulação da personalidade, por ausência de condições formais para a sua existência. Interessa, ao presente estudo, a desconsideração da personalidade jurídica, na qual não se quer desconstituir a pessoa jurídica, mas apenas declarar a ineficácia da separação patrimonial quando restar evidente que o instituto esteja sendo usado de forma indevida.

Dessa forma, a *disregard doctrine* significa, essencialmente, o desprezo episódico, pelo Poder Judiciário, da personalidade autônoma de uma pessoa jurídica, com o propósito de permitir que os seus sócios respondam com o seu patrimônio pessoal pelos atos abusivos ou fraudulentos praticados sob o “véu” societário.⁵¹ Sobre o assunto, Gagliano e Pamplona afirmam que:

O afastamento da personalidade deve ser temporário e tópico, perdurando apenas no caso concreto, até que os credores se satisfaçam no patrimônio pessoal dos sócios infratores, verdadeiros responsáveis pelos ilícitos praticados. Ressarcidos os prejuízos, sem prejuízo de simultânea responsabilização administrativa e criminal dos envolvidos, a empresa, por força do próprio princípio da continuidade, poderá, desde que apresente condições jurídicas e estruturais, voltar a funcionar.⁵²

Ressalte-se que a aplicação da desconsideração não importa dissolução ou anulação da sociedade, mas apenas desconsideração da sua personalidade em um determinado caso concreto, permanecendo válida para todos outros efeitos. Neste sentido, Márcia Faleiro e Melissa Folmann asseveram que:

Ocorre a desconsideração na medida em que o juiz identifica, em determinado caso, a pessoa jurídica como instrumento de fraude ou abuso que a tenha direcionado em sentido contrário à sua função, **permanecendo incólume a existência desta para os**

⁵⁰ SILVA, Alexandre Couto, *op. cit.*, p. 44.

⁵¹ FARIAS, Luciano Chaves de, *op. cit.*, p. 26

⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 229

demais atos, fatos e casos que não digam respeito ao analisado pelo juiz.⁵³
[Grifou-se]

Ainda sobre o assunto, Fábio Ulhoa Coelho dispõe que “a desconsideração da personalidade jurídica não atinge a validade do ato constitutivo [da sociedade], mas a sua eficácia episódica”.⁵⁴ Ao se desconstituir a personalidade jurídica de uma sociedade, portanto, ela não terá questionada a validade do seu ato constitutivo, mas apenas terá decretada a ineficácia da sua autonomia patrimonial no caso concreto. Dessa forma, se uma sociedade tiver sua autonomia patrimonial desconsiderada, ela continuará válida, assim como continuarão válidos todos os demais atos que tenha praticado.⁵⁵

Assim, pode-se dizer que a desconsideração da personalidade jurídica mantém estreita ligação com o princípio da preservação da empresa – que busca a continuidade da atividade econômica -, uma vez que ignora apenas o ato constitutivo da pessoa jurídica para determinado caso concreto, mantendo-o válido e eficaz quanto aos demais atos que não se relacionem com a fraude e o abuso de direito.

Pertinente, ainda, diferenciar a desconsideração da personalidade jurídica dos casos de responsabilização direta do sócio administrador, prevista no artigo 1016 do Código Civil⁵⁶, que ocorre quando este extrapola seus poderes, violando lei ou contrato social, impondo-lhes a lei a responsabilidade direta e pessoal por tais atos.⁵⁷ Tal responsabilização tem lugar apenas nas sociedades em que os sócios possuem responsabilidade limitada, já que nas demais estes se obrigam, solidária e ilimitadamente, com seu patrimônio particular, a saldar as dívidas contraídas pela pessoa jurídica.

Quanto à sua aplicabilidade, embora a desconsideração da personalidade jurídica esteja prevista expressamente para algumas áreas do direito brasileiro, é importante destacar

⁵³ FALEIRO, Márcia Bataglin Dalcastel; FOLMANN, Melissa, *op. cit.*, p. 45-46

⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154

⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 154

⁵⁶ Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

⁵⁷ PERSIKE, Patrícia. **A desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil**. Disponível em http://www.lfg.com.br/artigo/20080325113459510_direito-civil-_artigos-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-codigo-civil.html> Acesso em 09 out. 2011.

que esta pertence à Teoria Geral do Direito. Nesse sentido, posiciona-se Diógenes Gasparini dispondo que a desconconsideração:

É instituto que se afeiçoa a qualquer ramo do direito, pois o abuso pode ser praticado pela pessoa jurídica com vista a lesar credores, a prejudicar o Fisco, a ludibriar direitos dos familiares dos sócios, a escapar de sanções administrativas, a fazer tábula rasa do interesse público, a ignorar direitos do consumidor, a vilipendiar os direitos dos trabalhadores e a burlar a lei, por exemplo, tendo como objetivo favorecer seus sócios. É instituto, pode-se afirmar, da Teoria Geral do Direito.⁵⁸

A desestimação, portanto, foi a forma encontrada pelo direito de evitar que fraudes e abusos se perpetrem através do uso da personalidade jurídica. Conforme visto, não tem o objetivo de anular o conceito de pessoa jurídica, mas de desconsiderar, em determinados casos concretos e no resguardo de interesses de terceiros, a pessoa jurídica em relação às pessoas ou bens que atrás dela se ocultam. Aplicável a todas as áreas do direito, o instituto nega o absolutismo da regra da separação patrimonial, permitindo que se penetre o “véu” da personalidade jurídica e se investigue sobre certos atos dos sócios ou o destino de certos bens.⁵⁹

1.4. Pressupostos à aplicação da *Disregard Doctrine*

Para aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica exige-se, de uma forma geral, pela legislação, doutrina e jurisprudência, que a separação patrimonial entre o sócio e a sociedade tenha sido utilizada ilicitamente, mediante fraude ou abuso de direito. Embora o direito civil defina o que se deve entender por fraude e abuso de direito, esses conceitos formulados pela doutrina civilista são inadequados àqueles utilizados pela teoria da desconconsideração.⁶⁰

No Brasil, ainda há grande confusão na aplicação dos conceitos de fraude e abuso de direito à desconconsideração da personalidade jurídica. Fundamental, então, que se acentue qual o tipo de fraude ou de abuso que justificam a desconconsideração, uma vez que não é

⁵⁸ GASPARINI, Diogenes. *Disregard* administrativa. In: WAGNER Jr, Luiz Guilherme da Costa (Coord.). **Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dalari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 187

⁵⁹ REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de direito comercial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 71

⁶⁰ SILVA, Alexandre Couto, *op. cit.*, p. 36

qualquer expediente fraudulento ou abusivo capaz de causar dano a terceiro que autoriza o juiz a afastar a regra da separação patrimonial.⁶¹

1.4.1. Abuso de direito

O Código Civil de 2002 dispõe, em seu artigo 50, que:

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.

Primeiramente, cumpre ressaltar que o abuso de direito – gênero da espécie abuso da personalidade – pertence à Teoria Geral do Direito⁶² e que, embora esteja inserido no Código Civil dentro do Título pertinente aos atos ilícitos, com estes não se confunde. Enquanto no ato ilícito (Artigo 186 do Código Civil⁶³) a violação se dá quando ocorre afronta direta a um comando legal, no abuso (Artigo 187 do Código Civil⁶⁴), embora se esteja aparentemente agindo no exercício de um direito, valores que justificam o reconhecimento desse direito pelo ordenamento jurídico estão sendo violados.⁶⁵

O abuso de direito, portanto, corresponde ao exercício anormal ou irregular do direito, isto é, sem que assista a seu autor motivo legítimo ou interesse honesto justificadores do ato.⁶⁶ Abusa do direito aquele que, através do seu mau uso, se desvia do fim econômico-social para o qual aquele direito foi criado.⁶⁷ Para a desconsideração da personalidade

⁶¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 223.

⁶² SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. **A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 77-78

⁶³ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁶⁴ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁶⁵ BARROS, João Álvaro Quintiliano. **Abuso de direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 727, 2 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6944>>. Acesso em: 10 out. 2011.

⁶⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 4. v., 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 16

⁶⁷ KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 70

jurídica, ocorre abuso quando o direito à personalidade é utilizado indevidamente, ou seja, fora dos seus limites e na busca de objetivos não permitidos pelo ordenamento.

Ressalte-se, aqui, que a desconsideração da personalidade jurídica pressupõe a licitude dos atos praticados, revelando-se o objetivo ilícito apenas depois da desconsideração, já que o abuso vem ocultado pela pessoa jurídica. Em outras palavras, “admite-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para coibir atos aparentemente lícitos. A ilicitude somente se configura quando o ato deixa de ser imputado à pessoa jurídica da sociedade e passa a ser imputado à pessoa física responsável pela manipulação fraudulenta ou abusiva do princípio da autonomia patrimonial”.⁶⁸

Consoante o já mencionado artigo 50 do Código Civil de 2002, o abuso da personalidade jurídica dá-se por desvio da finalidade ou por confusão patrimonial, conforme se verá a seguir.

1.4.1.1. Desvio de finalidade

Ocorre desvio de finalidade quando a pessoa jurídica é utilizada para fins distintos dos objetivos ou valores que motivaram a sua criação. Em outras palavras, para que ocorra o exercício abusivo da personalidade jurídica, através do desvio de finalidade, esta deve ser direcionada a outro fim, estranho à sua função.

Se todo o direito tem um fim, “a finalidade principal em atribuir à pessoa jurídica personalidade distinta da dos membros que a compõem é a de conferir maior agilidade, estabilidade, permanência e segurança nas suas relações”.⁶⁹ No momento em que este fim deixa de ser observado, portanto, se está diante do desvio de finalidade praticado no exercício abusivo da personalidade jurídica. Nesse sentido, discorre Edmar Oliveira Andrade Filho:

O uso anormal da pessoa jurídica que consiste no desvirtuamento da sua finalidade institucional. À ideia de finalidade convém o conceito de função, de modo que o desvio de finalidade seria, em verdade, um problema de disfunção no uso da pessoa jurídica.⁷⁰

⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 2. v. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 43

⁶⁹ SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da, *op. cit.*, p. 132-133

⁷⁰ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil**. São Paulo: MP Editora, 2005. p. 113

Por fim, é importante destacar que o mero desvio de finalidade da sociedade não enseja a desconsideração da personalidade jurídica. Além do desvio, para que se possa aplicar o instituto deve-se observar a ocorrência de prejuízo a terceiros.

1.4.1.2. Confusão patrimonial

Conforme previsão do artigo 997 do Código Civil⁷¹, assim que a sociedade é constituída, o capital societário, autônomo ao patrimônio dos sócios, deve ser definido. Dessa forma, é pressuposto lógico e fundamental da criação de uma pessoa jurídica que esta possua patrimônio próprio dos indivíduos que a integram.⁷² Este patrimônio, portanto, deve ser utilizado somente nas relações negociais da pessoa jurídica ao qual está vinculado.

Diante disso, a partir do momento em que os sócios ou administradores, em benefício próprio, confundem o seu patrimônio com o capital societário, de forma que se torna impossível individualizar o patrimônio social e o particular, dá-se a confusão patrimonial. A autonomia patrimonial - que sustenta o instituto da pessoa jurídica - é quebrada, configurando uma das hipóteses de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica: a confusão patrimonial.

Por fim, assim como ocorre com o desvio de finalidade, a simples ocorrência de confusão patrimonial não legitima, por si só, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. A confusão patrimonial deve estar ligada à produção de um abuso à personalidade jurídica, sendo apta a causar dano a terceiro. “O que o art. 50 do CC [Código Civil] quer atingir é a confusão patrimonial prejudicial, isto é, aquela que é utilizada como escudo para obtenção de resultados que contrariem os fins econômicos e sociais do direito à personalidade jurídica”.⁷³

⁷¹ Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: [...] III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;

⁷² SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da, *op. cit.*, p. 135

⁷³ SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da, *op. cit.*, p. 136

1.4.2. Fraude

Ainda que não se encontre expressa no artigo 50 do Código Civil, a fraude é hipótese de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica e pode ser entendida como o “engano malicioso ou a ação astuciosa, promovidos de má-fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever”.⁷⁴

A má-fé e a intenção de causar prejuízo a terceiro são pressupostos à ocorrência de fraude e, nas palavras de De Plácido e Silva:

A fraude traz consigo o sentido de engano, não como se evidencia no dolo, em que se mostra a manobra fraudulenta para induzir outrem à prática de ato, de que lhe possa advir prejuízo, mas o engano oculto para furtar-se o fraudulento ao cumprimento do que é da sua obrigação ou para logro de terceiros.

Assim, a fraude sempre se funda na prática de ato lesivo a interesses de terceiros ou da coletividade, ou seja, em ato onde se evidencia a intenção de frustrar-se a pessoa aos deveres obrigacionais ou legais.⁷⁵

Em princípio, o ato fraudulento é lícito, mas busca atingir objetivo ilícito. Assim, pode-se dizer que a caracterização da fraude decorre sempre do emprego de meios lícitos para atingir resultados não permitidos pela lei, repudiados pelo direito e, geralmente, contrários aos interesses de terceiros, ou apenas violadores de preceitos de ordem pública, sem atingir direitos subjetivos.⁷⁶

1.5. Formulações da desconsideração – Teoria Maior e Teoria Menor

A doutrina brasileira revela a existência de duas teorias distintas para fundamentar a desconsideração da personalidade jurídica: a Teoria Menor, cujo expoente é Fábio Konder Comparato, e a Teoria Maior, cujo expoente no país é Rubens Requião.

A *Teoria Menor* permite a execução do patrimônio do sócio por obrigação social em qualquer hipótese, desde que verificado que a sociedade não possui bens suficientes à satisfação do crédito.⁷⁷ A desconsideração incide, para os adeptos dessa teoria, com mera

⁷⁴ SILVA, De Plácido e, *op. cit.*, p. 324

⁷⁵ SILVA, De Plácido e, *op. cit.*, p. 324

⁷⁶ LIMA, Alvino. **A fraude no direito civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 20

⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa, 1999, *op. cit.*, p. 35

prova da insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações. Basta que a sociedade seja insolvente e os seus sócios solventes para que sejam responsabilizados por obrigações dela.

Destaque-se, acerca desta teoria, trecho de voto proferido pela Ministra Andrighi no Recurso Especial 279.273-SP:

Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.⁷⁸

Para a Teoria Menor, portanto, o risco da atividade empresarial é inerente às atividades econômicas e deve ser suportado pela própria empresa ou, na impossibilidade, pelos seus sócios e administradores. O terceiro que contratou com a pessoa jurídica, então, jamais deve ser penalizado por um risco que é inerente à atividade econômica.

A *Teoria Maior*, por sua vez, exige, para desconconsideração da personalidade jurídica, que a pessoa jurídica esteja sendo manipulada de forma fraudulenta ou abusiva, na busca de fins ilícitos. Em outras palavras, o juiz está autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela.⁷⁹

Dentro da Teoria Maior da desconconsideração, existem outras duas formulações que merecem distinção: a subjetiva, que dá destaque à intenção do sócio ou administrador em frustrar o interesse do credor, condicionando a desconconsideração da personalidade jurídica à comprovação desse propósito; e a objetiva, que estabelece indícios e circunstâncias em que a fraude pode ser presumida, sem exigir a sua plena comprovação.

Pela *formulação subjetiva* – consagrada pelos estudos do alemão Rolf Serick - a aplicação do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica ficaria condicionada não só ao uso abusivo ou fraudulento da pessoa jurídica, mas também à comprovação de que o sócio ou administrador tenha agido com o propósito de fraudar o interesse do credor. O simples prejuízo suportado pelo credor em virtude da ausência e bens suficientes no

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 279.273-SP (2000/0097184-7)**. 3ª Turma. Relator Ministro Ari Parglender. Relatoria para Acórdão Ministra Nancy Andrighi. DJ de 29.03.2004.

⁷⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, 1999, *op. cit.*, p. 35

patrimônio da sociedade, portanto, não justifica por si só a desconsideração da personalidade jurídica. Deve, ainda, o credor provar que houve abuso ou fraude por intermédio da pessoa jurídica, bem como que houve intenção de prejudicar os credores.⁸⁰

A concepção subjetiva do instituto é assim denominada pois, sem a prova do elemento subjetivo, não há que se falar em desconsideração. A autonomia patrimonial é a regra e somente pode ser quebrada em casos bem definidos, mediante prova de que houve abuso ou fraude e, ainda, de que houve a intenção de prejudicar os credores. Um dos grandes problemas desta teoria, portanto, é a dificuldade que existe em se provar o elemento subjetivo na conduta do sócio. Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho acredita que a exigência de prova da intenção de fraudar os credores pode acarretar a inacessibilidade ao próprio direito, diante da complexidade de provas dessa natureza.⁸¹

A *formulação objetiva* do instituto, por sua vez, permite que se desconsidere a personalidade jurídica de uma sociedade pela simples verificação de confusão patrimonial. Para o doutrinador Fábio Konder Comparato, se a personalidade jurídica é uma técnica utilizada para se atingir determinados objetivos – autonomia e limitação (ou supressão) da responsabilidade individual -, nada mais justo que afastar o efeito da separação patrimonial quando faltar um dos pressupostos estabelecidos pela lei.⁸²

É claro que tal formulação da teoria não abrange todas as possibilidades em que caberia a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, pois existem fraudes que não se identificam com a confusão patrimonial. Seu mérito, no entanto, encontra-se no fato de que ao estabelecer presunções em que a fraude esteja ocorrendo, como a confusão patrimonial, a pretensão do autor encontra-se facilitada, já que este não precisa comprovar fraude ou abuso de direito.

Diante do exposto e a partir de breve análise ao artigo 50 do Código Civil, verifica-se que, no Brasil, a Teoria Maior é a regra, tendo a Teoria Menor âmbito de aplicação restrito ao Direito Ambiental (Artigo 4º da Lei 9.605/98⁸³) e ao Direito do Consumidor

⁸⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Pessoa jurídica: conceito e desconsideração. *Justitia*. São Paulo, n. 137, ano 49, p. 63-85, jan./mar. 1987. p. 77

⁸¹ COELHO, Fábio Ulhoa, 1999, *op. cit.*, p. 43

⁸² COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 294.

⁸³ Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

(Artigo 28, §5º do Código de Defesa do Consumidor⁸⁴).⁸⁵ Nessas áreas, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica não se subordina à demonstração de determinados requisitos, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores ou à qualidade do meio ambiente.⁸⁶

1.6. A *Disregard Doctrine* no direito brasileiro

Conforme já visto, foi no âmbito da *common law*, a partir da aplicação do instituto pelos tribunais norte americanos, que a desconsideração da personalidade jurídica se desenvolveu mundialmente e se concretizou.

