

O Pregoeiro

Junho 2017 | ano XIII | nº 151

AGU AJUSTA SUA ON AO
ENTENDIMENTO DO TCU

SOBRE LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA PEQUENAS EMPRESAS NO CASO DE SERVIÇOS CONTINUADOS

Junho 2017 | ano XIII | nº 151



MATÉRIA

CASO REAL

Desrespeito ao Ordenamento Jurídico no Pregão Presencial

ARTIGO

Quando o erro de preenchimento de planilha é uma tentativa de chegada a uma proposta visivelmente baixa

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS LICITAÇÕES

Por Aline de Oliveira

A desconsideração da personalidade jurídica é uma prática que leva, em certos casos, a desconsiderar a separação existente entre o patrimônio de uma empresa e o patrimônio de seus sócios para os efeitos de determinadas obrigações, com a finalidade de evitar sua utilização de forma indevida.



Ronny Charles

Ronny Charles, Advogado da União, palestrante, professor, Mestre em Direito Econômico, conta que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é um mecanismo para que a autonomia da pessoa jurídica seja superada, permitindo a responsabilização de terceiros, por atos praticados pela pessoa jurídica, quando há abuso em sua utilização.

“Esta responsabilização, que desconsidera a autonomia da pessoa jurídica, ultrapassando-a para atingir (responsabilizar) terceiros que praticaram abusos em sua utilização, é um mecanismo concebido pela doutrina internacional, já utilizado em diversos ramos jurídicos, no Brasil. Nos Estados Unidos, ela é denominada “Disregard of legal entity”; em outros países, a denominação adotada é diferente (por exemplo, na Inglaterra, “lifting the corporate veil”, na Argentina, “teoría de la penetración”, ou, na Itália, “superamento de la personalidad jurídica”). Independente da denominação, trata-se de um mecanismo que admite a desconsideração ou desprezo à autonomia da pessoa jurídica, para que pontuais responsabilizações afetem terceiros, responsáveis pelo abuso em sua utilização”, afirma Charles.

Francisco Zardo, Mestre em Direito do Estado, Professor de Direito Administrativo, Conselheiro do Instituto dos Advogados do Paraná, explica que as pessoas jurídicas, como é o caso das empresas, associações, possuem existência jurídica distinta e independente da de seus sócios ou associados, que são pessoas físicas.

“As pessoas físicas também são chamadas de pessoas naturais, em oposição às pessoas jurídicas, que são uma ficção criada pelo direito para o desenvolvimento de uma atividade econômica. Quando há abuso ou fraude na utilização de uma empresa, a sua personalidade jurídica pode ser desconsiderada para que determinadas obrigações atinjam os seus sócios, pessoas físicas. Por exemplo,



Francisco Zardo

os sócios contraem dívidas em nome da empresa e depois transferem todo o patrimônio da empresa para eles, deixando a pessoa jurídica sem condições de quitar a dívida. Mediante a descon sideração da personalidade jurídica, aquela dívida, que originalmente era da empresa, poderá ser cobrada da pessoa física dos sócios. Isso está previsto no art. 50 do Código Civil. O art. 14 da Lei 12.846/2013, a Lei Anticorrupção, também prevê a possibilidade de descon sideração da personalidade jurídica para estender todos os efeitos das sanções aplicadas à empresa aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa”, conta Zardo.

A Administração Pública tem o dever de evitar fraudes nos procedimentos licitatórios e na execução dos contratos, aplicando as penalidades previstas no art. 87 da lei 8666/1993. Essas sanções atingem a pessoa jurídica contratada e não interferem as pessoas físicas que dirigem a sociedade, por isso tornou-se frequente que os sócios de empresas impedidas de licitar ou contratar com a Administração constituam novas empresas com o mesmo objeto social como alternativa para participar das licitações e contratações. Diante dessa prática, é importante que se aplique a descon sideração da personalidade jurídica.

Segundo Charles, esse é um dos mecanismos para coibir esta que é uma das formas de abuso no uso da pessoa jurídica. “É inadmissível que o Direito reste inerte a este tipo de prática abusiva, que degenera os reais motivos que justificaram, há séculos, a compreensão de que a pessoa jurídica deve ter sua autonomia, sendo sujeito de direitos e deveres próprios”, declara.

