

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA LICITANTE

Milena Soares Barbosa

RESUMO

Esse artigo tem como objetivo à apreciação da desconsideração da personalidade jurídica por parte da Administração Pública em licitações, nos casos em que a empresa licitante rompe ou tenta fraudar o edital da licitação ou os princípios básicos dos processos licitatórios, contidos na Lei 8.666/1993. A título de breve interação com o tema abordado, foi feito a conceituação de licitações e referência a pontos importante; e também a conceituação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e abordado pontos essenciais para o deslinde final que é a possibilidade jurídica de uma empresa licitante ter a sua personalidade jurídica desconsiderada por parte da Administração Pública.

Palavras-Chave: Licitação. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Lei 8.666/1993. Lei 12.846/2013. Administração Pública.

INTRODUÇÃO

O trabalho alvitado tem o intuito ponderar sobre a possibilidade jurídica de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica da empresa licitante por parte da Administração Pública.

No intuito de impedir fraudes em prejuízo do recurso público, de maneira especial no caso das licitações é facilmente encontrado posicionamentos que protegem a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica por parte da Administração Pública.

Não é um tema muito abordado quando se fala do tema de licitação ou mesmo do próprio instituto da desconsideração e deve ser analisado com cuidado, pois a desconsideração da personalidade jurídica deve ser sempre tratada como algo excepcional e não como regra geral, uma vez que a

separação patrimonial é um incentivo para empreendedorismo e esse é um forte aliado para que ocorra o desenvolvimento econômico no país.

É de grande valia abordar o instituto da desconsideração da personalidade, nesta concepção tão pouco difundida, visto que este tão notório instituto é permeado por inúmeros princípios que zelam pela a segurança jurídica.

Quanto a licitação é perceptível como esse tema permeia o direito brasileiro e que sem duvida alguma merece ter alguma de suas nuances mais debatidas, de forma que muitas dúvidas sejam sanadas e hipóteses que favoreçam o aperfeiçoamento sejam levantadas.

Diante desse anseio de que tanto a segurança jurídica seja resguardada e os procedimentos licitatórios cumpram fidedignamente o seu papel é que foi feito esse estudo.

1. LICITAÇÃO

O presente artigo terá início com à abordagem sobre licitação, posteriormente será feito a conceituação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e por último a interação dos dois temas.

É notório que no direito privado, os particulares contratam com terceiros livremente, sem a necessidade de obedecerem a critérios pré-estabelecidos para celebrarem seus contratos.

Diferentemente ocorre com a administração pública, pois cabe a ela administrar da melhor maneira possível os recursos públicos, ou seja, suas contratações devem ser benéficas e proveitosas de forma que os recursos públicos sejam bem geridos e o interesse publico satisfeito. Em sua obra o Gustavo Henrique Pinheiro de Amorim sinaliza:

Atento a essa distinção e à necessidade de tutelar o interesse e os recursos públicos, o legislador criou um procedimento para garantir que a Administração Pública obtenha a proposta mais vantajosa (gastando, com isso, menos dinheiro) e para permitir que o maior

número possível de interessados participe das contratações administrativas, evitando favorecimentos pessoais indevidos. Esse procedimento é a licitação.

A licitação, portanto, é, um procedimento administrativo que se destina a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.¹

Em seu Manual de Direito Administrativo, Alexandre Mazza conceitua licitação da seguinte maneira: “o procedimento administrativo pelo qual entidades governamentais convocam interessados em fornecer bens ou serviços, assim como locar ou adquirir bens públicos, estabelecendo uma competição a fim de celebrar contrato com quem oferecer a melhor proposta”.²

Maria Sylvia Zanella Di Pietro em sua obra traz o seguinte conceito para licitação:

[...] o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.³

Pode-se dizer que o processo licitatório tem como objetivos principais: primeiramente, zelar do princípio da isonomia, previsto na Constituição Federal e que visa dar oportunidade a todos de participarem daquele processo⁴, conforme o artigo 37, XXI, da Constituição Federal preceitua e não obstante proporcionar à Administração Pública uma contratação mais rentável e que atenda de forma ampla e completa o interesse público⁵, artigo 3º, da Lei 8.666/93.

¹ AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. **Para Aprender Direito: Direito Administrativo**. 1.ed. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2006, p. 81.

² MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 320.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 368.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

⁵ BRASIL. **Lei nº. 8.666**, de 21 de junho 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 21 jun.1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

A Lei 8.666/93 institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, baseado em sua redação é possível observar que nem sempre a proposta com menor preço oferece a melhor relação custo e benefício, diante disso gestor do recurso público deve auferir as propostas e analisar qual a mais favorável e proveitosa. Também se pode extrair do texto da Lei 8.666/93 que existem casos onde a licitação é dispensável e inexigível, conforme apregoa em seu artigo 24, e casos em que o procedimento licitatório é inviável, artigo 25 da referida lei. Em todas essas situações, percebe-se que a forma de atuação é no sentido de zelar para que o interesse público seja sempre salvaguardado e o recurso público seja gerido da melhor maneira possível por parte da Administração Pública.