No Brasil, por não existir lei que autorizasse, de forma expressa, a sua aplicação, os tribunais começaram aplicando-a analogicamente, através do disposto no já mencionado artigo 135 do Código Tributário Nacional. O referido artigo, embora não trate do tema, responsabiliza os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado por créditos que correspondam a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatutos.⁸⁷

Além do Código Tributário Nacional, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943) - como uma prévia ao surgimento da desconsideração da personalidade jurídica - em seu artigo 2º⁸⁸, já autorizava o juiz a ignorar a

⁸⁴ Art. 28 §5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

⁸⁵ FERREIRA, Gabriela Gomes Coelho. **Desconsideração da personalidade jurídica**: teoria maior e teoria menor. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20080530165036897_direito-comercial_n-356-desconsideracao-da-personalidade-juridica-teoria-maior-e-teoria-menor.html> Acesso em: 31 jul. 2011.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 279.273-SP (2000/0097184-7)**. 3ª Turma. Relator Ministro Ari Parglender. Relatoria para Acórdão Ministra Nancy Andrigh. DJ de 29.03.2004.

⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p. 215

⁸⁸ Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§1º Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

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

autonomia da pessoa jurídica de empresas matrizes e suas subordinadas exclusivamente para o reconhecimento da relação de emprego.

Entretanto, foi apenas no início da década de 90 que o direito positivo brasileiro consagrou a *Disregard Doctrine*, permitindo a aplicação do instituto em casos específicos, conforme previsão expressa e inequívoca no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor⁸⁹ (Lei nº 8.078/90).⁹⁰

Após o advento da Lei nº 8.078/90, outros dispositivos legais vieram a registrar a teoria da desconsideração: são eles os artigos 18 da Lei Antitruste⁹¹ (Lei nº 8.884/1994), que traz ideia semelhante a do Código de Defesa do Consumidor; e 4º da Lei 9.605/1998, que dispõe sobre a responsabilidade por atividades lesivas ao meio ambiente e permite que seja “desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

Com a promulgação do Código Civil de 2002, no entanto, é que a *disregard doctrine* ganhou notoriedade, consolidando-se definitivamente no ordenamento pátrio. O artigo 50 do referido Código passou a dispor sobre a repressão ao uso indevido da personalidade jurídica, quando esta for desviada de seus objetivos socioeconômicos para a prática de atos ilícitos ou abusivos, nos seguintes termos:

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.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ FARIAS, Luciano Chaves de, *op. cit.*, p. 28

⁹¹ 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.

Muito embora o texto do Código Civil não tenha se referido expressamente à desconsideração da personalidade jurídica assim como fez o Código de Defesa do Consumidor, é inegável que o legislador consagrou o instituto, já que o artigo é explícito ao aludir ao desvio de finalidade e à confusão patrimonial como situações que autorizam a constrição de bens dos sócios ou administradores.⁹²

Diante de todo o exposto, verifica-se que a desconsideração da personalidade jurídica já deixou de ser uma teoria, transformando-se em direito positivado e mostrando-se de extrema importância na coibição de fraudes e abuso de direito. Existem, no entanto, discussões quanto à possibilidade de aplicação do instituto aos licitantes, pela Administração Pública, diante da inexistência de previsão legal.

O próximo capítulo, portanto, fará um apanhado geral sobre o instituto da licitação, abordando o seu conceito, previsão legal, histórico, princípios, modalidades, fases e penalidades administrativas aplicáveis aos licitantes, para que, posteriormente, no último capítulo deste trabalho, se possa estudar os contornos jurídicos que permitem ou não a aplicação do instituto, pela Administração Pública, para desconsiderar a personalidade jurídica do licitante.

⁹² LOPES, João Batista. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT v. 818, dez. 2003, p. 43

2. DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

2.1. A organização do Estado brasileiro e a Administração Pública

O Estado é um ente personalizado que se apresenta não apenas externamente, nas relações internacionais, mas também internamente, como pessoa jurídica de direito público, capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica.⁹³ É composto de quatro elementos essenciais: o *povo*, componente humano do Estado; o *território*, limite espacial dentro do qual o Estado exerce de modo efetivo e exclusivo o poder de império sobre pessoas e bens; o *poder soberano*, emanado do povo, detido e exercido pelo Estado, de autodeterminação e auto-organização; e os *fins*, que consistem nos objetivos do Estado.

No ano de 1822, o Brasil conquistou sua capacidade de autodeterminação e independência – soberania -, tornando-se Estado. Adotou, no entanto, a forma de Estado Federativo que se conhece hoje somente em 1889, com a proclamação da República.⁹⁴ Como Estado Federal, o Brasil é composto por coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional⁹⁵, que atuam nos limites de competência estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil. Tais coletividades recebem o nome de União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e a repartição de competências entre esses entes constitui o suporte do regime de Estado Federativo.

Quanto à forma, o Estado brasileiro adotou o Governo Republicano. A República Federativa do Brasil possui como principal característica a divisão do Estado em três poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário -, os quais constituem estruturas destinadas à execução de certas funções. Para Montesquieu, filósofo que concebeu a teoria da tripartição dos poderes, é necessário que estes estejam em constante equilíbrio, de forma que se evite a supremacia de um sobre o outro.⁹⁶

⁹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 98-99

⁹⁵ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 99

⁹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 2

Consoante previsão do artigo 2º da Constituição Federal, os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si, e a cada um deles compete determinada função: ao Poder Legislativo compete a função normativa; ao Executivo, a função administrativa; e ao Judiciário, a função jurisdicional. Ressalte-se, no entanto, que embora haja essa divisão, não existe exclusividade no exercício das funções, e sim preponderância. Por isso se diz que, embora os Poderes tenham suas funções normais ou típicas, ainda desempenham algumas que deveriam pertencer a outro Poder – funções atípicas – sempre que a Constituição autorize.⁹⁷ Não existe, portanto, a separação total entre os Poderes do Estado, mesmo porque este é uno, indivisível e indelegável.⁹⁸

O Estado, como estrutura social, manifesta-se por seus órgãos supremos ou dependentes - que não exprimem senão vontade exclusivamente humana. Os órgãos supremos, objeto do Direito Constitucional, são aqueles aos quais incumbe o exercício do poder político e cujo conjunto se denomina *Governo*. Os órgãos dependentes, de natureza administrativa, estão em nível hierárquico inferior, são regidos pelas normas de Direito Administrativo e seu conjunto forma a *Administração Pública*.⁹⁹ Nas palavras de José Afonso da Silva:

O governo é o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulado, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político. Este se manifesta mediante suas funções que são exercidas e cumpridas pelos órgãos de governo. Vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.¹⁰⁰

Nos ensinamento de Hely Lopes Meirelles, o Governo, composto pelos Poderes de Estado, traduz-se na “expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção à ordem jurídica vigente”.¹⁰¹ A Administração Pública, por sua vez, não se confunde com o Governo. Consiste no aparelhamento estatal destinado à execução

⁹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 2

⁹⁸ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 107

⁹⁹ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 107

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 108

¹⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63

dos objetivos do Governo e busca pôr em prática a política governamental adotada, mediante atos de execução, conforme sua autonomia e competência funcional.¹⁰²

Interessa, ao presente estudo, a função administrativa exercida pelo Estado, objeto do Direito Administrativo, que tem como objetivo a gestão dos interesses coletivos para o alcance de fins colimados pela ordem jurídica. Como uma forma de a Administração Pública manter seus olhos voltados para fins de interesse público, o instituto da licitação surge para impedir a realização de contratações prejudiciais à coletividade.

2.2. Evolução legislativa do instituto da licitação

Primeiramente, cumpre ressaltar que, em que pese a bibliografia sobre licitação ser vasta – tendo por base a utilizada nesta monografia -, não se verifica preocupação dos autores com a abordagem histórico-evolutiva do instituto, sendo as contribuições da doutrina brasileira, neste ponto, exíguas. Importante, no entanto, que se faça uma síntese evolutiva.

Os primeiros sinais de uso de procedimentos licitatórios remontam à Idade Média, quando já se podia identificar, ainda que de forma precária, a busca pela proposta mais vantajosa e pela manutenção da igualdade entre os participantes. Na época, os Estados europeus se utilizavam de um sistema de compras denominado “vela e pregão”, que consistia em apregoar-se a obra desejada e, enquanto queimava uma vela, os construtores interessados podiam fazer suas ofertas. No momento em que se extinguísse a chama, a obra era adjudicada a quem houvesse oferecido o melhor preço ao Estado.¹⁰³

No Brasil, a regulamentação das compras públicas deu-se anteriormente à própria constituição do Estado Brasileiro e o princípio da concorrência já era expresso quando o país ainda era colônia de Portugal. O referido princípio encontrava-se insculpido, em 1592, nas Ordenações Filipinas, que já se preocupavam com a economia e com a qualidade da obra pública.¹⁰⁴

¹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 63-64

¹⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 27.

¹⁰⁴ BRASIL. **Ordenações Filipinas**. São Paulo: Saraiva, 1957, v. 1, Tit. 76, 17, 37. *In verbis*: “E não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão, para se dar de empreitada a quem houver de fazer melhor e por menos preço; porém as que não passarem de mil réis, se poderão mandar fazer por jornais, e umas e outras se lançarão em livro, em que se declare a forma de cada uma, lugar em que se há de fazer, preço e condições do contrato. E

Já na época do Império no Brasil foi editada, em agosto de 1828, uma lei que estabelecia regras para a construção de determinadas obras públicas. A referida lei repetia o princípio da concorrência dispondo que, para a realização de obras públicas, dar-se-ia preferência à contratação daquele que oferecesse maiores vantagens.¹⁰⁵

Com a formação do Estado Nacional e o surgimento do Decreto nº 2.926/1862, a licitação se consolidou no direito público brasileiro.¹⁰⁶ Já em 1909, no período Republicano, foram introduzidos no Brasil, por meio da Lei Orçamentária nº 2.221, preceitos que ainda permanecem atuais ao fixar as regras que deveriam ser observadas no processo concorrencial, conferindo sobriedade e seriedade no uso do dinheiro público.¹⁰⁷

Pode-se dizer, no entanto, que somente a partir da edição do Código de Contabilidade da União (Decreto-legislativo nº 4.536/1922) e do Regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública (Decreto nº 15.783/1922) que a Administração passou a utilizar o instrumento licitatório com maior frequência. O Código de Contabilidade sistematizou a legislação esparsa de direito financeiro e administrativo até então existentes, regulou a licitação de maneira incidental, mas acabou por influenciar toda a legislação subsequente sobre o assunto. Entre as normas administrativas, instituiu a concorrência para aquisição de materiais e gêneros para consumo, alienação de bens, arrendamento e contratação de obras e execução de serviços.¹⁰⁸

Em 1964 editou-se a Lei nº 4.401, que fixou normas para licitação de serviços e obras e aquisição de materiais, tendo introduzido a palavra licitação como indicativa de todas as modalidades do procedimento concorrencial.¹⁰⁹ No ano seguinte, foi promulgada a Emenda Constitucional 15 à Constituição de 1946, que elevou o instituto da concorrência ao nível da constitucional. Ainda do mesmo ano, merece destaque a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717,

assim como forem pagando aos empreiteiros, farão ao pé do contrato conhecimento do dinheiro, que vão recebendo, e assinarão os mesmos empreiteiros e o Escrivão da Câmara; e as despesas que os Provedores não levarem em conta, pagá-las-ão os Vereadores, que as mandaram fazer.”

¹⁰⁵ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos:** estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão – parcerias público-privadas. 10. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 3

¹⁰⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentário à lei das licitações e contratações da administração pública.** São Paulo: Renovar, 1994. p. 10

¹⁰⁷ MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *op. cit.*, p. 3

¹⁰⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *op. cit.*, p. 3

¹⁰⁹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *op. cit.*, p. 4

de 29 de junho de 1965) que surgiu para atuar como instrumento de controle da Administração Pública e para sistematizar a invalidade dos atos administrativos.¹¹⁰

No final da década de 60, as diversas normas reguladoras dos procedimentos licitatórios primavam por formalismos e exigências que não eram pertinentes ao objetivo do certame. O interesse particular pairava sobre o público e a finalidade da licitação era deixada de lado. Surgiu então, em 1967, a esperada Reforma Administrativa, representada pelo Decreto-Lei nº 200/67, que derogou, em parte, o Código de Contabilidade. O referido Decreto dispunha sobre toda a organização da Administração Pública Brasileira e guardou espaço para normas relativas à licitação, buscando a simplificação do procedimento, com vistas à eficiência.

Os dispositivos gerais sobre licitações contidos no decreto forneciam, com objetividade, os contornos do instituto, e previam três modalidades licitatórias, que se diferenciavam pelos recursos empregados, objeto pretendido, número de proponentes e alcance da publicidade: a concorrência, a tomada de preços e o convite. Em junho de 1968, com a publicação da Lei nº 5.456, a aplicação das normas relativas às licitações previstas no decreto em comento foi estendida às esferas estaduais e municipais.¹¹¹

Já na metade da década de 80, após o crescimento da máquina estatal durante o regime militar, o Decreto-lei nº 200/67 não atendia mais às necessidades do Estado. O Presidente da República, então, alegando urgência e invocando os artigos 8º, inciso XVII, alínea c¹¹², e 55¹¹³ da Constituição Federal de 1969, baixou, em Novembro de 1986, o Decreto-lei nº 2.300, para atualizar e sistematizar normas sobre licitação e contratos administrativos, que ficou conhecido como Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos.¹¹⁴ O Decreto-Lei em questão delineou melhor a matéria sobre licitação e foi o primeiro estatuto a regulamentar o procedimento licitatório para toda a Administração

¹¹⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *op. cit.*, p. 5

¹¹¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *op. cit.*, p. 5

¹¹² Art. 8º Compete à União: XVII - legislar sobre: c) normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; taxa judiciária, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, de registros públicos e notariais; de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário;

¹¹³ Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: [...] II - finanças públicas, inclusive normas tributárias;

¹¹⁴ MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *op. cit.*, p. 5-6

Pública, com a finalidade de impedir os desvios de conduta e reprimir as corrupções observadas nas concorrências públicas que atingia toda a Administração.¹¹⁵

O referido decreto nasceu sob a vigência da Carta Magna de 1967 – que nada dispunha sobre o instituto licitatório – e continuou vigendo com a Constituição Republicana. O diploma inovou nas modalidades da licitação, acrescentando às modalidades já conhecidas do antigo diploma o Concurso e o Leilão. Discriminou, ainda, os tipos de licitação: menor preço¹¹⁶, melhor técnica¹¹⁷, técnica e preço¹¹⁸ e preço-base¹¹⁹.

Finalmente em 1988, com o advento da atual Constituição, a licitação ganhou novo perfil, recebendo o status de princípio constitucional, de observância obrigatória pela Administração Pública Direta e Indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.¹²⁰ Com a promulgação da Constituição, foi conferida competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de licitação, pondo-se fim à discussão que existia desde a Constituição de 1967.¹²¹ A licitação ainda tornou-se obrigatória, podendo ser dispensada ou inexigida apenas em casos expressamente previstos em lei.

Cinco anos após a promulgação da Carta Magna, em Junho de 1993, foi editada a Lei nº 8.666, que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública e revogou todos os diplomas legislativos anteriores. A referida lei, e suas posteriores alterações, disciplinaram toda a forma de contratação junto à Administração Pública.

¹¹⁵ DOURADO, Márcia Almeida. **Licitações no Brasil**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1196>> Acesso em: 26 out. 2011.

¹¹⁶ No julgamento pelo menor preço, será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço (Art. 45, §1º, inciso I da Lei nº 8.666/93).

¹¹⁷ No julgamento pela melhor técnica, a seleção da proposta mais vantajosa é a que resulta de uma negociação que culmina pela escolha daquela que, tendo alcançado índice técnico comparativamente mais elevado do que o de outras, seu proponente concorde em rebaixar a cotação que havia feito até o montante da proposta de menor preço dentre as ofertadas. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 602-603

¹¹⁸ Nas licitações de técnica e preço, o critério de seleção da melhor proposta é o que resulta da média ponderada das notas atribuídas aos fatores técnica e preço, valorados na conformidade dos pesos e critérios estabelecidos no ato convocatório. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 604

¹¹⁹ Consoante o Decreto-Lei nº 2.300/1986, a licitação preço-base consistia na fixação, pela Administração, de um valor inicial e no estabelecimento, em função desse preço, de limites mínimo e máximo de preços para o objeto a ser licitado, a serem especificados no ato convocatório. Destaque-se, no entanto, que com a edição da Lei nº 8.666/93, conforme se verá posteriormente, esse tipo de licitação foi extinto.

¹²⁰ DOURADO, Márcia Almeida, *op. cit.*

¹²¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *op. cit.*, p. 6

Ressalte-se que até então o Poder Executivo havia sido o responsável pela edição das principais normas reguladoras dos procedimentos licitatórios, valendo-se da figura do Decreto-Lei. Com o advento da Lei nº 8.666/93, foi a primeira vez que uma lei veio estabelecer normas gerais pertinentes às licitações e aos contratos administrativos, e não mais um Decreto-Lei. A sanção do referido diploma significou a adoção de um texto com legitimidade democrática, trazendo avanço político-institucional.¹²²

A Lei 8.666/93 foi emendada e modificada por sucessivas Medidas Provisórias e por algumas leis, tendo sofrido, ainda, o impacto de um plano de estabilização econômica. Por fim, foi complementada pela Lei nº 10.520 de 17 de Julho de 2002, que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão para a contratação de bens e serviços comuns. Foi alterada, ainda, pela Lei Complementar 123/2006, à qual coube regulamentar as previsões constitucionais do artigo 170, inciso IX, que estabelece o tratamento favorecido para empresas brasileiras de pequeno porte, e do artigo 179, que determina tratamento diferenciado, simplificado e com redução de obrigações para estas empresas.¹²³

Diante de todo exposto, importante observar que à medida que a sociedade evolui e evoluem as necessidades coletivas, a legislação referente às licitações se modifica e se adequa aos novos princípios sociais, culturais e econômicos que passam a vigor. Nesse sentido, destaque-se a existência do Projeto de Lei nº 7.709, de autoria do Poder Executivo, que visa a alteração da Lei de Licitações, trazendo inúmeras inovações para melhoria do diploma já existente. Dentre outras, estão previstas no referido projeto a inversão das fases licitatórias, a utilização de meios eletrônicos em todas as modalidades de licitação, a substituição das publicações na imprensa oficial pelas publicações em meio eletrônico na internet, a inclusão de fase saneadora no procedimento, a diminuição dos prazos e fases recursais e a mudança que mais interessa ao presente estudo: a desconsideração da personalidade jurídica do licitante.¹²⁴

¹²² MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *op. cit.*, p. 6

¹²³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *op. cit.*, p. 6

¹²⁴ PEIXOTO, Ariosto Mila. **Comentários ao PL que altera a lei 8.666**. Disponível em: <<http://licitacao.uol.com.br/artdescricao.asp?cod=81>> Acesso em: 26 out. 2011.