Zardo concorda e exemplifica: “Uma empresa sofre uma pena de impedimento de licitar e contratar por cinco anos. Para esvaziar os efeitos desta penalidade, os sócios constituem uma nova empresa com o mesmo objeto social para continuar licitando e contratando normalmente com a Administração Pública. É evidente que se trata de um abuso de direito. De uma fraude à lei. De burla a uma proibição. Nesta hipótese, a descon sideração da personalidade jurídica é necessária, a fim de que aquela estrutura empresarial que foi punida e que agora está sob novo nome e CNPJ, mas sob a mesma direção, fique afastada das licitações públicas. É interessante notar que nem sempre a nova empresa é constituída em nome dos mesmos sócios. Por vezes, utiliza-se o nome de parentes, funcionários, para tornar mais difícil a detecção da fraude. A administração pública precisa estar atenta. Mas, sobretudo, os concorrentes também precisam estar atentos. Por conhecerem o mercado, eles detêm mais condições de descobrir esse tipo de fraude e denunciá-la à Administração. Porém, é preciso ter cautela. A fraude não pode ser presumida. Deve ser provada pela Administração Pública. Em razão do princípio da intranscendência da pena, uma sanção não pode ser estendida automaticamente de uma empresa para a outra apenas porque elas têm os mesmos sócios. Se a empresa já existia, tinha sede, acervo, funcionários e uma atividade própria, no regime da Lei 8.666/93 ela não pode ser punida somente porque outra empresa de seus sócios veio a sofrer uma penalidade. Entendimento contrário poderia criar uma situação de injustiça, porque esta empresa que não foi punida pode estar prestando bons serviços à administração, gerando empregos, renda”, afirma Zardo.

Frequência da aplicação

Para Charles, a questão da frequência e de como aplicar a desconsideração da personalidade jurídica é o grande problema. “A necessidade administrativa de realização da desconsideração da personalidade jurídica e os flagrantes desvios realizados por empresários, notadamente no âmbito das licitações públicas, tem gerado certo atropelo e pouca reflexão sobre a aplicação deste mecanismo, que é excepcional e se submete a diversos limites implícitos”, alerta Charles.

Segundo Zardo a aplicação desconsideração da personalidade jurídica tem ocorrido com frequência no âmbito das contratações públicas.

“E uma das evidências disso é a frequência com que o Judiciário e os Tribunais de Contas se pronunciam sobre esse tipo de questão. São muitos os casos, porque rotineiramente empresários procuram burlar penalidades com a constituição de novas empresas. A aplicação da desconsideração deve ser precedida do devido processo legal, no qual se assegure a pessoa jurídica o contraditório, a ampla defesa, além do direito à prova e à uma decisão fundamentada”, afirma Zardo.

Polêmica: de quem é a competência para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica?

Charles conta que não há regulamentação precisa sobre isso, no âmbito das contratações públicas. “A Competência para realizar a desconsideração é uma das questões mais problemáticas e mereceria uma regulamentação adequada”, declara.

Para Zardo, a questão é mesmo polêmica. “Há quem entenda que, com a previsão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil, esta é uma atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Esta é a posi-

ção de Marçal Justen Filho, por exemplo. Por outro lado, há precedentes do TCU e do STJ de que a Administração Pública poderia fazer isso sem a necessidade de recorrer ao judiciário. Bastaria instaurar um processo administrativo e assegurar o direito ao contraditório e à ampla defesa. Caso a desconsideração ocorra mediante processo administrativo, a competência para determinar a desconsideração é da mesma autoridade que dispõe de competência para aplicar a penalidade de proibição do direito de licitar. Agora, para contornar toda essa discussão, leis mais recentes do que a Lei 8.666/93 e a Lei 10.520/2002 já têm previsto automaticamente a extensão dos efeitos do impedimento de licitar aos sócios da pessoa jurídica punida e também às outras pessoas jurídicas em que aqueles figurarem como sócios. É o caso da Lei Estadual 15.608/2007, do Paraná, e da Lei Estadual 9.443/2005, da Bahia. A recente Lei 13.303/2016, conhecida como a Lei das Estatais, segue esta orientação e é ainda mais radical. O art. 38, VIII, impede de licitar até mesmo a empresa que tenha em seus quadros diretor que tenha participado de empresa declarada inidônea. Acho um exagero. O diretor pode não ter qualquer relação com o fato que gerou a inidoneidade. Ou pode até mesmo ter saído da empresa por discordar das condutas que ensejaram a punição. Por isso, na prática, além de ser muito difícil identificar este tipo de situação, creio que a aplicação desta norma produzirá muitas injustiças. Mas a lei é recente. Vamos aguardar a interpretação dos Tribunais. Espero que os excessos sejam coibidos”, declara Zardo.