1.1 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

O artigo 3º da Lei 8.666/93 traz os princípios da licitação

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.⁶

Percebe-se a referencia feita aos princípios básicos de todo e qualquer processo licitatório sendo eles: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. Para melhor abordagem do tema é necessário uma breve abordagem a respeito de cada um dos princípios mencionados no artigo 3º da lei de licitações e contratos.

⁶ BRASIL. **Lei nº. 8.666**, de 21 de junho 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 21 jun.1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

Primeiramente, o princípio da legalidade no contexto da licitação determina que Administração Pública haja de acordo com normas ditadas em lei, esse princípio é definido de forma mais ampla no artigo 4º, Lei 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.⁷

O princípio da impessoalidade está correlacionado com o princípio da igualdade, pois estabelecem que os agentes que se enquadrem como licitantes recebam tratamento em igualdade de condições, ou seja, no processo licitatório não pode ocorrer tratamentos que beneficiem um ou mais em prol de outros. A isonomia abordada anteriormente se aplica aqui, como uma maneira de conter atos que possam gerar vantagem para qualquer dos licitantes.

Princípio da moralidade e da probidade administrativa, também correlatos, dizem respeito boa-fé que deve existir tanto nos atos do processo licitatório organizado pela Administração Pública, quanto entre os licitante e a Administração Pública. Deve existir ética e boa-fé. É imperioso salientar que na própria Lei de Licitações e Contratos existe previsão de penalidades para os casos em que for comprovado condutas desonestas dentro do processo licitatório. É notório que esse ponto é muitíssimo importante para que a licitação seja realizada de maneira que atenda seus objetivos sem ferir o direito de terceiros.

Outro importante princípio é da publicidade, que diz respeito a obrigatoria publicidade dos atos, ou seja, os atos do processo de licitação devem ser divulgados amplamente, possibilitando assim que as pessoas que tenham interesse em participar da licitação se organizem para que assim façam. Não obstante o princípio da publicidade é um forte aliado na contenção e fiscalização de atos que porventura estejam sendo praticados

⁷ BRASIL. **Lei nº. 8.666**, de 21 de junho 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 21 jun.1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

desonestamente, na medida em que todos os atos do processo licitatório devem ser publicizados fica mais fácil a fiscalização por parte de qualquer que seja o interessado. É a maneira hábil dos licitantes estarem em constante contato com o processo licitatório. Entendimento extraído do artigo 3º, parágrafo 3º, da lei 8.666/93, que declara: “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”.⁸

Princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o edital é o instrumento convocatório, ou seja, ele rege aquele processo e todos os atos devem estar pautados no que estiver determinado nele. Conforme do artigo 41, da lei 8.666/93 expõe: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.⁹

O princípio do julgamento objetivo declara que é proibido no momento onde forem julgadas as propostas dos licitantes exista qualquer tipo critério subjetivo ou que no instrumento convocatório não tenha sido previamente estabelecido, vide artigo 45, da lei 8.666/93, que expressa:

O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.¹⁰

Na Lei de Licitações e Contratos consta modalidades de licitação.

Art. 22. São modalidades de licitação:

⁸ BRASIL. **Lei nº. 8.666**, de 21 de junho 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 21 jun.1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

⁹ BRASIL. **Lei nº. 8.666**, de 21 de junho 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 21 jun.1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº. 8.666**, de 21 de junho 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 21 jun.1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

- I - concorrência;
- II - tomada de preços;
- III - convite;
- IV - concurso;
- V - leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.¹¹

O artigo 22, da Lei de Licitações e Contratos estabelece o rol de modalidades de licitação e seus devidos conceitos são apresentados nos

¹¹ BRASIL. **Lei nº. 8.666**, de 21 de junho 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 21 jun.1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

parágrafos subsequentes, como não é objetivo principal do presente trabalho, faz-se referencia, somente, ao artigo citado.

2. CONCEITO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Para se conceituar a desconconsideração da personalidade jurídica é imprescindível que se fale, primeiramente, sobre o conceito de personalidade.

Há que se falar ainda, em pessoa, ente físico ou coletivo, que dela decorre direitos e obrigações. As pessoas são divididas em dois grupos: as naturais e as jurídicas. As primeiras são os seres humanos, que possuem capacidade civil desde o nascimento com vida, notando que a partir do momento de sua concepção, também já tem seus direitos garantidos. A pessoa jurídica, por sua vez, é um conjunto de direitos e obrigações, ela possui individualidade prevista em lei, sendo que esta individualidade não esbarra na pessoa natural. Uma pessoa jurídica pode ser de direito público, externo e interno, e de direito privado. Quanto as pessoas jurídicas de direito privado são instituições constituídas a partir da iniciativa de particulares para determinado fim, sendo elas encontradas no artigo 44, do Código Civil Brasileiro.