2.3. Conceito, natureza jurídica e finalidades da licitação

Conforme ressaltado, o constante aumento das demandas sociais, culturais e econômicas torna impossível que a própria Administração Pública consiga suprir, sozinha, todas as suas necessidades e acaba por tornar o Poder Público dependente da participação de particulares na execução de suas atividades. Sempre com os olhos voltados para fins de interesse público, a Administração precisa valer-se de serviços e bens fornecidos por terceiros, razão pela qual é obrigada a firmar contratos para execução de obras, prestação de serviços, fornecimento de bens, execução de serviços públicos etc.¹²⁵

Diferentemente de como fazem os particulares, que dispõem de ampla liberdade quando adquirem, alienam, locam bens e contratam a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, precisa adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido em conformidade com a lei: a licitação.¹²⁶ Se a legislação, no entanto, deixasse a critério do administrador a escolha dos terceiros a serem contratados, essa liberdade daria espaço a escolhas equivocadas e a pactos escusos entre administradores públicos desonestos e particulares, o que prejudicaria a Administração e a coletividade.¹²⁷

Dessa forma, não podendo a Administração contratar com qualquer particular, dispõe esta de um meio adequado para fazê-lo, a licitação, que consiste, basicamente, em um procedimento que visa a proporcionar igualdade de oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões preestabelecidos pela Administração, buscando sempre a eficiência e a moralidade nos negócios administrativos.¹²⁸

Em que pese não haver um conceito uniforme entre os doutrinadores, os traços essenciais e as finalidades do procedimento licitatório encontram-se definidos de maneira consensual. Para José dos Santos Carvalho Filho, a licitação é o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados

¹²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 225

¹²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 524

¹²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 225

¹²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes, 2002, *op. cit.*, p. 25

selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos interessados, com o objetivo de celebrar contrato ou de obter o melhor trabalho técnico, artístico ou científico.¹²⁹

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando à seleção da proposta de contratação mais vantajosa e à promoção do desenvolvimento nacional, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.¹³⁰

Para Celso Antônio Bandeira de Mello licitação é:

O procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.¹³¹

Diante dos conceitos mencionados, vê-se que os doutrinadores, em geral, concordam quanto à natureza jurídica de *procedimento administrativo* das licitações. E assim o é pois, por óbvio, a licitação não pode exaurir-se com instantaneidade; é necessária uma sequência de atividades da Administração e dos interessados, devidamente formalizadas, para que se chegue ao objetivo desejado.¹³² Existe um encadeamento ordenado de atos e fatos - pelos quais os anteriores condicionam e validam os posteriores - vinculantes para a Administração e para os licitantes, destinados à formação do ato administrativo final, a adjudicação. Nesse sentido, leciona Marçal Justen Filho:

A licitação envolve a prática de uma série ordenada de atos jurídicos (procedimento) que permite aos particulares interessados apresentarem-se perante a Administração Pública, competindo entre si de forma isonômica. Cada fase da licitação se submete ao crivo de controle. Adotada determinada solução, a decisão está sujeita a controle (tanto administrativo quanto de órgãos externos).¹³³

¹²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, 226

¹³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 446

¹³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 526

¹³² CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 226

¹³³ JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 446-447

Quanto à finalidade, consoante previsão do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, os procedimentos licitatórios visam a alcançar triplo objetivo: selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Para a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração deve-se sempre observar a relação custo-benefício: “a maior vantagem se apresenta quando a Administração Pública assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação”.¹³⁴

Quanto à isonomia, importante destacar que esta não significa uma vedação à diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração Pública, até porque, quando a Administração escolhe alguém para contratar, está efetivando uma diferenciação entre os interessados. O que não se pode admitir, no entanto, é a discriminação arbitrária, resultante de preferências pessoais e subjetivas do administrador público.¹³⁵

Por fim, a ampliação das finalidades da licitação, de acordo com a nova redação dada ao *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93 (alteração dada pela Lei nº 12.349/10), com a inclusão da promoção do desenvolvimento nacional, afetou o modo de aplicar o princípio da isonomia: passou-se a admitir a estipulação de preferências em favor de bens e serviços relacionados à promoção do desenvolvimento nacional e modificou-se a avaliação da vantajosidade, tendo em vista que a licitação não será mais orientada apenas para selecionar a proposta mais vantajosa sob o prisma econômico em sentido estrito, mas também envolverá a promoção do desenvolvimento nacional.¹³⁶

Na realidade, o que é importante e que se deve ter em mente é que a invocação à finalidade de promover o desenvolvimento nacional sustentável não legitima contratações desastrosas ou práticas destituídas de eficiência econômica. Não pode, ainda, conduzir à inviabilização do atendimento de outras necessidades, igualmente importantes em face da supremacia da dignidade humana.¹³⁷

¹³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 448

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 449

¹³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 455

¹³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela lei 12.349. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, nº 50, abril 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo/php?informativo=50&artigo=528>> Acesso em: 27 out. 2011.

2.4. Previsão legal

Como visto, diferentemente da Constituição anterior, silente a respeito do tema, a Constituição Federal de 1988 faz referência expressa à licitação. Em seu artigo 22, inciso XXVII, define a competência privativa da União para editar normas gerais em matéria licitatória, *in verbis* :

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Ressalte-se, no entanto, que a competência para legislar sobre licitação assiste aos quatro entes políticos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Privativa da União é apenas a competência para editar *normas gerais* sobre o assunto, de modo que cada ente legislará para si próprio em sua esfera *específica*, respeitando as normas gerais produzidas pela União, de alcance nacional.¹³⁸ Nesse sentido, prevê o artigo 118 da Lei 8.666/93 que “os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto nesta lei”.

Podem, ainda, editar regulamentos próprios sobre licitações e contratos, ficando sujeitas às disposições da Lei nº 8.666/93, as sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo 118 da Lei de Licitações (Artigo 119 da Lei de Licitações).

Ainda como disciplina constitucional em matéria licitatória, deve-se mencionar o artigo 37, inciso XXI:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da

¹³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 527

lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O referido artigo, conforme se vê, enuncia o *princípio da obrigatoriedade da licitação*, dispondo que não pode a Administração se abster do certame licitatório antes da celebração dos seus contratos, salvo, é claro, em situações excepcionais especificadas em lei.¹³⁹ A essencialidade se repete na redação do artigo 175 da Carta Magna, que determina que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos.” [Grifou-se]

Por fim, a Constituição Federal faz, em seu artigo 173, parágrafo 1º, inciso III¹⁴⁰, previsão à necessidade de lei que estabeleça o estatuto jurídico de empresas públicas e sociedades de economia mista, dispondo, dentre outras coisas, sobre licitações para tais entidades.

Conforme já mencionado, deduz-se do artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal que, sendo competência privativa da União legislar sobre normas gerais, aos Estados, Distrito Federal e Municípios está reservada a competência para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação. Nesse sentido, a fonte legislativa primária da União, disciplinadora das licitações, que veicula os seus princípios gerais, é a Lei nº 8.666/1993 (e suas posteriores alterações), conhecida também como Estatuto dos Contratos e Licitações.

Além do Estatuto, deve-se destacar a Lei nº 8.987/1995, que regula os certames prévios às contratações em regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos; a Lei nº 9.074/1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações destas espécies de contrato; a Lei nº 10.520/2002, que inseriu no ordenamento o pregão como nova modalidade de licitação; e a Lei nº 11.079/2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública.

¹³⁹ Trata-se dos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, respectivamente previstos nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

¹⁴⁰ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

Vale lembrar, ainda, da Lei Complementar nº 123/2006 que, com vistas a regulamentar o artigo 179 da Constituição Federal¹⁴¹, instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, no qual foram inseridas normas específicas que permitem tratamento diferenciado e favorecido a essas categorias empresariais quando da participação em procedimentos licitatórios.¹⁴²

Por fim, destaque-se que alguns Estados e Municípios, por possuírem competência para tal, já editaram leis específicas que disciplinam as licitações no âmbito de seus territórios. Como exemplos, podemos citar as leis estaduais do Paraná (Lei nº 15.608/2007) e da Bahia (Lei nº 9.433/2005), que dispõem sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes dos respectivos Estados¹⁴³ e permitem a desconsideração da personalidade jurídica do licitante pela Administração Pública, tema que será tratado no capítulo final desta monografia.

2.5. Princípios da Administração Pública aplicáveis às licitações

Imprescindíveis para a formação teórica do Direito, os princípios jurídicos devem ser respeitados tanto na criação ou na formação de uma norma jurídica positiva e abstrata como na sua interpretação e aplicação ao caso concreto – a norma jurídica individualizada. Expressam para o Direito papel de extrema relevância, mostrando-se como a razão fundamental das normas positivadas.¹⁴⁴ “Firmam-se como normas originárias, ou leis científicas do Direito, traçando os limites, o alcance, o sentido e aplicação do ordenamento jurídico, ou definindo a estrutura do próprio Direito como ciência”.¹⁴⁵

¹⁴¹ Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

¹⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 228

¹⁴³ MUSSI, Guilherme. **A desconsideração da personalidade jurídica em licitações**. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/237/51409/?postagem=A+DESCONSIDERACAO+DA+PERSONALIDADE+JURIDICA+EM+LICITACOES>> Acesso em: 11 out. 2011.

¹⁴⁴ VEIGA, Lintney Nazareno da Veiga. **A importância dos princípios jurídicos para o direito tributário**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1298> Acesso em: 11 out. 2011.

¹⁴⁵ VEIGA, Lintney Nazareno da Veiga, *op. cit.*

Os princípios podem estar positivados no texto legal (explícitos) ou, ao lê-lo, podemos extrair dele os princípios que nortearam o legislador em sua elaboração (implícitos). Sobre os princípios explícitos e implícitos, Norberto Bobbio discorre:

Ao lado dos princípios gerais expressos existem os não-expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema.¹⁴⁶

O artigo 37 da Constituição Federal prevê que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverá obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além desses, existem outros princípios que importam ao Direito Administrativo e que serão analisados a seguir. Os referidos princípios serão importantes norteadores, no capítulo final desta monografia, dos estudos acerca da desconsideração da personalidade jurídica dos licitantes pela Administração Pública.

2.5.1. Supremacia e indisponibilidade do interesse público

O *princípio da supremacia do interesse público* revela-se como um postulado geral de Direito, inerente a qualquer Estado e sociedade. Não se encontra expresso em nenhum dispositivo específico da Constituição, embora inúmeros dispositivos o manifestem concretamente.¹⁴⁷ O referido princípio pressupõe que as atividades administrativas devem ser desenvolvidas pelo Estado em benefício da coletividade, ou seja, com vistas a satisfazer o interesse público. Não é o indivíduo o destinatário da atividade administrativa, mas sim a coletividade. Dessa forma, havendo conflito entre o interesse público e o interesse privado, o primeiro deve prevalecer. Não sendo assim, a Administração estará se desviando da sua finalidade.¹⁴⁸

¹⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Traduzido por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. Ed. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 159

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 96

¹⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 30-31

Atrelado ao princípio da supremacia está o *da indisponibilidade do interesse público*, também implícito no ordenamento jurídico: estando o administrador exercendo a função pública em nome e no interesse da coletividade, não pode ele dispor livremente desses interesses. Não pertencendo os bens e interesse públicos à Administração e a seus agentes, cabe a estes apenas geri-los e conservá-los em prol da coletividade, titular dos direitos e interesses públicos.¹⁴⁹

2.5.2. Legalidade

O princípio da legalidade é essencial ao Estado de Direito, qualificando-o e dando-lhe identidade própria. É base do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo é uma consequência do Estado de Direito, fruto da submissão desse Estado à lei.¹⁵⁰ Constitui um dever para que o Estado atue apenas nos termos em que a lei autoriza, não podendo o administrador fazer prevalecer sua vontade pessoal.

Sobre o princípio, Celso Antônio Bandeira de Mello discorre:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.¹⁵¹

A legalidade deve ser interpretada em sentido amplo, significando não apenas a aplicação da lei e da Constituição, mas também a aplicação dos princípios constitucionais. Cumpre, ainda, ressaltar que fazer o que está previsto na lei não significa não ter liberdade. A própria lei traz a liberdade do administrador, trazendo as condutas discricionárias que poderá adotar.

Na seara das licitações, o princípio da legalidade impõe que o administrador observe as regras traçadas pela lei para o procedimento licitatório, escolhendo a modalidade correta de certame, sendo claro quanto aos critérios seletivos, abstendo-se de realizar o

¹⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 32

¹⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 100

¹⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 100

procedimento somente nos casos previstos em lei, verificando os requisitos de habilitação dos candidatos e se dispendo a alcançar os objetivos colimados, em consonância com a legislação.¹⁵² Nesse campo do direito administrativo, o dever de observância da legalidade encontra-se explicitado, dentre outros dispositivos, no artigo 4º da Lei nº 8.666/93, que preceitua que todos os que participarem de licitação têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei.¹⁵³

2.5.3. Impessoalidade

O princípio da impessoalidade objetiva a igualdade de tratamento que a Administração Pública deve dispensar aos administrados que se encontrem na mesma situação jurídica.¹⁵⁴ É reflexo do princípio da isonomia e visa a impedir quaisquer favoritismos ou discriminações fundadas em características pessoais dos interessados, sublinhando o dever de que, nos procedimentos licitatórios, sejam todos os licitantes tratados com neutralidade. Para Marçal Justen Filho uma decisão será impessoal “quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador”.¹⁵⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello assim o define:

Traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.¹⁵⁶

Ressalte-se, ainda, que para doutrinadores como Hely Lopes de Meirelles e José dos Santos Carvalho Filho, o referido princípio relaciona-se diretamente com o princípio da finalidade: para que haja verdadeira impessoalidade, a Administração deve voltar-se

¹⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 233

¹⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 532

¹⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 19

¹⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal, 2010, *op. cit.*, p. 451

¹⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 114

exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se que o administrador busque satisfazer interesses pessoais.¹⁵⁷

2.5.4. Moralidade administrativa

De acordo com o princípio da moralidade administrativa, pressuposto de validade de todo e qualquer ato administrativo, os agentes públicos devem manter uma conduta lícita, compatível com a moral, a ética, os bons costumes e as regras da boa administração. Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

De acordo com ele [o princípio da moralidade administrativa], a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição.¹⁵⁸

A moralidade administrativa é ainda mais rigorosa do que a simples moralidade, pois o administrador tem obrigação de boa administração, ou seja, tem obrigação de, além de agir de forma correta, ser o melhor administrador possível.¹⁵⁹

Os princípios da lealdade e da boa-fé, por sua vez, compreendem-se no âmbito do princípio da moralidade, de forma que a Administração deve agir em relação aos administrados com “sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, evitado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte do cidadão”.¹⁶⁰

Na esfera das licitações, Marçal Justen Filho destaca que, para que seja observada a moralidade administrativa, estas devem ser norteadas pela honestidade e seriedade. Além disso, o princípio se aplica tanto à conduta do agente da Administração Pública como à dos próprios licitantes.¹⁶¹ O fato de o licitante ser um particular, portanto, não o exime de observar este princípio, sendo-lhe aplicável por estar lidando com a coisa pública.

¹⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 20

¹⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 119

¹⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 21

¹⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 119-120

¹⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal, 2010, *op. cit.*, p. 451

Por possuir um conceito um tanto quanto vago, a moralidade administrativa é pouco aplicada pelo Judiciário de forma isolada. Em geral, as decisões que citam o referido princípio acabam atrelando-o a outros princípios.

2.5.5. Publicidade

O princípio da publicidade consagra o dever que a Administração Pública tem de manter a transparência de seus atos entre os administrados, mediante ampla divulgação. Somente assim é que podem os indivíduos mensurar a legalidade dos atos administrativos e o grau de eficiência de que se revestem.¹⁶² O administrador, por exercer função pública, de interesse geral, deve dar conhecimento de seus atos ao povo, titular do direito. Para Hely Lopes Meirelles:

A publicidade, como princípio da administração pública (CF, art. 37, caput), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação.¹⁶³

Ainda leciona o doutrinador que “em princípio, todo ato administrativo deve ser publicado, porque pública é a Administração que o realiza”.¹⁶⁴ O sigilo somente é admitido quando imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal.

A publicidade possui ainda grande importância pois é a partir da publicação dos atos administrativos que os prazos começam a ser contados. Além disso, publicidade é condição de eficácia, sendo a partir de sua ocorrência que um ato começa a produzir efeitos. Nesse sentido, disciplina o artigo 61, parágrafo único da Lei nº 8.666/93 que a publicação do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa é condição indispensável para sua eficácia.

Em relação aos procedimentos licitatórios, estes devem ser amplamente divulgados, de forma a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número possível de pessoas. “Quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da

¹⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 24

¹⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes, 2003, *op. cit.*, p. 93

¹⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, 2003, *op. cit.*, p. 92

licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora”.¹⁶⁵ O artigo 3º, parágrafo 3º da Lei de Licitações prevê a regra da publicidade, dispondo que “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”. O Estatuto ainda aponta diversas situações em que o princípio da publicidade tem aplicação como, por exemplo, a exigência de publicação dos avisos contendo resumo dos editais na imprensa e a previsão de audiência pública no caso de licitações que envolvam valores vultosos.

2.5.6. Eficiência

A eficiência pressupõe a busca pela produtividade e economicidade, e a necessidade de se reduzir os desperdícios de dinheiro público, de forma que os serviços públicos sejam executados com presteza, perfeição e rendimento funcional.¹⁶⁶ Segundo os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros.¹⁶⁷

Foi a emenda nº 19 de 1998 que acrescentou, ao *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, o princípio da eficiência. No entanto, antes da referida emenda a Administração Pública já tinha a obrigação de ser eficiente: a lei nº 8.987/95 - que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos - já trazia em seu artigo 6º, *caput* e parágrafo 1º¹⁶⁸, a obrigatoriedade de eficiência no serviço público.