Quando o pregoeiro deve levantar a questão?

Segundo Charles, quando identificar abuso no uso da pessoa jurídica, “como na situação em que a nova empresa é constituída para burlar as restrições de uma sanção administrativa à empresa antecessora”, diz.

Zardo também diz que sempre que houver indícios de abuso da personalidade jurídica. “Por exemplo, a licitante ocupar a mesma sede de uma empresa punida, ter os mesmos representantes, os mesmos sócios. O pregoeiro também pode determinar a apuração quando houver denúncia de algum outro licitante. Mas estes devem atuar com cautela e fundamentação. Denúncias manifestamente injustificadas, formuladas apenas para prejudicar o oponente, podem levar o próprio denunciante a ser punido por conturbar o andamento da licitação. Caso haja indícios ou denúncia, o processo licitatório deve ser sobrestado até que a desconsideração seja decidida. Se for comprovada a fraude, a empresa deve ser desclassificada e incluída nos cadastros de empresas punidas. Caso contrário, a licitação prossegue com ela”, explica Zardo.

Seria possível o afastamento da licitação de empresa da qual os sócios haviam sido proprietários de empresa anterior declarada inidônea para licitar, mas cujo objeto social desta é diverso do objeto social daquela?

Em tese sim, Charles diz que seria possível, “caso identificado que a constituição da nova empresa objetivou a fuga à sanção aplicada. Obviamente, na hipótese em que o objeto social for totalmente diverso, não será tão provável a justificação desta medida excepcional que é a desconsideração”, afirma.

Para Zardo dependerá da legislação. “No âmbito da Lei 8.666/93, eu entendo que não. Se o objeto social é diverso e se o objeto da licitação também é substancialmente diverso daquele que ensejou a punição, parece-me que não é possível afastar esta outra empresa da licitação. A empresa punida foi a anterior. Os sócios não foram punidos e não podem ser impedidos de trabalhar, de constituir novas empresas. Se a intenção também é impedir os sócios de licitar, então a própria lei deve

prever que a punição se estende a eles, como faz a Lei de Licitações do Paraná, da Bahia e a Lei das Estatais. Como se trata de direito sancionador, não cabe ao aplicador ir além do que determina a lei para agravar a situação de alguém. Salvo se, como dito no início, esta nova empresa for constituída com o propósito abusivo de esvaziar os efeitos da sanção, o que ocorre quando a mesma estrutura continua sendo empregada no mesmo ramo, sob outro nome”, conta.

Entendimento do TCU e do STF

Charles ensina que tanto o STF como o TCU admitem a desconsideração. “Mas em seus julgados suscitam também ressalvas a sua aplicação. Particularmente, acredito que é necessário delinear melhor os limites para a adoção desta medida”, alerta Charles.

Zardo conta que Tribunal de Contas da União é amplamente favorável à desconsideração da personalidade jurídica em caso de fraude, invocando, para tanto, o princípio da moralidade.

“Poucas são as ações que chegam ao STF sobre este tema, já que envolve a interpretação de lei federal, incumbência do STJ, que é, assim como o TCU, também é favorável à desconsideração. No Mandado de Segurança no 32.494, a questão foi examinada pelo STF em sede de liminar. Embora tenha, num primeiro exame, considerado correta a decisão do TCU, o Ministro Celso de Mello houve por bem deferir a liminar e suspender a desconsideração da personalidade jurídica até que o Plenário se manifestasse em definitivo sobre a questão. E assim o fez diante da plausibilidade dos argumentos da empresa impetrante quanto à imprescindibilidade de decisão judicial para desconsiderar a personalidade jurídica e quanto à impossibilidade de os efeitos de uma penalidade atingirem terceiros que não participaram do processo no qual a pena foi aplicada”, conclui Zardo. ■