¹⁶⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 234

¹⁶⁶ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. Salvador: Ed. Podivm, 2005. p. 41

¹⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, 2003, *op. cit.*, p. 94

¹⁶⁸ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. §1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

2.5.7. Finalidade

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da finalidade é mais do que uma decorrência do princípio da legalidade: é inerente a ele, uma vez que a atuação da Administração Pública deve ser pautada pela *lei*, sempre observando os *fins* pretendidos pela norma autorizadora. O administrador deve buscar alcançar a finalidade normativa, o espírito da lei. Sobre o assunto, discorre o autor:

O que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima. A partir dela é que se compreende a racionalidade que lhe presidiu a edição. Logo, é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação, pois é em nome de um dado objetivo que se confere competência aos agentes da Administração.¹⁶⁹

O princípio da finalidade exige que o administrador atue com rigorosa obediência à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrangida na lei a que esteja dando execução. Se o agente público, no entanto, utilizar a lei como suporte para praticar atos desconformes com alguma dessas finalidades, estará burlando a lei sob o pretexto de cumpri-la e incorrerá em vício - denominado desvio de finalidade (ou desvio de poder) – que tornará o ato inválido.¹⁷⁰

2.5.8. Igualdade

É princípio constitucional fundamental, reflexo do princípio republicano, e indica que a Administração deve tratar de maneira igual os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica. Nas licitações, significa que os interessados em contratar com a Administração devem competir em iguais condições, sem que se ofereça vantagem a qualquer um deles.¹⁷¹ Nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.¹⁷²

¹⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 106

¹⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 107

¹⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 233-234

¹⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 532

Em consonância com o princípio da isonomia, o artigo 3º, parágrafo 1º da Lei nº 8.666/93 proíbe que o ato convocatório da licitação admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o contrato.

No entanto, ainda que existam essas proibições decorrentes do princípio da isonomia, podem ser estipuladas, nos certames licitatórios, diferenciações autorizadas pela lei na busca do interesse público. Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que o princípio da igualdade “conforta tratamentos distintos para situações distintas, sempre que exista uma correlação lógica entre o fator discriminante e a diferença de tratamento.”

Pode-se afirmar, por fim, que o princípio em comento encontra-se diretamente relacionado com o da impessoalidade, uma vez que se todos os interessados no procedimento licitatório tiverem as mesmas oportunidades, terão eles sido tratados de maneira impessoal.

2.5.9. Razoabilidade e proporcionalidade

Sem expressa previsão constitucional, têm aplicação direta em casos de discricionariedade da Administração Pública, sendo o princípio da proporcionalidade considerado pela doutrina brasileira uma faceta do princípio da razoabilidade.¹⁷³

O princípio da razoabilidade pressupõe que a Administração, ao agir com discricionariedade, deve obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitando as finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.¹⁷⁴ Sobre o dever do administrador de agir com razoabilidade diante de atos discricionários¹⁷⁵, Celso Antônio Bandeira de Mello discorre:

¹⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 111

¹⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 108

¹⁷⁵ Discricionário é o ato realizado, nos limites da lei, pelo administrador mediante critérios de conveniência e oportunidade. A prática de atos vinculados, no entanto, limita-se a reproduzir os elementos da lei que os compõem, sem qualquer avaliação sobre a conveniência e a oportunidade da conduta. CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 48

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicada.¹⁷⁶

Agir com razoabilidade significa agir de forma lógica, coerente, congruente, de forma que se atenda a finalidade da lei. Contrariamente, uma providência administrativa desarrazoada encontra-se em desconformidade com a finalidade da lei, e é ilegítima, uma vez que a finalidade integra a própria lei. Dito isso, é fácil observar que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que embasam constitucionalmente os princípios da legalidade e da finalidade.¹⁷⁷

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, tem como grande fundamento o excesso de poder e se destina a “conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração”.¹⁷⁸ José dos Santos Carvalho filho ensina que, segundo a doutrina alemã, para que a conduta do Estado observe o princípio da proporcionalidade, deve-se revestir de três fundamentos:

1) *adequação*, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) *exigibilidade*, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) *proporcionalidade em sentido estrito*, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.¹⁷⁹

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade constituem uma relativização à aplicação fria da letra da lei, permitindo que o administrador amolde melhor a vontade legislativa aos casos específicos. Não podem, no entanto, ser utilizados para a prática de atos abusivos, sob o pretexto de se estar atuando dentro das prerrogativas da discricionariedade.

¹⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 108

¹⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 109

¹⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 38

¹⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 38

2.6. Modalidades de licitação

Consoante previsão da Lei nº 8.666/93 existem cinco modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Além destas modalidades previstas no Estatuto, instituiu-se posteriormente o pregão, regulamentado pela Lei nº 10.520/2002. As primeiras três modalidades – concorrência, tomada de preços e convite – têm o mesmo objetivo: a contratação de obras, serviços e fornecimento de materiais. As modalidades concurso e o leilão, por sua vez, têm objetivos próprios e diferenciados.

A *concorrência* é a modalidade de licitação própria para contratações de grande vulto (Art. 23, incisos I, alínea c e II, alínea c da Lei de Licitações). Por serem os recursos financeiros empregados pela Administração mais elevados, a concorrência apresenta, em seu procedimento, maior rigor formal e exige mais ampla divulgação¹⁸⁰, podendo dela participar qualquer interessado que demonstre possuir os requisitos mínimos de qualificação fixados no edital (Art. 22, §1º do Estatuto).

A *tomada de preços* é modalidade de licitação menos formal que a concorrência, destinada a contratações de vulto médio, de valor imediatamente inferior ao estabelecido para a concorrência (Art. 23, incisos I, alínea b e II, alínea b da Lei de Licitações). Possui exigência de divulgação em círculo menos amplo, já que só participam da competição aqueles que estejam previamente cadastrados ou que demonstrem, até a data final do recebimento das propostas, que possuem os requisitos para cadastramento (Art. 22, §2º da Lei de Licitações).

A modalidade *convite*, por sua vez, é a que comporta menor formalismo, uma vez que se destina a contratações de menor vulto (Art. 23, incisos I, alínea a e II, alínea a da Lei de Licitações). Dá-se entre interessados do ramo pertinente ao objeto da contratação, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa, através de carta-convite, em número mínimo de três. A unidade administrativa deverá, ainda, afixar em local apropriado cópia do instrumento convocatório, estendendo-o aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestem interesse (Art. 22, §3º da Lei nº 8.666/93).

O *concurso* realiza-se entre quaisquer interessados e visa à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios estabelecidos no edital (Art. 22, §4º da Lei de Licitações). O

¹⁸⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p.261

concurso, em princípio, não tem como objetivo a contratação de alguém. Busca apenas selecionar projeto de cunho intelectual e a seu autor conceder um prêmio ou determinada remuneração.¹⁸¹

A modalidade *leilão* é utilizada para alienação de bens móveis inservíveis para a Administração, alienação de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, e para alienação de bens móveis adquiridos em procedimento judicial ou através de dação em pagamento. No leilão, terá direito à compra o candidato que oferecer maior lance, devendo este ser de valor igual ou superior ao da avaliação (Art. 22, §5º da Lei de Licitações).

Por fim, para resolver os problemas de morosidade e excesso de burocracia das modalidades de licitação previstas no Estatuto, foi editada a lei nº 10.520/02, na qual foi instituído o *pregão* como nova modalidade de licitação. O pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, considerados estes os bens e serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (Art. 1º da Lei nº 10.520/02).

Uma característica importante da estrutura procedimental do pregão é o fato de que a etapa competitiva antecede a fase de habilitação, de modo que somente serão examinados os requisitos de idoneidade do licitante vencedor na fase competitiva. Se a documentação da empresa não preencher os requisitos do edital e da lei, será inabilitada e passar-se-á à análise da documentação de habilitação do segundo colocado, até que se encontre um licitante que satisfaça os requisitos da habilitação.

2.7. Fases do procedimento licitatório

A licitação, por ser procedimento administrativo, realiza-se através de uma sucessão de atos em que os posteriores validam e confirmam os anteriores, observando-se, em cada fase, determinados requisitos. Nesse sentido, dispõe o artigo 4º da Lei nº 8.666/93:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta

¹⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 266

lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

O dispositivo retro mencionado acentua a natureza procedimental da licitação, ratificando que os atos da licitação não são independentes entre si nem podem ser enfocados isoladamente. A lei e o edital determinam a ordenação de atos, que deve ser obrigatoriamente observada, de forma que o descumprimento das fases estabelecidas acarreta no vício do procedimento como um todo.¹⁸²

As licitações ocorrem em duas etapas: uma interna e outra externa. A fase interna ocorre antes da convocação dos interessados e é nela que o órgão ou entidade que está promovendo o certame pratica os atos necessários à sua abertura, como a formalização do processo, a nomeação da comissão e a elaboração do edital. A fase externa, por sua vez, tem início com a publicação do edital ou entrega dos convites e se desenvolve como relacionamento entre a Administração e os terceiros interessados no certame, através do recebimento dos envelopes, habilitação, classificação e julgamento das propostas, homologação e adjudicação.¹⁸³

O procedimento licitatório tem início com a instauração do processo administrativo, que deverá ser autuado, protocolado e numerado, para garantia de todos os intervenientes. No processo deve constar a autorização para o certame, a descrição do objeto e a identificação dos recursos orçamentários que serão destinados à futura despesa.¹⁸⁴ Além desses, diversos outros documentos devem ser juntados ao processo de licitação, como o edital, atas, relatórios, recursos etc. (Artigo 38 da Lei nº 8.666/93). Instaurado o procedimento administrativo, passa-se à nomeação da comissão de licitação.

A comissão, regulada pelo artigo 51 da Lei nº 8.666/93, será responsável pela direção, processamento e julgamento do processo, e deverá ter, no mínimo, três membros, sendo pelo menos dois deles servidores públicos qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação. Poderá ser nomeada de forma *permanente*, para realizar todas as licitações em um determinado período, ou de forma

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 89

¹⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 574

¹⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 267

temporária, para apenas um procedimento específico. Nomeada a comissão, inicia-se a elaboração do edital.

O edital é o instrumento convocatório através do qual a Administração divulga aos interessados as regras a serem aplicadas em determinado certame. Na modalidade convite o instrumento convocatório utilizado é outro, a carta-convite, que faz às vezes do edital fixando, ainda que sumariamente, algumas normas e condições que devem vigorar no convite.

O edital (ou a carta-convite) traduz uma verdadeira lei, porque subordina os administradores e administrados às suas regras, e deve ser elaborado pela comissão de licitação, observados os requisitos do artigo 40 da Lei nº 8.666/93. Devem aparecer no edital dados como o objeto da licitação, o prazo e as condições para assinatura do contrato, o preço e as condições de reajuste, o critério de julgamento, as sanções para o caso de inadimplemento, dentre outros.

Após a elaboração do instrumento convocatório e submissão à Procuradoria do órgão realizador do certame, este retornará, se estiver de acordo com a legislação vigente, à autoridade superior nomeadora da comissão de licitação para que autorize, em ato formal, a publicação do edital. Com a autorização para publicação encerra-se a fase interna e dá-se início à fase externa da licitação.

A fase externa, portanto, tem início com a publicação do edital no Diário Oficial e em jornal de grande circulação. Se o edital possuir alguma irregularidade, é assegurado a qualquer cidadão, bem como ao licitante, impugná-lo (Art. 41, §§1º e 2º da Lei nº 8.666/93).

Após a publicação do edital ou entrega do convite, passa-se à fase de recebimentos dos envelopes, onde o licitante deverá apresentar aos responsáveis pela licitação, até o dia, horário e local fixado, sua documentação de habilitação e sua proposta técnica e/ou preço, em envelopes separados, fechados e rubricados no fecho.¹⁸⁵ Recebidos os envelopes, a comissão irá analisá-los, começando pelo que contém a documentação do licitante, motivo pelo qual se passa à fase de habilitação.

¹⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações & contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF>> Acesso em: 03 nov. 2011 p. 321

É nesta fase que se verifica a aptidão dos licitantes para participar do certame. Para habilitação, será exigida dos licitantes, consoante previsão do artigo 27 do Estatuto, documentação relativa à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal.¹⁸⁶ Nada mais poderá ser exigido além da documentação prevista nos artigos 27 a 31 do Estatuto, exceto se a exigência referir-se a leis especiais.¹⁸⁷

Feita a análise dos documentos de habilitação e preenchidos os requisitos da lei e do edital, estará o licitante habilitado. Caso contrário, será inabilitado, devendo a Administração devolver os envelopes das propostas fechados a ele, desde que não tenha havido recurso ou após a sua denegação (Art. 43, inciso II da Lei nº 8.666/93). Para que a sessão prossiga com o objetivo de julgamento das propostas é necessário que tenha havido desistência expressa quanto à interposição de recurso por parte dos licitantes. Se não houver desistência, a sessão só continuará depois do julgamento dos recursos ou depois de transcorrido o prazo recursal (Art. 43, inciso III da Lei nº 8.666/93). Será visto, no último capítulo desta monografia, que é na fase de habilitação que poderá, caso admitida, ser desconsiderada a personalidade jurídica do licitante pela Administração Pública.

Julgada a habilitação e os recursos, inicia-se a fase de classificação e julgamento das propostas. A classificação é “o ato administrativo vinculado, mediante o qual a comissão de licitação acolhe as propostas apresentadas nos termos e condições do edital ou carta-convite”.¹⁸⁸ Dá-se a partir do exame dos requisitos de admissibilidade das propostas, sem os quais não poderão nem ser tomadas em consideração. As propostas que estiverem em desconformidade com as regras e condições do edital e que apresentarem preços excessivos – acima dos praticados no mercado - ou manifestamente inexequíveis – muito abaixo dos praticados no mercado - serão desclassificadas (Art. 48, incisos I e II da Lei nº 8.666/93) e ficarão excluídas da disputa, não podendo a Administração entrar no mérito da conveniência que teriam.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

¹⁸⁷ BRASIL, Tribunal de Contas da União, *op. cit.*, p. 333

¹⁸⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 362

¹⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 599

Após a classificação, a comissão passará para a fase de julgamento das propostas, momento no qual a Administração irá selecionar a proposta que se mostra mais vantajosa para o futuro contrato.¹⁹⁰ O julgamento será feito de acordo com o tipo de licitação – menor preço, melhor técnica, técnica e preço, maior lance ou oferta¹⁹¹ - adotado no edital e deverá obedecer aos critérios previamente estabelecidos no ato convocatório, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle (Artigos 44 e 45, *caput*, da Lei nº 8.666/93). O julgamento deve, ainda, ser objetivo e realizado em conformidade com as normas e princípios estabelecidos no Estatuto para garantir transparência aos atos processuais.

Após julgamento, as propostas admitidas serão ordenadas em função das vantagens que oferecem, na conformidade dos critérios de avaliação estabelecidos no edital. Havendo empate entre as propostas, será assegurada, sucessivamente, a preferência aos bens e serviços produzidos no país, produzidos ou prestados por empresas brasileiras, ou produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país (Artigo 3º, §2º da Lei nº 8.666/93). Se o empate persistir, o desempate será feito, regra geral, mediante sorteio (Art. 45, §2º da Lei nº 8.666/93). No entanto, será assegurada, como critério de desempate, a preferência de contratação para microempresas e empresas de pequeno porte, consoante previsão do artigo 44 da Lei Complementar 123 de 2006¹⁹²

Do julgamento das propostas caberá recurso com efeito suspensivo (Artigo 109, inciso I, alínea b e artigo 109, §6º da Lei nº 8.666/93). Decorrido o prazo para recorrer, passar-se-á para a fase de homologação e adjudicação.

Segundo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Homologação é “o ato pelo qual a autoridade competente, estranha à comissão, após examinar todos os atos pertinentes ao desenvolvimento do certame licitatório, proclama-lhe a correção jurídica, se esteve conforme às exigências normativas. Pelo contrário, se houve vício no procedimento, ao invés de homologá-lo, deverá proferir-lhe anulação.”¹⁹³

¹⁹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 276

¹⁹¹ Nas licitações para alienação de bens ou concessão de direito real de uso o critério para seleção da oferta mais vantajosa será o de maior lance ou oferta. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 604

¹⁹² Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

¹⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 606

À homologação segue-se a adjudicação¹⁹⁴, que é o ato de resultado final da licitação, que “produz o efeito de conferir ao licitante a qualidade de vencedor e de titular da preferência para a celebração do futuro contrato”.¹⁹⁵ O vencedor, no entanto, não adquire o direito à celebração do contrato, que poderá ficar suspensa por conveniência e oportunidade da Administração.

2.8. Penalidades administrativas aplicáveis aos licitantes e contratantes

Por ser a licitação um procedimento administrativo a cargo da Administração Pública, esta possui a prerrogativa de controle/fiscalização do certame e da execução do contrato. Cabe ao administrador punir o licitante que, tendo vencido o certame, celebre contrato com a Administração mas dê causa a inexecução parcial ou total do contrato.¹⁹⁶

A conduta infracional praticada pelos particulares na seara das licitações poderá desencadear, além da rescisão do contrato, a aplicação de sanções administrativas. O artigo 87 da lei nº 8.666/93 elenca as possibilidades de sanção administrativa: advertência e multa, internas ao contrato, porquanto exaurem seus efeitos no âmbito da contratação; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, externas ao contrato, porque se aplicam fora dos limites do contrato a que se referem. Além dessas quatro, a rescisão unilateral, decretada em virtude de inadimplemento culposos, deve também ser considerada como espécie de penalidade administrativa.¹⁹⁷

A *advertência* consiste em uma sanção de menor gravidade, que gera como efeitos a submissão do particular à fiscalização mais atenta e a comunicação a ele de que, em caso de reincidência, a punição será mais severa. Se inexistir discriminação legal dos pressupostos da

¹⁹⁴ Existem entendimentos divergentes na doutrina quanto à fase que deve ocorrer primeiro: a homologação ou a adjudicação. Enquanto o artigo 38, inciso XII da Lei de Licitações se refere ao ato de adjudicação como algo que antecede a homologação, o artigo 43, inciso VI do mesmo diploma faz referência contrária. No presente trabalho adotou-se o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, segundo o qual primeiro se dá a homologação e, posteriormente, a adjudicação. Na modalidade de licitação denominada pregão, no entanto, extrai-se do artigo 4º, incisos XXI e XXII da Lei 10.520/2002 que a homologação dá-se após a adjudicação.

¹⁹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 279

¹⁹⁶ PEGORARO, Luiz Nunes. **Desconsideração da personalidade jurídica no procedimento licitatório**. Campinas: Servanda, 2010. p. 26

¹⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, 2010, *op. cit.*, p. 558-559

advertência, esta será tomada apenas como demonstração da insatisfação pela Administração, não podendo constar em qualquer cadastro nem ser invocada para produzir efeitos negativos à reputação e à idoneidade do particular.¹⁹⁸

A *multa* consiste em penalidade pecuniária e somente pode ser aplicada se houver previsão no instrumento convocatório ou no contrato. Pode ser cobrada em casos de atraso injustificado na execução do contrato ou pela inexecução total ou parcial do contrato (Artigos 86, *caput* e 87, inciso III da Lei nº 8.666/93).

A *suspensão temporária de participar em licitação e o impedimento de contratar com a Administração por prazo não superior a dois anos* é sanção administrativa com que se punem os contratados que, culposamente, prejudicarem o procedimento licitatório ou a execução do contrato por fatos de gravidade relativa. A referida sanção deve ser justificada e aplicada pelo agente público que represente a autoridade máxima do órgão em que ocorreu o ilícito.¹⁹⁹

A *declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública*, por sua vez, é penalidade aplicável por faltas graves do contratado inadimplente, para impedir que continue contratando com a Administração Pública. Constitui sanção administrativa genérica, que somente pode ser aplicada pela autoridade indicada na norma legal que a consigna, na forma e nos casos expressamente estabelecidos. A inidoneidade caracteriza-se pelo dolo, pela infração de natureza grave, ou ainda pela reiteração de falhas da empresa.²⁰⁰

A aplicação de sanção administrativa deve, sempre, observar o princípio da legalidade e as condições estabelecidas no ato convocatório. Além disso, deve observar o princípio da proporcionalidade, de forma que a sanção imposta seja compatível e adequada em relação à gravidade e à reprovabilidade da conduta do particular.²⁰¹ A regular apuração da falta contratual é condição de legalidade da punição, devendo sempre ser dada oportunidade

¹⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal, 2010, *op. cit.*, p. 559

¹⁹⁹ PEGORARO, Luiz Nunes, *op. cit.*, p. 35

²⁰⁰ PEGORARO, Luiz Nunes, *op. cit.*, p. 35-36

²⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal, 2010, *op. cit.*, p. 559

de defesa ao acusado. A motivação é também imprescindível para a validade da pena e se destina a evidenciar a conformação da pena com a falta.²⁰²

A responsabilidade administrativa resulta de infração à norma da Administração Pública, estabelecida em lei ou no próprio contrato, e impõe uma sanção ao contratado. As penalidades são aplicadas pela administração, mediante procedimento administrativo interno em que o infrator possa se defender. Sobre a importância da aplicação de penalidades diretamente pela Administração Pública, Luiz Nunes Pegoraro discorre:

Deve ficar assentado que a aplicação de penalidades diretamente pela Administração é correlata à obrigação de controle de seus atos. Seria inútil o acompanhamento de seus atos se, verificada irregularidade, não pudesse a Administração aplicar punição, a qual resulta da auto-executoriedade dos atos administrativos. Assim, o contratado está sujeito à imposição de penalidades legais e contratuais, independentemente de intervenção do Judiciário.²⁰³

Importante dizer, por fim, que se a responsabilização do infrator for ilegal, abusiva ou arbitrária, este poderá opor-se a ela através de recurso administrativo ou através do Judiciário.

Como visto no decorrer desse capítulo, a Administração Pública deve valer-se dos procedimentos licitatórios quando deseja adquirir, alienar, locar bens ou contratar a execução de obras ou serviços. A licitação, como procedimento, visa proporcionar igualdade de oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões preestabelecidos pela Administração, buscando sempre alcançar os interesses públicos e respeitar princípios como o da eficiência e da moralidade nos negócios administrativos.

Em virtude, entretanto, do insuficiente tratamento normativo dado às sanções administrativas aplicáveis aos licitantes na Lei 8.666/1993, a prática de atos fraudulentos e lesivos ao interesse público é uma realidade. As empresas costumam se apoiar na proteção adquirida com a aquisição de personalidade jurídica para praticarem os referidos atos, sem que as sanções previstas na legislação as alcancem. É o caso das empresas que deixam de cumprir o contrato estabelecido, recebem punição, mas seus sócios continuam a contratar com a Administração Pública, protegidos sob o “véu” de outra personalidade jurídica.

²⁰² PEGORARO, Luiz Nunes, *op. cit.*, p. 26-27

²⁰³ PEGORARO, Luiz Nunes, *op. cit.*, p. 27

Dessa forma, o próximo capítulo do trabalho analisará a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da empresa licitante pela Administração Pública, para que se estendam aos sócios as sanções a ela imputadas, como forma de tornar eficientes as sanções administrativas previstas na Lei de Licitações.

3. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO LICITANTE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme já explicitado, a desconsideração da personalidade jurídica consiste em uma medida que permite romper com a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para que o patrimônio particular dos sócios respondam pelas obrigações da sociedade. Dessa forma, a desestimação se mostra como um corolário do princípio da eficiência, visando a alcançar a responsabilização dos sócios, solidária e ilimitadamente, por atos praticados de forma fraudulenta e abusiva, em detrimento aos direitos de terceiros.

A Administração Pública, por sua vez, no exercício de seu dever-poder sancionador, aplica às pessoas que com ela se relacionam juridicamente sanções administrativas que, com frequência, se mostram inaptas a coibir a reincidência do infrator. É o que ocorre na seara das licitações, onde a aplicação de sanções administrativas aos licitantes e contratados tem demonstrado a ineficácia social das sanções como forma de evitar que novas condutas ilícitas sejam praticadas.

A dificuldade encontra-se no fato de que, constantemente, 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 até na mesma sede social da pessoa jurídica sancionada, no intuito de continuar a contratar com a Administração Pública. Por não haver contra essa nova empresa nenhum impedimento, ela pode participar de licitações e celebrar contratos administrativos, beneficiando-se, assim, as mesmas pessoas físicas que atentaram contra a Administração.

Diante dessa distorção, o Poder Público precisa valer-se de instrumentos que dotem de maior efetividade as sanções aplicadas aos licitantes e contratados. E é partir dessa necessidade que surge a proposta de desconsideração da personalidade jurídica dos licitantes que se encontrem submetidos às referidas sanções, como forma de coibir a reincidência de infrações e vedar o uso abusivo e fraudulento da pessoa jurídica no campo do Direito Administrativo.

Não há dúvidas de que o Poder Judiciário admite, como forma de garantir à Administração Pública um instrumento eficiente de combate às fraudes, a desconsideração da

personalidade jurídica da sociedade constituída em fraude à lei e com abuso de forma.²⁰⁴ O que se questiona é se a desconsideração dispensa a intervenção do Poder Judiciário e pode ser aplicada diretamente pela Administração Pública.

Existem divergências em torno do assunto, e pode-se verificar argumentos favoráveis e desfavoráveis à aplicação do instituto pela Administração Pública. Cumpre-nos neste capítulo, diante da problemática apresentada, percorrer os diferentes posicionamentos acerca do assunto para que, por fim, seja possível chegar a uma conclusão que melhor se adapte aos interesses públicos.

3.1. Da impossibilidade de desconsideração da personalidade jurídica do licitante pela Administração Pública

Por não estar a desconsideração da personalidade jurídica do licitante pela Administração Pública expressamente prevista na Lei de Licitações, existe grande discussão doutrinária sobre a aplicabilidade do instituto na esfera administrativa e se tal providência não se configuraria em uma afronta ao princípio da legalidade.

Sabe-se que a Constituição Federal determina em seu artigo 37 que a atuação da Administração Pública deve ser pautada pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

O artigo 3º da Lei de Licitações, por sua vez, dispõe que as licitações destinam-se a garantir a observância de diversos princípios, dentre eles o da legalidade:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da

²⁰⁴ Apenas para ilustrar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nesses casos, tem-se a **Apelação Cível nº 7001409492** do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Comarca de Ijuí. Terceira Câmara Cível. Relator Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino.

vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Conforme já abordado no segundo capítulo, o princípio da legalidade, essencial ao Estado de Direito, é base do regime jurídico-administrativo e fruto da submissão do Estado à lei.²⁰⁵ Constitui-se como um princípio genérico do ordenamento jurídico brasileiro e se mostra como uma garantia contra excessivas restrições às liberdades individuais ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Artigo 5º, inciso II da Constituição Federal).²⁰⁶

Incide, como se sabe, de forma diversa para a Administração Pública e para os particulares. Enquanto que para o Poder Público a lei é o limite positivo de atuação, devendo toda a Administração agir em conformidade com seus ditames, nas relações de Direito Privado, em face da autonomia da vontade, a lei é o limite negativo, sendo lícito ao particular fazer tudo aquilo que a lei não proíbe.²⁰⁷

Frente ao Poder Público, portanto, o princípio da legalidade é considerado uma das maiores garantias dos administrados e administradores, representando integral subordinação da Administração à previsão legal, visto que os agentes públicos devem atuar sempre em conformidade com a lei. Repita-se, a legalidade se constitui em um dever para que o administrador atue apenas nos termos em que a lei autoriza. Encontram-se, portanto, os administradores proibidos de exigir ações ou impor abstenções, mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.²⁰⁸

Na esfera das licitações, a legalidade é de extrema relevância, impondo a observância, pelo administrador público, das regras traçadas pela lei para o procedimento licitatório.²⁰⁹ Nesse sentido, o já mencionado artigo 4º da Lei de Licitações impõe o dever de observância do princípio da legalidade, *verbis*:

²⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 100

²⁰⁶ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Princípios do direito administrativo**. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/537053/artigos-principios-do-direito-administrativo>> Acesso em 18 nov. 2011.

²⁰⁷ OLIVEIRA, Heletícia. **O princípio da legalidade na administração pública**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/28866>> Acesso em 18 nov. 2011.

²⁰⁸ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 420

²⁰⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 233

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Os agentes públicos, portanto, no exercício de suas funções, estão obrigados à fiel observância do procedimento licitatório estabelecido pela lei, não podendo desvincular-se das balizas impostas por essas normas, sob pena de ilegalidade dos atos que praticarem e da imposição de sanções civil, penal e administrativa.

Diante do exposto, e com base estritamente em uma interpretação pura e simples do princípio da legalidade, admite-se a ilegitimidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica aos licitantes pela Administração Pública, porquanto inexistente norma legal expressa sobre a matéria. Nesse sentido, afirma Luiz Nunes Pegoraro que, “amparados no princípio da legalidade, alguns estudiosos afirmam que a Administração Pública somente pode agir, no exercício de sua atividade funcional, conforme expressa previsão na lei, não possuindo vontade pessoal”.²¹⁰

Guilherme Mussi discorre sobre o assunto afirmando que o óbice à aplicação do instituto pela Administração Pública decorre do regime jurídico aplicável ao direito administrativo sancionador, semelhante ao do direito penal, e que exige a observância do princípio da legalidade em seu sentido estrito.²¹¹ Sobre o assunto, Marçal Justen Filho leciona:

As sanções administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante. Os princípios fundamentais de direito penal vêm sendo aplicados no âmbito do direito administrativo repressivo.

[...]

A legalidade é instituto fundamental tanto do direito penal como do direito administrativo. Logo, não se poderia deixar de reconhecer que também o direito administrativo repressivo se submete a tal princípio. Não se pode imaginar um Estado Democrático de Direito sem o princípio da legalidade das infrações e sanções. O princípio da legalidade, no campo repressivo, representa uma garantia sob diversas abordagens.²¹²

²¹⁰ PEGORARO, Luiz Nunes, *op. cit.*, p. 80

²¹¹ MUSSI, Guilherme, *op. cit.*

²¹² JUSTEN FILHO, Marçal, 2010, *op. cit.*, p. 588

A atividade punitiva da Administração Pública, portanto, submete-se, como não poderia deixar de ser, ao princípio da legalidade. Trata-se de competência outorgada pela lei aos agentes públicos, de modo que sem previsão expressa em lei não há competência punitiva da Administração Pública. É preciso, sempre, que haja expressa previsão legal para que a Administração Pública possa impor uma sanção. Nesse sentido, discorre Rafael Munhoz de Mello que:

No campo do direito administrativo sancionador, o princípio da legalidade exige que o ilícito administrativo e a respectiva sanção sejam criados por lei formal. Apenas o legislador pode tipificar uma conduta como ilícito administrativo e imputar à sua prática uma sanção administrativa.²¹³

Ainda sobre a necessidade de expressa previsão da sanção em lei, pode-se dizer que esta legitima democraticamente a punição. Ademais, a observância do princípio da legalidade propicia a certeza e a previsibilidade da ilicitude, proporcionando a todos a possibilidade de ordenar suas condutas futuras. Para Marçal Justen Filho, “tipificar legislativamente a ilicitude e sua sanção equivale a atribuir ao particular a possibilidade de escolha entre o lícito e o ilícito”.²¹⁴

Não seria possível, diante de todo o exposto, que a Administração Pública desconsiderasse, diante do inadimplemento do contrato, a personalidade jurídica de empresa licitante para estender aos sócios as penalidades impostas à sociedade, porquanto não existe previsão expressa para tal.

Ademais, argumenta-se que da simples leitura do artigo 87 da Lei de Licitações²¹⁵ vê-se que as penalidades administrativas impostas por inexecução total ou parcial de contrato com a Administração são direcionadas explicitamente ao contratado, motivo pelo qual não poderiam ser aplicadas diretamente aos sócios, impossibilitando a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

No direito penal, alguém que cometa um ilícito penal e que, ao final de um processo judicial, venha a ser condenado, terá de cumprir a pena pessoalmente, pois esta é

²¹³ MELLO, Rafael Munhoz de. O regime jurídico das sanções administrativas. **Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil** – Seção do Paraná – n. 4 – Ago/Dez 2009. Disponível em: <<http://www.oabpr.com.br/revistaeletronica/revista04/149-171.pdf>> Acesso em 14. nov. 2011.

²¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, 2010, *op. cit.*, p. 588

²¹⁵ Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...]

personalíssima. Em face de previsão constitucional e legal, a pena não poderá ser estendida ou cumprida por outrem que não o autor do crime. Da mesma forma, de forma analógica, na Administração Pública não existe disposição legal que autorize a extensão da punição, de forma que - em face do princípio da legalidade - não se pode permitir que as penalidades imputadas à sociedade sejam suportadas pelos sócios.²¹⁶

Argumentando, ainda, contra a possibilidade de desconsideração, Luiz Nunes Pegoraro dispõe que se o sistema jurídico é burocrático, precário e permite a criação de novas pessoas jurídicas para contornar determinadas situações, não se pode culpar a pessoa natural por isso. Para o autor, se existe brecha que autoriza a instituição de nova empresa pela mesma pessoa, não se pode estender a essa nova empresa a punição que é de outra pessoa jurídica.²¹⁷

Em que pese todo o disposto acerca da necessidade de observância do princípio da legalidade, deve-se observar, no entanto, que esse vem sendo considerado, nos últimos tempos, como de abrangência excessivamente restrita frente à recente constitucionalização do Direito. A legalidade, portanto, precisa ser interpretada de maneira mais ampla, abrangendo, em sua nova concepção, não apenas a observação pura e restrita da lei, mas também dos princípios constitucionais.²¹⁸ Surge, nesse contexto, uma nova concepção da legalidade, que passa a ser conhecida como princípio da juridicidade, e será abordada no próximo capítulo da monografia.

Diante disso, pode-se dizer que a validade do comportamento dos agentes públicos não advém somente da lei em sentido formal, mas decorre de todo o ordenamento jurídico, a partir de uma interpretação sistemática. Assim, com base em uma interpretação ampla do princípio da legalidade e a partir da verificação dos demais princípios vetoriais da Administração Pública, a ausência de previsão expressa na legislação não se configuraria em óbice a que a personalidade jurídica de uma sociedade, em caso de utilização abusiva ou fraudulenta, fosse superada por força de decisão administrativa.²¹⁹ É o que será analisado a seguir.

²¹⁶ PEGORARO, Luiz Nunes, *op. cit.*, p. 81

²¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, 2010, *op. cit.*, p. 81

²¹⁸ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Princípio da juridicidade x princípio da legalidade estrita nas licitações públicas**. Análise prática da admissibilidade de juntada posterior de documento no procedimento licitatório. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14065/principio-da-juridicidade-x-principio-da-legalidade-estrita-nas-licitacoes-publicas>> Acesso em 14. nov. 2011.

²¹⁹ FARIAS, Luciano Chaves de, *op. cit.*, p. 37

3.2. Da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica do licitante pela Administração Pública

Conforme já delineado no decorrer desse trabalho discute-se muito atualmente a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, administrativamente, para atingir os sócios de pessoas jurídicas que, ante a aplicação de sanção administrativa que resulte na impossibilidade de contratar com os órgãos públicos, acabam por criar uma nova pessoa jurídica, porém com a mesma finalidade, mesmos sócios, e até mesma sede, no intuito de burlar a Lei de Licitações, dando continuidade às tentativas de contratação com o Poder Público.

A Lei de Licitações confere à Administração Pública a prerrogativa de controle e fiscalização dos certames, para coibir que aconteçam irregularidades no decorrer dos mesmos. Caso ocorram desvios, no entanto, a Administração está autorizada pela lei a aplicar sanções administrativas aos licitantes.

O artigo 87 da lei nº 8.666/93 elenca as sanções administrativas aplicáveis aos licitantes que, vencedores do certame, celebrem contrato com a Administração, mas dêem causa à inexecução parcial ou total do contrato. As penalidades de advertência e multa são menos severas, uma vez que seus efeitos se extinguem no âmbito da contratação, enquanto que a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, constituem penalidades mais severas, porque se aplicam fora dos limites do contrato a que se referem.

Interessam, ao presente estudo, as duas últimas sanções, porquanto se destinam a punir irregularidades mais graves e que, justamente por sua severidade, deveriam impedir, de fato, a contratação de empresas inidôneas pela Administração Pública. Não é isso, no entanto, que ocorre. Empresas comumente contratam com a Administração, dão causa à inexecução do contrato, recebem sanções administrativas, mas seus sócios continuam a celebrar contratos com o Poder Público, sob o véu da personalidade jurídica de outra sociedade.

Esta situação não incomum acaba por tornar a sanção administrativa vazia, desprovida de eficácia social, revelando, ao contrário do que deveria, a falta de mecanismos jurídicos aptos a coibirem faltas que por ventura sejam cometidas por licitantes ou

contratantes, criando-se uma realidade de plena ineficácia jurídica para a sanção imposta.²²⁰ Assim, diante desta constatação, poderia a Administração Pública promover, no âmbito administrativo, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa para poder afastar de futuro processo licitatório a nova empresa constituída pelos sócios da empresa anteriormente impedida de licitar? A desconsideração poderia ser concretizada através de ato administrativo?

Frise-se, inicialmente, que as normas do direito privado, em especial as que se encontram no Código Civil, são, em alguns pontos, aplicáveis às relações entre a Administração Pública e o administrado. Isso se dá em face do caráter geral que ostenta o direito civil e da existência de inúmeros vínculos entre ele e a atividade administrativa. Muito embora a lei civil não declare expressamente que se aplica ao Estado, o ente estatal se subordina àquela quando disciplina relação jurídica idêntica ou semelhante à estabelecida no direito privado.²²¹

Diante da possibilidade de aplicação subsidiária da legislação civil ao Direito Administrativo, pode-se admitir, como conseqüência, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica não apenas ao direito privado, mas também às relações entre Administrador e administrado. Cumpre verificar, no entanto, se essa aplicação pode se dar a partir de um ato administrativo ou somente diante de decisão do Poder Judiciário.

Sabe-se que nas esferas cível e consumerista a personalidade jurídica de uma empresa pode ser desconsiderada, eventual e temporariamente, apenas por decisão judicial, após análise do caso concreto pelo magistrado. Ocorre, no entanto, que as relações jurídicas de Direito Privado possuem características diferentes das relações que se dão na esfera administrativa. Nesse sentido, discorre Farias:

[...] A explicação lógica para a necessidade de decisão judicial nas esferas consumerista e cível reside no fato da existência de relações jurídicas de Direito Privado, caracterizadas pela horizontalidade, não podendo uma das partes, unilateralmente, impor obrigações ou constituir direitos em desfavor da outra. Na esfera administrativa, a realidade é bem distinta. As relações jurídicas não são caracterizadas pela horizontalidade, existem as conhecidas cláusulas exorbitantes, a indisponibilidade do interesse público e a sua prevalência (supremacia) sobre o

²²⁰ BOHLER, Marco André. **Desconsideração da personalidade jurídica por ato administrativo**. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2630>> Acesso em: 15. nov. 2011

²²¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e *disregard doctrine*. **Revista da Ajuris**. Ano XXXV. N° 112. Dez. 2008.

interesse privado da outra parte. Por isso, é plenamente possível conceber a dispensabilidade da decisão judicial na aplicação da teoria na seara administrativa.²²²

De fato, as relações jurídicas na esfera administrativa diferem das de direito privado, porquanto a característica da verticalidade impõe ao Poder Público uma posição de superioridade frente aos particulares, para que sejam garantidos os interesses públicos. Dessa forma, contratar com a Administração Pública é sinônimo de subserviência do particular contratante, em respeito ao já comentado princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Para que se possa, portanto, aplicar o instituto da desconconsideração na esfera administrativa, por ato administrativo, ou seja, dispensando a decisão judicial, precisa-se, em consonância com os princípios da Administração Pública, quebrar o paradigma formado pelo direito privado de que a desestimação se aplica apenas pelo Judiciário.

Conforme já explicitado, a Administração Pública, por previsão constitucional, deve pautar sua atuação obedecendo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (Artigo 37 da Constituição Federal). Os procedimentos licitatórios, por sua vez, encontram-se disciplinados pela Lei de Licitações e foram planejados em harmonia com os referidos princípios constitucionais e com mais outros aplicáveis, como os da supremacia e indisponibilidade do interesse público, diante da necessidade de se estabelecer critérios e meios de escolha de particulares para contratar com o Poder Público.

A discussão centra-se principalmente no dever de observância do princípio da legalidade. É a partir dele – que obriga a Administração a agir conforme expressa previsão legal - que se questiona a possibilidade de aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, à margem de expressa previsão normativa. Aos que acreditam na impossibilidade de desconconsideração da personalidade jurídica do licitante pela Administração Pública, baseados no princípio da legalidade em sentido estrito, contrapõem-se aqueles que entendem ser possível a desconconsideração, ainda que inexistia disposição normativa expressa nesse sentido. A argumentação de defesa centra-se nos diversos princípios já citados, e no próprio princípio da legalidade, interpretado em uma concepção moderna e sistemática.

²²² FARIAS, Luciano Chaves de, *op. cit.*, p. 31

Há que se proceder a devida ponderação quando da interpretação da incidência do princípio da legalidade no âmbito dos procedimentos licitatórios. Caso se parta de uma concepção estrita do referido princípio, se chegará à extremada situação do administrador que, sem qualquer juízo de valoração, em todas as situações, resume seu campo de atuação à simples observância de um preceito legal.²²³ É importante, portanto, que o princípio da legalidade seja interpretado em uma concepção moderna, que não exija somente sua literalidade formal, mas uma análise sistemática do ordenamento jurídico vigente. Sobre a necessidade de interpretação sistemática da legalidade, Marçal Justen Filho discorre:

Quando se afirma que o princípio da legalidade envolve a existência de lei, isso não pode ser interpretado como exigência de disciplina legal literal e expressa. O princípio da legalidade conduz a considerar a existência de normas jurídicas, expressão que não é sinônima de “lei”, tal como exposto.

Há princípios jurídicos implícitos. Também há regras jurídicas implícitas. A disciplina jurídica é produzida pelo conjunto das normas jurídicas, o que exige compreender que, mesmo sem existir dispositivo literal em uma lei, o sistema jurídico poderá impor restrição à autonomia privada e obrigatoriedade de atuação administrativa.²²⁴

O administrador não pode se limitar a realizar o comando normativo que aparentemente está previsto no texto legal. Deve, pelo contrário, atuar de forma a não reputar a norma escrita como fim, mas como meio para que se atinja o fim precípuo da Administração: o interesse público. Vê-se aqui, destarte, a necessidade de observância do princípio da finalidade que, conforme delineado no segundo capítulo deste trabalho, é parte integrante da legalidade, uma vez que a atuação da Administração Pública deve pautar sua atuação pela lei, sempre observando os fins pretendidos pela norma autorizadora. O princípio da finalidade exige que o administrador atue com rigorosa obediência à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrangida na lei a que esteja dando execução.²²⁵

Se for considerado, portanto, que uma das finalidades na aplicação das sanções administrativas aos licitantes inadimplentes é, justamente, a de coibir práticas que levem ao desperdício de recursos e se desviem do interesse público ao permitir que “nova” pessoa jurídica constituída no intuito de fraudar a lei possa contratar normalmente com a Administração, o administrador estará, indubitavelmente, se afastando do princípio da

²²³ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de, *op. cit.*

²²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, 2010, *op. cit.*, p. 195

²²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 107

finalidade. Ademais, a finalidade de uma norma sancionatória é, sem dúvidas, evitar que o fato que ensejou a sanção venha a se repetir, o que não tem ocorrido com a aplicação das sanções previstas na Lei de Licitações.

Assim, para que observe o princípio da legalidade, a atividade administrativa mais adequada ao verdadeiro sentido do Estado Democrático de Direito não pode prescindir da legitimidade cujo referencial é o interesse público. Apenas será legítimo o comportamento administrativo se houver, além da observância dos aspectos formais das leis, o respeito aos valores consagrados expressamente como fundamentos do ordenamento.²²⁶

E é a partir desse entendimento que se passa ao atual estágio da hermenêutica jurídica no tocante à interpretação das leis.²²⁷ Deve-se entender, hoje, a legalidade como o princípio que vincula a Administração a todo o sistema normativo, abrangendo os princípios constitucionais explícitos - moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, isonomia - e implícitos - razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé, supremacia e indisponibilidade do interesse público -, nas normas constitucionais e legais vigentes, bem como a imprescindibilidade de atendimento ao interesse público.

Diante dessa nova forma de pensamento, surge a concepção de juridicidade como uma evolução do entendimento do princípio da legalidade. Pelo princípio da juridicidade, portanto, o administrador público deve submeter-se não apenas à lei, mas ao Direito, que pode ser instrumentalizado por outros meios, que não a lei formal.²²⁸ A lei não é a única fonte de Direito, e a Administração Pública deve procurar dar efetividade à norma, tornando dinâmico o direito posto e dando realização ao Direito.

Sobre o princípio da juridicidade, discorre Carmen Lúcia Antunes Rocha:

Sendo a lei, entretanto, não a única, mas a principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, **não se limitando à lei formal, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado**. Por isso este não se bastou como Estado de Lei, ou Estado de Legalidade. Fez-se Estado de Direito, num alcance muito maior do que num primeiro momento se vislumbrava no conteúdo do princípio da legalidade, donde a maior justeza de sua nomeação como “princípio da juridicidade”.²²⁹ [Grifou-se]

²²⁶ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *op. cit.*

²²⁷ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *op. cit.*

²²⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 79.

²²⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, *op. cit.*, p. 51.

A juridicidade distingue-se da legalidade porquanto a primeira pressupõe um domínio amplo do Direito, formado por princípios e regras jurídicas, enquanto a segunda encontra-se circunscrita às regras jurídicas. É a partir da noção de juridicidade que se deixa de lado o conceito primário de legalidade, que se satisfaz com o cumprimento simplista de regras isoladas. Busca-se, a partir da juridicidade, a observância íntegra do Direito, compreendido como um conjunto de normas dentre as quais se incluem os princípios expressos e implícitos, bem como as regras específicas do ordenamento.²³⁰

A ausência de norma específica autorizadora não pode impedir que se promova a desconsideração da pessoa jurídica, se presentes provas de que houve uso abusivo da personalidade, pois tem o administrador o dever de se balizar pela juridicidade administrativa e não apenas pela legalidade em sentido estrito. Atender ao princípio da juridicidade, no âmbito administrativo, significa unir legislação e princípios, de forma que melhor se atenda aos interesses da Administração.²³¹ Assim, é possível admitir, com base em uma análise sistemática dos diversos diplomas legais, a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica na esfera administrativa nos casos de fraude e ilícitos diversos.²³²

Se de um lado tem-se a legalidade controlando a atuação administrativa, de outro existem princípios que devem ser respeitados, como o interesse público, que necessita ser alcançado pela Administração. É necessário, portanto, no intuito de se extrair a maior eficácia da atuação do Poder Público no caso concreto, proceder à ponderação entre os princípios para se atingir melhor solução, sem que a aplicação de um deles acarrete no sacrifício de outros.²³³

Notadamente, para a discussão que se desenvolve, mostram-se mais relevantes, além dos que já foram mencionados, os princípios da moralidade administrativa, da eficiência, da indisponibilidade e supremacia do interesse público, razoabilidade e proporcionalidade.

A moralidade administrativa, conforme já disposto no segundo capítulo deste trabalho, pressupõe a manutenção de uma conduta lícita, compatível com a moral, a ética, os bons costumes e as regras da boa administração. As licitações devem ser pautadas pela

²³⁰ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *op. cit.*

²³¹ BOHLER, Marco André, *op. cit.*

²³² PEGORARO, Luiz Nunes, *op. cit.*, p. 79

²³³ WATANABE, Ricardo. **Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2746/Desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-ambito-das-licitacoes>> Acesso em: 14 ago. 2011. p. 3

honestidade e seriedade, aplicando-se o princípio não somente à conduta do administrador, como também à dos próprios licitantes.²³⁴ Assim, não é difícil perceber que a constituição de pessoa jurídica com o escopo de subtrair-se ao cumprimento de penalidade imposta pela Administração, fraudando a lei, não é atitude que se coaduna com o princípio da moralidade administrativa.

A eficiência, por sua vez, pressupõe a busca pela produtividade e economicidade, e exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional.²³⁵ A Administração Pública deve sempre buscar o melhor resultado possível na prestação de serviços públicos e também no âmbito das licitações e contratações. Dessa forma, não harmoniza com o princípio da eficiência a permissão para que uma pessoa jurídica que tenha ocasionado situações de inexecução de contratos possa participar de novo procedimento licitatório, somente porque se acoberta com o “véu” de outra personalidade jurídica. São grandes as chances de que ela venha novamente dar causa à inexecução de contratos, tornando a licitação ineficiente, improdutiva e gerando mais gastos para a Administração Pública. Ademais, a permissão de aplicação do instituto aos procedimentos licitatórios constitui instrumento hábil a tornar eficientes as sanções administrativas, garantindo, por consequência, a escolha da oferta mais vantajosa ao poder público.

Tem-se, ainda, o dever de observância dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público. O primeiro pressupõe que as atividades administrativas sejam desenvolvidas pelo Estado em benefício da coletividade, com vistas à satisfação do interesse público, de forma que, havendo conflito entre o interesse público e o interesse privado, o primeiro deve prevalecer.²³⁶ O segundo, por sua vez, prevê que o administrador não pode dispor livremente dos interesses públicos, porquanto exerce função pública em nome e no interesse da coletividade.²³⁷

Diante dos referidos princípios, se determinada empresa, após competente processo administrativo, é sancionada com a suspensão ou declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, repugna ao direito e aos interesses da coletividade permitir que seus sócios possam, burlando a lei e fraudando a penalidade, vir a licitar e

²³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, 2010, *op. cit.*, p. 451

²³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes, 2003, *op. cit.*, p. 94

²³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 30-31

²³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 32

contratar novamente, utilizando-se de outra pessoa jurídica criada posteriormente especificamente para esse fim. Nesse sentido, discorre Angélica Petian:

Assim como é certo que a Administração, no exercício da função administrativa, está subordinada ao princípio da legalidade, também o é, que ela é legítima tutora do interesse público, não podendo dele dispor em nenhuma hipótese. Por esta razão, toda vez que a Administração deparar-se com uma situação na qual a pessoa jurídica envolvida fizer uso das prerrogativas a ela conferidas para praticar fraude e, com isso, impedir a satisfação do interesse público, será possível aplicar-se a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, para fazer com que o gravame imposto pelo Estado seja suportado, diretamente, pelos sócios da empresa.²³⁸

A supremacia do interesse público, por seu turno, não deve nunca permitir que a Administração se mantenha inerte diante de ameaça ou lesão ao interesse público, caracterizada por fraude ou abuso de direito por parte de pessoa jurídica.

Por fim, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sem expressa previsão constitucional, constituem uma relativização à aplicação fria da letra da lei, permitindo que o administrador amolde melhor a vontade legislativa aos casos específicos. E aqui se retorna à necessidade de adequação da atuação administrativa ao princípio da juridicidade, em detrimento ao da legalidade, porquanto é importante a observância da norma jurídica como um todo e de acordo com sua finalidade.

Diante da observância dos princípios constitucionais, explícitos e implícitos, como um todo é que se considera possível a desconsideração da personalidade jurídica do licitante em sede administrativa, ainda que inexistente previsão normativa expressa. Seria incongruente que se admitisse a validade de um ato praticado com fraude à lei, e não seria razoável permitir-se, com base no princípio da legalidade estrita, a manutenção de um ato praticado à margem da legalidade, que ofendesse o ordenamento jurídico.

Verifica-se, assim, na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa um instrumento eficiente de controle de atos fraudulentos e abusivos, pautando-se a Administração Pública pela observância de princípios constitucionais como a moralidade administrativa, a supremacia e indisponibilidade do interesse público, a eficiência, dentre outros, revelando harmonia do ordenamento jurídico enquanto sistema.²³⁹

²³⁸ PETIAN, Angélica. A aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica às sanções administrativas. **Revista Bimestral de Direito Público**, nº 61, 2010, ano XII. p. 215

²³⁹ PEREIRA JÚNIOR, Otávio Dias. **A desconsideração da pessoa jurídica por ato administrativo nas licitações e o princípio da legalidade**. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2829/A->

Cumpra, ainda, ressaltar que a aplicação da teoria pela Administração Pública não pode ser aplicada de qualquer maneira, devendo, contudo, atender alguns pressupostos. O primeiro requer que a desconsideração da personalidade jurídica seja precedida de um processo administrativo regular, instaurado e conduzido nos termos da lei e que permita a realização do contraditório e da ampla defesa. Sobre o pressuposto, Angélica Petian dispõe:

Neste processo administrativo, como em todos os demais, o princípio do devido processo legal deverá ser respeitado, concedendo-se à empresa investigada todas as oportunidades de defesa cabíveis. Por se tratar de processo cujo resultado pode importar severa restrição de direitos à pessoa jurídica e aos sócios que a compõem, todos devem ser citados, solidariamente, para participar do processo administrativo.²⁴⁰

Não existe, no entanto, necessidade de que o referido processo seja autônomo ao procedimento originário. Se, por exemplo, no curso da execução de um contrato administrativo houver indícios de abuso ou fraude por parte dos membros da empresa, é desnecessária a abertura de um novo processo para adoção de providências que visem à desconsideração da personalidade jurídica.²⁴¹

Destaque-se que, após regular andamento do processo administrativo, a decisão proferida pela Administração poderá ser questionada perante o Judiciário, que irá analisar a legalidade do processo bem como a razoabilidade e proporcionalidade do gravame imposto.

Outro pressuposto para a regular desconsideração da personalidade jurídica do licitante pela Administração é a prova inequívoca, produzida nos autos do procedimento administrativo, de que a pessoa jurídica agiu com fraude ou abuso de direito.²⁴² É claro, sem prova de que a sociedade agiu de forma fraudulenta ou abusiva, não há que se cogitar a desconsideração da personalidade jurídica, muito menos por ato administrativo.

Por fim, como último pressuposto, tem-se que a decisão prolatada pela Administração que desconsidera a pessoa jurídica do licitante tem natureza jurídica de ato administrativo e exige, diante disso, que sejam atendidos todos os pressupostos do ato. Os

desconsideracao-da-pessoa-juridica-por-ato-administrativo-nas-licitacoes-e-o-principio-da-legalidade> Acesso em 15. nov. 2011.

²⁴⁰ PETIAN, Angélica, *op. cit.*, p. 222

²⁴¹ PETIAN, Angélica, *op. cit.*, p. 223

²⁴² PETIAN, Angélica, *op. cit.*, p. 223

mais relevantes pressupostos são a motivação da decisão, que permitirá verificar se a decisão atendeu a parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, e sua fundamentação.²⁴³

Observados os referidos pressupostos, a decisão administrativa sancionadora será perfeita e válida, e estará pronta para produzir seus efeitos. Poderá, no entanto, conforme já ressaltado, ser questionada no Judiciário.

Para que não existam dúvidas, no entanto, quanto à possibilidade de aplicação do instituto, é importante que os Estados legislem sobre o assunto, uma vez que possuem competência para tanto. Como se verá a seguir, os Estados da Bahia e do Paraná foram os primeiros a legislar sobre o assunto, consagrando a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Administrativo.

3.2.1. Leis de licitações dos estados da Bahia e do Paraná

A Lei nº 8.666/93, como já visto, não prevê expressamente a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, pela Administração Pública, de sociedade constituída com o intuito de burlar a lei. Viu-se também que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 22, inciso XXVII, definiu a competência privativa da União para editar normas gerais em matéria licitatória, de forma que a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios para o assunto é residual, podendo legislar para si próprios em suas esferas específicas, sempre respeitando as normas gerais da União.

Utilizando-se da competência residual que lhe é atribuída, o Estado da Bahia inovou, positivando a desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa com a edição da Lei Estadual nº 9.433/05. O art. 200 da referida lei preceitua:

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.

²⁴³ PETIAN, Angélica, *op. cit.*, p. 224

A Lei Estadual baiana, como se extrai da leitura do artigo retro mencionado, permite a desconsideração da personalidade jurídica, para evitar que sócios de uma empresa que tenha sofrido penalidade administrativa que a impeça de participar de licitações possam constituir outra empresa para participar de novos certames. Com isso, afirma Ricardo Watanabe:

Evita-se, pois, uma prática comum: ao ter a empresa suspensa em razão de irregularidades no fornecimento de bens ou serviços à administração pública, o empresário simplesmente constitui outra empresa para novamente participar de licitações. Destarte, a lei baiana prevê que a suspensão se aplique, também, a outras empresas constituídas por pessoas físicas sócias doutra já punida. Tal suspensão pode ser de até cinco anos.

Seguindo o exemplo do pioneiro Estado da Bahia, valendo-se também da competência residual estabelecida pela Constituição Federal, o Estado do Paraná editou, no final de 2006, a Lei nº 15.340, instituindo normas locais destinadas a disciplinar as licitações, os contratos administrativos e os convênios no âmbito do Estado. A referida lei foi substituída, em 2007, pela Lei nº 15.608, e prevê, em seu artigo 158, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, *in verbis*:

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

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

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

Assim como a lei baiana, a lei paranaense amplia o âmbito dos destinatários das sanções administrativas, de forma que os efeitos da suspensão do direito de licitar ou da declaração de inidoneidade sejam estendidos às pessoas físicas que constituíram a pessoa jurídica e às pessoas jurídicas que tenham sócios comuns com essas pessoas naturais.²⁴⁴

A constitucionalidade desses dispositivos é muitas vezes questionada, pois existe o entendimento de que os dispositivos da lei federal que estabelecem sanções administrativas

²⁴⁴ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Destaques da legislação estadual de licitações do Paraná. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, nº 7, set. 2007, Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=7&artigo=300&l=pt>> Acesso em 14 nov. 2011.

têm natureza de norma geral, não podendo os Estados sobre elas legislar.²⁴⁵ No entendimento de Cesar A. Guimarães Pereira, esses dispositivos são flagrantemente inválidos porque permitem a desconsideração de forma arbitrária e desvinculada da realidade e porque definem, sem precisão, os destinatários da desconsideração, comprometendo a aplicação da regra.²⁴⁶

A imposição, no entanto, de sanções aos licitantes ou aos contratados decorre do poder disciplinar próprio de cada ente federado, de forma que as referidas leis são plenamente constitucionais e se constituem em um grande avanço na garantia efetiva dos interesses públicos – a partir da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração - quando da realização de licitações.²⁴⁷

As leis da Bahia e do Paraná, como se pode perceber, surgem para solucionar um problema frequente da Administração Pública – a ocorrência de fraude em licitações – e se mostram inovadoras na medida em que observam os princípios da eficiência, da moralidade administrativa, razoabilidade, da indisponibilidade do interesse público, dentre outros.

3.2.2. Projeto de lei federal nº 7.709/2007

O Projeto de Lei nº 7.709 de 2007, apresentado pelo Poder Executivo Federal dentro do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), visa a alterar dispositivos da Lei nº 8.666/93, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

O referido projeto de lei objetiva aprimorar a Lei de Licitações, para que as contratações públicas sejam mais céleres e eficientes. Dentre outras alterações abarca a *Disregard Doctrine* ao prever que as sanções consistentes na suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, assim como na declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, aplicam-se

²⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Normas Gerais. Observância por Estados e Municípios. In: **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 17-19.

²⁴⁶ PEREIRA, Cesar A., *op. cit.*

²⁴⁷ TOURINHO, Rita. **Ponderações sobre infrações e sanções administrativas no âmbito das licitações e contratos administrativos**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31195>> Acesso em: 14. nov. 2011. p. 4

também aos proprietários e aos diretores das pessoas jurídicas 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.

Nesse sentido, a redação final do projeto (nº 7.709-A/2007) prevê a inserção dos parágrafos 4º e 5º no artigo 87 da Lei nº 8.666/93, ficando a redação do artigo da seguinte forma:

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. (Vide art109 inciso III)

§ 4º As sanções previstas nos incisos III e IV aplicam-se também aos proprietários e aos diretores 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. [Grifou-se]

§ 5º A aplicação das sanções previstas neste artigo não implica automática rescisão de contratos vigentes com a Administração, que poderão ser mantidos, quando presentes indispensáveis razões de interesse público, pelos prazos necessários, devidamente justificados.²⁴⁸

A fase de habilitação deve, ainda, exigir - se aprovada a redação final dada pela Câmara ao projeto - a apresentação de declaração expressa do licitante de que tanto a pessoa jurídica quanto seus proprietários e diretores não se encontram incursos em nenhuma das

²⁴⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.709-A de 2007**. Redação Final. Disponível em: <http://www.npeventos.com.br/consultoria_docs/PL7709_RedacaoFinal.pdf> Acesso em: 14 nov. 2011.

sanções administrativas previstas nos incisos III (suspensão temporária) e IV (declaração de inidoneidade) do *caput* do artigo 87 da Lei nº 8.666/93.

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.

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

§1º 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.

§2º O impedimento de que trata o §1º deste artigo será também aplicado ao licitante que esteja manifestamente atuando em substituição a outra pessoa jurídica com o intuito de burlar a efetividade das sanções previstas nos incisos III e IV do *caput* do art. 87 desta Lei, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.²⁴⁹ [Grifou-se]

Ainda, conforme previsão do parágrafo 1º a ser inserido no artigo 28, as pessoas jurídicas cujos diretores, gerentes ou representantes tenham sido punidos na forma do parágrafo 4º do artigo 87 (suspensão temporária para participar de licitação ou declaração de inidoneidade, quando praticados atos com excesso de poder, abuso de direito ou infração à lei, contrato social ou estatutos, bem como dissolução irregular da sociedade) não poderão licitar nem contratar com a Administração Pública enquanto perdurar a sanção. Esse impedimento também será aplicado ao licitante que atue em substituição a outra pessoa jurídica com o intuito de burlar a efetividade das sanções previstas nos incisos III e IV do *caput* do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 (Art. 28, §2º da redação final do projeto nº 7.709-A/2007).

²⁴⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.709-A de 2007**. Redação Final. Disponível em: <http://www.npeventos.com.br/consultoria_docs/PL7709_RedacaoFinal.pdf> Acesso em: 14 nov. 2011.

O projeto de lei, de iniciativa do Poder Executivo, foi enviado à Câmara dos Deputados em janeiro de 2007, onde foi apreciado por comissão especial. A redação final do projeto foi aprovada na casa em maio do mesmo ano e recebeu o nº 7.709-A/2007.²⁵⁰

Após, foi encaminhado ao Senado, onde recebeu o número 32/2007, e tramitou de forma conjunta nas seguintes comissões temáticas: Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT), onde foi aprovado com emendas; Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), onde foi aprovado com emendas; e Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), onde foi aprovado com substitutivo.^{251 252}

Inicialmente o projeto tramitou sob o regime de urgência previsto no artigo 64 da Constituição Federal, mas o regime foi retirado por aprovação do Plenário do Senado, em 27 de junho de 2007, atendendo à solicitação do Presidente da República.²⁵³

O projeto foi encaminhado, em abril de 2009, ao plenário do Senado, após ter sido aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos. Em junho do mesmo ano houve manifestação do Instituto Negócios Públicos do Estado do Paraná e em outubro de 2009 o Tribunal de Contas da União manifestou-se, solicitando avaliação da possibilidade de inclusão de dispositivo que permita à Administração ou ao respectivo Tribunal de Contas, após o devido processo legal, declarar a inidoneidade da empresa para licitar ou contratar com a Administração Pública em decorrência de cometimento de fraude à execução de contrato administrativo, notadamente o jogo de planilhas. O projeto foi encaminhado para exame da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.²⁵⁴

²⁵⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 7.709/2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339877>> Acesso em: 14 nov. 2011.

²⁵¹ Segundo o Regimento Interno do Senado, o projeto é alterado com substitutivo quando o relator de determinada proposta introduz mudanças a ponto de alterá-la integralmente. Nesses casos, o projeto precisa ser votado novamente. O substitutivo da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), no entanto, não prevê alterações nas redações previstas pela redação final do projeto aprovada pela Câmara dos Deputados para os artigos 28 e 87, tornando-se irrelevante para a presente monografia.

²⁵² BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 32 de 2007**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=80909&p_sort=DESC&p_sort2=D&p_a=1&cmd=sort> Acesso em 14 nov. 2011.

²⁵³ LIMA, Jonas. **PAC das licitações**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10247/pac-das-licitacoes>> Acesso em: 14 nov. 2011.

²⁵⁴ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 32 de 2007, *op. cit.*

Em primeiro de junho de 2010 o projeto foi encaminhado à Advocacia do Senado, por solicitação do próprio órgão. Retornou para a subseção de coordenação legislativa do Senado em dois de junho do mesmo ano e aguarda, desde então, inclusão na ordem do dia para deliberação pelo Senado.²⁵⁵ Após aprovação, deverá retornar à Câmara dos Deputados para aprovação ou rejeição das emendas propostas pelo Senado Federal. As emendas do Senado Federal deverão ser discutidas pela mesma comissão especial por que passou o projeto na Câmara dos Deputados para após ser votado pelo plenário da Câmara.²⁵⁶

O projeto em comento é inovador, como se pode visualizar, e suas modificações à Lei nº 8.666/93 buscam atender o interesse público, promover a celeridade no procedimento licitatório, assegurar a lisura do procedimento e a segurança jurídica das partes envolvidas.²⁵⁷

3.2.3. Precedente do Superior Tribunal de Justiça

No ano de 2003, o Superior Tribunal de Justiça abriu precedente favorável à aplicação do instituto da desestimação da personalidade jurídica dos licitantes pela Administração Pública. O precedente aconteceu no julgamento de um Recurso Ordinário Constitucional em Mandado de Segurança²⁵⁸, interposto pela empresa G E G Móveis, Máquinas e Equipamentos Ltda., com fundamento no artigo 105, II, alínea *b* da Constituição Federal²⁵⁹, que desafiou Acórdão proferido pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

O mandado de segurança foi proposto contra ato do Secretário de Administração do Estado da Bahia, que expediu portaria para estender à G E G Móveis os efeitos da

²⁵⁵ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 32 de 2007**. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=80909&p_sort=DESC&p_sort2=D&p_a=1&cmd=sort > Acesso em 14 nov. 2011.

²⁵⁶ ANTUNES, Daniel. **PLC 32/2007 – Modificações na lei de licitações**: tramitação no Congresso Nacional. Disponível em: <<http://www.abinee.org.br/informac/arquivos/apresda.pdf>> Acesso em 14 nov. 2011

²⁵⁷ ALONSO, Elisa Lima. **Alterações à Lei 8666/93 – Projeto de Lei 7709/2007**. Disponível em: <http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/Artigo_elisa_alonso_26_04_07.pdf> Acesso em 14 nov. 2011

²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.166 - BA (2002/0094265-7)**. 2ª Turma. Relator Ministro Castro Meira. DJ de 08.09.2003.

²⁵⁹ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: II - julgar, em recurso ordinário: b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

declaração de inidoneidade para licitar emitida contra a empresa COMBAIL LTDA, composta pelo mesmo quadro societário.

No mérito a segurança não foi concedida uma vez que houve abuso de direito, tendo os sócios tentado burlar a lei constituindo nova sociedade, com mesmo objeto comercial e endereço, para continuarem participando das licitações.

A empresa G E G Móveis não concordou com a decisão e interpôs recurso no Superior Tribunal de Justiça, sustentando que o Acórdão contraria o princípio da legalidade, pois a lei não faculta à Administração Pública desconsiderar a personalidade jurídica para estender sanções administrativas à outra sociedade empresária com idêntico quadro societário, mas somente ao Poder Judiciário no que tange às relações de consumo.

O Estado da Bahia alegou, por sua vez, a legalidade do ato administrativo impugnado com base na desconsideração da personalidade jurídica e que a sanção foi precedida de processo administrativo em que restaram assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O Acórdão proferido, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário proposto pela empresa G E G móveis nos termos do voto do relator, ministro Castro Meira.

No voto o Ministro relata que a discussão dos autos gira em torno da possibilidade de se estender à sociedade empresária, na esfera administrativa, e com base na desconsideração da personalidade jurídica, os efeitos de uma sanção aplicada pela Administração Pública à outra sociedade formada pelos mesmos sócios e com o mesmo objeto social.

Conforme já explanado, para a empresa G E G Móveis, por ausência de previsão legal autorizadora, o Estado da Bahia não poderia aplicar a desestimação da personalidade jurídica, porquanto somente o judiciário pode fazê-lo, em situações que envolvam relações de consumo (Art. 28 do Código de Defesa do Consumidor).

Cumpré, inicialmente, verificar se o processo de constituição da sociedade G E G Móveis foi elaborado, ou não, em fraude à lei. No caso em tela as informações existentes no processo faziam entender que a empresa havia sido constituída para fraudar a lei, por possuir o mesmo quadro societário, o mesmo objeto social e o mesmo endereço da outra empresa, a COMBAIL LTDA. Nesse sentido, discorre o Relator:

[...] as informações contidas nos autos dão conta de que a Recorrente é uma empresa de "fachada", constituída com o único objetivo de fraudar a aplicação de sanção administrativa imposta à sociedade COMBAIL LTDA, que foi declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, por ter apresentado documento falso em processo licitatório. Assim, a ora Recorrente apresenta o mesmo quadro societário, o mesmo objeto social e o mesmo endereço da empresa COMBAIL LTDA, o que, de certa forma, é dado mais que suficiente para caracterizar fraude à lei e permitir a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

O Estado da Bahia, no Parecer de fls. 25/31, traz aos autos alguns dados complementares que corroboram a atuação fraudulenta da Recorrente, como, v.g., a "continuidade de passivos a descoberto de natureza tributária ou trabalhista da sociedade anteriormente punida, continuidade dela sem baixa na JUCEB, ou com sua baixa seguida da constituição da nova sociedade, uso do mesmo acervo de equipamentos, móveis e utensílios, com ou sem sua aquisição à sociedade punida, identidade ou predominância dos mesmos empregados, sobretudo a nível gerencial ou administrativo".²⁶⁰

Diante do exposto, conclui em seguida o Ministro que as informações contidas nos autos militam, inegavelmente, em desfavor da sociedade G E G Móveis pois, frise-se, uma empresa constituída com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com sede no mesmo local, certamente foi constituída para fraudar a lei e furtar-se dos efeitos danosos da sanção administrativa. No caso, a sociedade utilizou o "manto" de proteção conferido pela pessoa jurídica com intuito de fraudar a lei e descumprir punição que lhe havia sido imposta.

Feita essa análise, passa então o relator a verificar a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, à margem de previsão legal específica e sem manifestação judicial neste sentido. O relator, nesse ponto, utiliza-se dos princípios para embasar seu voto, ressaltando a necessidade de uma hermenêutica jurídica que extraia maior eficácia destes quando entram em conflito. O Ministro relata:

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

Se, por um lado, existe o dogma da legalidade, como garantia do administrado no controle da atuação administrativa, por outro, existem Princípios como o da Moralidade Administrativa, o da Supremacia do Interesse Público e o da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público, que também precisam ser preservados pela Administração. Se qualquer deles estiver em conflito, exige-se do hermeneuta e do aplicador do direito a solução que melhor resultado traga à harmonia do sistema normativo.²⁶¹

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.166 - BA (2002/0094265-7)**. 2ª Turma. Relator Ministro Castro Meira. DJ de 08.09.2003.

²⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.166**, *op. cit.*

Destaca, ainda, o relator, que a inexistência de norma específica para permitir a desestimação da personalidade jurídica pelo administrador público não pode deixar que a Administração atue contrariamente ao princípio da moralidade administrativa, nem mesmo sacrifique os interesses públicos. Não pode o direito, para proteger o princípio da legalidade, negar a eficácia dos demais princípios norteadores do Poder Público e atribuir validade a atos que ofendam seus princípios e institutos. Ademais, o princípio da legalidade deve ser interpretado de maneira ampla e moderna, não se podendo apenas tomar como base para decisões a norma pura e simples, mas sim a norma inserida em um sistema. Castro Meira discorre:

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

A concepção moderna do Princípio da Legalidade não está a exigir, tão-somente, a literalidade formal, mas a intelecção do ordenamento jurídico enquanto sistema. Assim, como forma de conciliar o aparente conflito entre o dogma da legalidade e o Princípio da Moralidade Administrativa é de se conferir uma maior flexibilidade à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a permitir o seu manejo pela Administração Pública, mesmo à margem de previsão normativa específica.²⁶²

Por fim, registra o Ministro Relator que a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública deve ser precedida de processo administrativo que assegure ao interessado o contraditório e a ampla defesa, como realizado nos autos. Além disso, ao que sair prejudicado no processo administrativo resta recorrer ao Judiciário, provando ausência de fraude à lei ou abuso de forma, o que não ocorreu no caso em tela.

Ainda conforme manifestação ministerial no recurso ordinário em análise, o abuso de um instituto de direito não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico. Seria incongruente admitir-se a validade jurídica de um ato praticado com fraude à lei, assim como também o seria permitir-se, com base no princípio da legalidade, a sobrevida de um ato praticado à margem da legalidade e com ofensa ao ordenamento jurídico.

²⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.166, *op. cit.*

No final do voto, o Relator registra que a Administração Fazendária, como prática rotineira, desconsidera atos ou negócios jurídicos praticados por contribuinte ou responsável com o intuito de dissimular a ocorrência do fato gerador, passando a tributar a situação com base na realidade econômica subjacente, como instrumento eficiente no combate à evasão fiscal. Nessas situações, assim como nos autos, a Administração desconsidera uma forma jurídica e passa a tributar a situação com base na realidade econômica subjacente, garantindo-se, por esse meio, a preservação do interesse maior da coletividade. Sobre o assunto, dispõe o Ministro Castro Meira que:

A doutrina dominante, de há muito tem admitido que a Administração Fiscal proceda com a chamada interpretação econômica do fato gerador, para desconsiderar a forma jurídica de atos ou negócios praticados com fraude à lei e com nítido intuito de sonegação fiscal. É bem verdade que sempre existiu uma certa resistência por parte de alguns doutrinadores, extremamente afetos ao formalismo exacerbado dos institutos jurídicos, em aceitar a adoção da teoria da interpretação econômica do fato gerador. Objetivando obviar as discussões e as resistências infundadas, eis que veio a lume o art. 116, parágrafo único do CTN, acrescentado pela Lei Complementar n.º 104/2001, que apresenta a seguinte redação:

"Art. 116 - Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária."

Ninguém duvida que à Administração Fazendária sempre foi facultada, antes mesmo da entrada em vigor do parágrafo único, do art. 116 do CTN, a possibilidade de desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte ou responsável com o intuito de dissimular a ocorrência do fato gerador. Assim, o Poder Público sempre dispôs de um mecanismo eficaz de combate à evasão fiscal, na medida em que a própria Administração Fazendária, desde que permitido ao contribuinte ou responsável o exercício do contraditório e da mais ampla defesa, poderia, sem o socorro do Judiciário e à margem de autorização legal específica, desconsiderar a forma jurídica de um ato ou negócio praticado, na busca de sua realidade econômica. O art. 116, parágrafo único, do CTN veio, apenas e tão-somente, positivar uma prática antiga da Administração Tributária, admitida pelo Judiciário, mesmo à margem de previsão legal específica.²⁶³

E é de forma análoga, como forma de garantir à Administração Pública um mecanismo eficaz de combate à fraude, que se deve admitir, em homenagem aos princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade do interesse Público, que a Administração desconsidere a personalidade jurídica de uma sociedade constituída em fraude à lei e com abuso de forma, mesmo à margem de previsão legal específica e sem a interveniência do Judiciário, graças à executoriedade dos atos administrativos e desde que, frise-se, tenha sido assegurado ao administrado ampla defesa em processo administrativo regular. Se assim não o

²⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 15.166, *op. cit.*

fosse, haveria o risco de se tornar ineficaz qualquer sanção imposta pela Administração às pessoas jurídicas: como não são exigidas maiores formalidades na sua constituição, uma sociedade punida com uma sanção administrativa facilmente se furtaria da incidência de seus efeitos com a simples constituição de uma nova sociedade, sem que a Administração pudesse fazer algo no combate deste procedimento fraudatário.

Conclui o relator no acórdão que a constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, os mesmos sócios e a mesma sede, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação de sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações. E assim sendo, a Administração pode desconsiderar a personalidade jurídica dessa sociedade para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como regra geral, a pessoa jurídica é uma realidade autônoma em relação aos membros que a compõem, possuindo plena capacidade para assumir seus direitos e obrigações. Aplica-se, portanto, às pessoas jurídicas, o princípio da autonomia ou separação patrimonial, que prevê a separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o das pessoas físicas de seus sócios, de forma que não são os sócios, mas a própria sociedade que se responsabiliza pelos atos que pratica.

A teoria da distinção de personalidades, que confere às pessoas jurídicas personalidade distinta da dos seus membros, foi criada com o intuito de possibilitar a concretização de grandes empreendimentos a partir da limitação da responsabilidade dos sócios. Não previa, entretanto, que muitos empresários, valendo-se do princípio da autonomia patrimonial, passariam a se utilizar da pessoa jurídica para prejudicar terceiros de boa-fé, com o emprego de abusos e fraudes.

Diante então, da necessidade de se impedir as injustiças cometidas pelo uso abusivo e fraudulento da autonomia patrimonial da personalidade jurídica surge, como meio idôneo capaz de reprimir esses abusos, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Destarte, no momento em que a personalidade jurídica tem seu uso voltado à violação do interesse público, a lei a desconsiderará, tornando responsáveis os sócios pelos crimes, fraudes ou quaisquer ilicitudes praticadas.

No Brasil, a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica passou a ser adotada diante da necessidade de se dar efetividade à prestação jurisdicional, ou seja, de se buscar meios para conferir àquele que logrou êxito no processo de conhecimento o seu resultado útil. Quanto à sua aplicabilidade, embora a desconsideração da personalidade jurídica esteja prevista expressamente para algumas áreas do direito brasileiro, importante destacar que o instituto pertence à Teoria Geral do Direito. E sendo instituto afeito à Teoria Geral do Direito, é também afeito ao Direito Administrativo, no qual o terreno mais apropriado para sua aplicação é o das licitações.

A Administração Pública, obrigatoriamente, deve valer-se dos procedimentos licitatórios quando deseja adquirir, alienar, locar bens ou contratar a execução de obras ou serviços. A licitação, como procedimento, visa proporcionar igualdade de oportunidades aos

que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões preestabelecidos pela Administração, buscando sempre o alcance dos interesses públicos e o respeito aos princípios administrativos.

E por ser a licitação um procedimento administrativo a cargo da Administração Pública, esta possui a prerrogativa de controle/fiscalização do certame e da execução do contrato. Cabe ao administrador punir o licitante que, tendo vencido o certame, celebre contrato com a Administração, mas dê causa a inexecução do contrato. Em virtude, entretanto, do insuficiente tratamento normativo dado às sanções administrativas aplicáveis aos licitantes na Lei 8.666/1993, a prática de atos fraudulentos e lesivos ao interesse público é uma realidade. As empresas costumam se apoiar na proteção adquirida com a aquisição de personalidade jurídica para praticarem os referidos atos sem que as sanções previstas na legislação as alcancem. É o caso das empresas que deixam de cumprir o contrato, recebem punição, mas seus sócios continuam a contratar com a Administração Pública protegidos sob o “manto” de outra personalidade jurídica.

O que se discute, nesses casos, é a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica da empresa licitante pela Administração Pública, para que se estendam aos sócios as sanções a ela imputadas, como forma de tornar eficientes as sanções administrativas previstas na Lei de Licitações.

Diante do que foi exposto no decorrer deste trabalho e em face da observância dos princípios constitucionais e administrativos, parece que o melhor a se fazer para garantir os interesses públicos é permitir a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica da empresa licitante para que se estendam aos sócios as sanções a ela imputadas, de forma que respondam solidariamente pela lesão patrimonial e sejam punidos.

Em que pese não existir norma específica autorizando a desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa, deve haver a prevalência, sobre o princípio da legalidade estrita, do princípio da juridicidade. Isto porque não se justifica, em nome de pretensa observância à legalidade, que se proceda à interpretação que permita que sejam bem sucedidos os que se utilizam da técnica da personalização criada pelo direito para fraudar as regras do procedimento licitatório.

O abuso de um instituto jurídico jamais pode ser tutelado pelo ordenamento jurídico. Seria incongruente admitir-se a validade jurídica de um ato praticado com fraude à lei, assim como não seria razoável permitir-se, com base na legalidade estrita, a sobrevida de

um ato abusivo ou fraudulento, ofensivo ao ordenamento jurídico. Ademais, a Administração Pública tem o dever de observância dos princípios da moralidade administrativa, finalidade, eficiência, supremacia e indisponibilidade do interesse público, razoabilidade e proporcionalidade, que convergem para a observância do interesse público e ao entendimento de que seria possível a aplicação da desconsideração aos licitantes.

Havendo, assim, inequívoca intenção de fraudar a lei, parece perfeitamente viável a desconsideração da personalidade jurídica da empresa licitante para que sejam estendidas aos sócios as sanções administrativas recebidas por esta, mesmo diante da ausência de previsão normativa. A permissão de aplicação do instituto aos procedimentos licitatórios constitui, sem dúvida, instrumento hábil a conferir maior efetividade às sanções administrativas. Ademais, sendo o instituto de caráter protecionista e com ampla dimensão, não se deve deixar de aplicá-lo no âmbito das relações jurídicas travadas entre particulares e a Administração Pública.

Afigura-se relevante, ainda, esclarecer que para a plena aplicação da mencionada tese se faz necessário assegurar ao interessado o direito de defesa e a possibilidade do contraditório em processo administrativo regular, tendo em vista a imperiosa comprovação da ocorrência de fraude à lei e de abuso de forma.

Consoante já mencionado, identifica-se na adequada aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa um instrumento eficaz de controle de atos fraudulentos e abusivos. Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 7.709 de 2007 visa a alterar dispositivos da Lei nº 8.666/93 para tornar as contratações públicas mais céleres e eficientes. A previsão de aplicação de sanções administrativas também aos proprietários e aos diretores das pessoas jurídicas contratadas é, certamente, instrumento que conferirá efetividade às referidas sanções.

Por fim, destaque-se a necessidade de que, enquanto ausente norma federal reguladora, os Estados editem leis específicas que disciplinem as licitações no âmbito de seus territórios, permitindo a desconsideração da personalidade jurídica dos licitantes pela Administração Pública, a exemplo do que fizeram os Estados da Bahia e do Paraná. O ideal, no entanto, seria a complementação da Lei de Licitações, conforme previsto no projeto de lei que já se encontra em tramitação, para torná-la mais eficiente no que toca às sanções administrativas e condizente com a realidade por que passa o Brasil.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Elisa Lima. **Alterações à Lei 8666/93 – Projeto de Lei 7709/2007**. Disponível em: <http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/Artigo_elisa_alonso_26_04_07.pdf> Acesso em 14 nov. 2011

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Princípio da juridicidade x princípio da legalidade estrita nas licitações públicas**. Análise prática da admissibilidade de juntada posterior de documento no procedimento licitatório. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14065/principio-da-juridicidade-x-principio-da-legalidade-estrita-nas-licitacoes-publicas>> Acesso em 14 nov. 2011.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil**. São Paulo: MP Editora, 2005.

ANTUNES, Daniel. **PLC 32/2007 – Modificações na lei de licitações**: tramitação no Congresso Nacional. Disponível em: <<http://www.abinee.org.br/informac/arquivos/apresda.pdf>> Acesso em 14 nov. 2011

BARRETO, Leonardo Lumack do Monte. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos gerais e processuais do instituto. **Revista da Esmape - Escola Superior da Magistratura de Pernambuco**, Recife, v. 21, n. 2, jan. 2005.

BARROS, João Álvaro Quintiliano. **Abuso de direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 727, 2 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6944>>. Acesso em: 10 out. 2011.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Traduzido por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

BOHLER, Marco André. **Desconsideração da personalidade jurídica por ato administrativo**. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2630>> Acesso em: 15 nov. 2011

BOTTAN, Antonio Carlos. A desconsideração da personalidade jurídica: *disregard doctrine*. **Cidadania e Justiça Brasília**, Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, v. 10, jan. 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 7.709/2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339877>> Acesso em: 14 nov. 2011.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.709-A de 2007**. Redação Final. Disponível em: <http://www.npeventos.com.br/consultoria_docs/PL7709_RedacaoFinal.pdf> Acesso em: 14 nov. 2011.

_____. **CLT.** Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em 05 set. 2011.

_____. **Código Civil de 1916.** Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 05 set. 2011.

_____. **Código Civil de 2002.** Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 05 set. 2011.

_____. **Código de Defesa do Consumidor.** Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 05 set. 2011.

_____. **Código Tributário Nacional.** Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm> Acesso em: 05 set. 2011.

_____. **Constituição de 1988.** Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 05 set. 2011.

_____. **Lei de Licitações.** Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em: 05 set. 2011.

_____. **Lei do Pregão.** Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm> Acesso em 05 set. 2011.

_____. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm> Acesso em 05 set. 2011.

_____. **Lei nº 8.884, de 11 de junho 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm> Acesso em 05 set. 2011.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em 05 set. 2011.

_____. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.** Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm> Acesso em 05 set. 2011.

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm> Acesso em 05 set. 2011.

_____. **Ordenações Filipinas.** São Paulo: Saraiva, 1957, v. 1, Tit. 76, 17, 37.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 32 de 2007.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=80909&p_sort=DESC&p_sort2=D&p_a=1&cmd=sort> Acesso em 14 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 279.273-SP (2000/0097184-7).** 3ª Turma. Relator Ministro Ari Parglender. Relatoria para Acórdão Ministra Nancy Andrigh. DJ de 29.03.2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.166 - BA (2002/0094265-7).** 2ª Turma. Relator Ministro Castro Meira. DJ de 08.09.2003.

_____. Tribunal de Contas da União. **Licitações & contratos:** orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF>> Acesso em: 03 nov. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 7001409492.** Comarca de Ijuí. Terceira Câmara Cível. Relator Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 68, n. 528, out. 1979.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo código civil.** São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de direito comercial.** 2. v. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Manual de direito comercial:** direito de empresa. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O empresário e os direitos do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Pessoa jurídica: conceito e desconsideração. **Justitia.** São Paulo, n. 137, ano 49, p. 63-85, jan./mar. 1987.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima.** Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **O poder de controle na sociedade anônima.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Normas Gerais. Observância por Estados e Municípios. In: **Temas polêmicos sobre licitações e contratos.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DOURADO, Márcia Almeida. **Licitações no Brasil.** Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1196>> Acesso em: 26 out. 2011.

FALEIRO, Márcia Bataglin Dalcastel; FOLMANN, Melissa. Desconsideração da personalidade jurídica. **Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio**, Curitiba, Juruá v. 196, fev. 2002.

FARIAS, Luciano Chaves de. Desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa: aplicação da teoria. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 5, n. 25, fev./mar. 2009.

FERREIRA, Gabriela Gomes Coelho. **Desconsideração da personalidade jurídica:** teoria maior e teoria menor. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20080530165036897_direito-comercial_n-356-desconsideracao-da-personalidade-juridica-teoria-maior-e-teoria-menor.html> Acesso em: 31 jul. 2011.

FIGUEIREDO, Luciano L. Os novos contornos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica: um estudo em busca da efetividade de direitos. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 32, nº 124, out-dez 2006.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos de. **Desconsideração da personalidade jurídica:** análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1:** parte geral. 8. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Disregard* administrativa. In: WAGNER Jr, Luiz Guilherme da Costa (Coord.). **Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dalari.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1:** parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica: aspectos de direito material e processual. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 10, n. 48, mar. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____, Marçal. Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela lei 12.349. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, nº 50, abril 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo/php?informativo=50&artigo=528>> Acesso em: 27 out. 2011.

KONDO, Jonas Keiti. Natureza da pessoa jurídica: descon sideração da pessoa jurídica. **Jurisprudência Brasileira**. Curitiba, Juruá, v. 102, 2002.

KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. **A descon sideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LIMA, Alvino. **A fraude no direito civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

LIMA, Jonas. **PAC das licitações**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10247/pac-das-licitacoes>> Acesso em: 14 nov. 2011.

LOPES, João Batista. Descon sideração da personalidade jurídica no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT v. 818, dez. 2003.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. Salvador: Ed. Podivm, 2005. p. 41

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Licitação e contrato administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Rafael Munhoz de. O regime jurídico das sanções administrativas. **Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná – n. 4 – Ago/Dez 2009**. Disponível em: <<http://www.oabpr.com.br/revistaeletronica/revista04/149-171.pdf>> Acesso em 14. nov. 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo L. Direito das obrigações: sociedades por ações. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Princípios do direito administrativo**. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/537053/artigos-principios-do-direito-administrativo>> Acesso em 18 nov. 2011.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão – parcerias público-privadas**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MUSSI, Guilherme. **A descon sideração da personalidade jurídica em licitações**. Disponível em: <<http://www.paranaonline.com.br/colunistas/237/51409/?postagem=A+DESCONSIDERACAO+DA+PERSONALIDADE+JURIDICA+EM+LICITACOES>> Acesso em: 11 out. 2011.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e *disregard doctrine*. **Revista da Ajuris**. Ano XXXV. N° 112. Dez. 2008.

OLIVEIRA, Heletícia. **O princípio da legalidade na administração pública**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/28866>> Acesso em 18 nov. 2011.

OLIVEIRA, José Lamartine Correia de Oliveira. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

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

PEIXOTO, Ariosto Mila. **Comentários ao PL que altera a lei 8.666**. Disponível em: <<http://licitacao.uol.com.br/artdescricao.asp?cod=81>> Acesso em: 26 out. 2011.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentário à lei das licitações e contratações da administração pública**. São Paulo: Renovar, 1994.

PEREIRA JÚNIOR, Otávio Dias. **A desconsideração da pessoa jurídica por ato administrativo nas licitações e o princípio da legalidade**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2829/A-desconsideracao-da-pessoa-juridica-por-ato-administrativo-nas-licitacoes-e-o-principio-da-legalidade>> Acesso em 15 nov. 2011.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Destaques da legislação estadual de licitações do Paraná. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n° 7, set. 2007, Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=7&artigo=300&l=pt>> Acesso em 14 nov. 2011.

PERSIKE, Patrícia. **A desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil**. Disponível em http://www.lfg.com.br/artigo/20080325113459510_direito-civil-_artigos-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-codigo-civil.html> Acesso em 09 out. 2011.

PETIAN, Angélica. A aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica às sanções administrativas. **Revista Bimestral de Direito Público**, n° 61, 2010, ano XII.

RELVAS, Marcos. **Desconsideração da personalidade jurídica e o princípio da autonomia patrimonial no direito tributário**. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/7035/Desconsideracao_da_Personalidade_Juridica_e_o_Principio_da_Autonomia_Patrimonial_no_Direito_Tributario> Acesso em: 29. jul. 2011.

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

_____. **Aspectos modernos de direito comercial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1977.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v.1. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti (Coord.) [et al.] **Comentários ao código civil**: artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. **A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTR, 1999.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 4. v., 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, volume 1**: lei de introdução e parte geral. 4. ed. São Paulo: Método, 2008.

TOURINHO, Rita. **Ponderações sobre infrações e sanções administrativas no âmbito das licitações e contratos administrativos**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31195>> Acesso em: 14. nov. 2011.

VEIGA, Lintney Nazareno da Veiga. **A importância dos princípios jurídicos para o direito tributário**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1298> Acesso em: 11 out. 2011.

WALD, Arnoldo; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Colab.); DONNINI, Rogério Ferraz (Colab.). **Direito civil, volume 1**: introdução e parte geral. 11. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

WATANABE, Ricardo. **Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2746/Desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-ambito-das-licitacoes>> Acesso em: 14 ago. 2011.