São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.¹²

Dentro da apreciação de pessoa jurídica Tomazette contempla o assunto:

¹² BRASIL. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

O direito existe em função do homem, vale dizer, existe para realizar, da maneira mais adequada possível, os interesses do homem. A situação não é diferente em relação à pessoa jurídica, que nada mais é do que “uma armadura jurídica para realizar de modo mais adequado os interesses dos homens”.¹³

Tendo como uma de suas funções, proporcionar ao homem uma adequação ideal dos seus interesses, a pessoa jurídica, no caso das sociedades, alia ao seu rol de funcionalidades o recebimento de uma personalidade jurídica distinta da personalidade dos seus sócios, pois passa a ter autonomia patrimonial e ter independência para adquirir obrigações e ter direitos. Isso ocorre, pois, os patrimônios dos sócios membros da sociedade não se resvalam, tampouco se confundem com os bens da sociedade. O renomado doutrinador Rubéns Requião preceitua que:

Formada a sociedade comercial pelo concurso de vontades individuais, que lhe propiciam os bens ou serviços, a consequência mais importante é o desabrochar de sua personalidade jurídica. A sociedade transforma-se em novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir a sua vontade. Seu patrimônio, no terreno obrigacional, assegura sua responsabilidade direta em relação a terceiros. Os bens sociais, como objetos de sua propriedade, constituem a garantia dos credores, como ocorre com os de qualquer pessoa natural.¹⁴

A personalidade jurídica das sociedades se principia a partir da real constituição da sociedade, para que isso ocorra é necessário o cumprimento de alguns ditames. Não são eles austeros, ao ponto de serem imutáveis, pelo contrário, nem mesmo a doutrina brasileira chegou em uma unanimidade quanto a eles, mas Tomazette concatena as principais opiniões e chega a quatro elementos, são eles: “(a) vontade humana criadora; (b) a finalidade específica; (c) o substrato representado por um conjunto de bens ou de pessoas; (d) a presença do estatuto e respectivo registro”.¹⁵

¹³ FERRARA, 1921 apud TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 231.

¹⁴ REQUIÃO, Rubéns. **Curso de direito comercial**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 441/442.

¹⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 231.

Os artigos 45 e 985 ambos do Código Civil Brasileiro, declaram que somente nasce uma sociedade quando esta obtém respectivo registro de seus atos constitutivos no órgão competente para tal.

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.¹⁶

[...]

Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).¹⁷

Fazendo considerações acerca do instituto da desconsideração da personalidade jurídica é necessário introduzir o artigo 1.024 do Código Civil Brasileiro que instituiu o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, sendo esse princípio um importante meio de impulsionar e estimular o empreendedorismo, já que opera reduzindo os riscos advindos da atividade empresária, pois apresenta a limitação de responsabilidade. Nesse sentido, reza o artigo 1.024 do Código Civil Brasileiro: “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”.¹⁸

Ciente dessa manobra estatal André Luiz Ramos expõe:

O reconhecimento de personalidade às pessoas jurídicas corresponde a uma sanção positiva ou premial, pela qual o ordenamento jurídico incentiva os particulares a desempenharem atividades econômicas, o que interessa não apenas aos empreendedores, mas também ao próprio Estado.¹⁹

Dando continuidade, passemos a olhar o princípio da autonomia patrimonial por outro ângulo. É evidente que as pessoas jurídicas, sejam elas

¹⁶ BRASIL. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

¹⁹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 3.ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2013. p. 405.

quais forem, devem se comportar e atuarem de maneira lícita e em observância das normas jurídicas. No entanto começou-se a perceber que a tão sonhada autonomia patrimonial estava sendo instrumento para a prática de fraudes.

Empreendedores, com má fé, utilizaram um instrumento que ensejava crescimento econômico – o princípio da autonomia patrimonial – para cometer abusos e fraudes contra credores, o que fez com que se percebesse que a separação patrimonial estava sendo uma maneira de esconder os bens pessoais acobertados pela personalidade jurídica da empresa. É diante desse cenário que encontramos o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Fábio Ulhoa Coelho conceitua a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da seguinte forma:

[...] pela qual se autoriza o Poder Judiciário a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sempre que ela tiver sido utilizada como expediente para a realização de fraude. Ignorando a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar-se, direta, pessoal e ilimitadamente, o sócio por obrigação que, originariamente, cabia à sociedade.²⁰

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica pode-se dizer, é usado para que haja um rompimento quanto ao dogma da separação patrimonial dos bens da pessoa jurídica e os bens dos membros dessa pessoa jurídica e assim a personalidade jurídica seja respeitada ao ponto de cumprir sua função social. Esse rompimento, permite a interpretação de que os bens dos sócios membros, de uma determinada pessoa jurídica, podem ser objetos de satisfação de obrigações, advindas da atividade empresarial, isso se fez necessário, para se evitar as fraudes e os abusos de direito praticados pelos sócios.

A imunidade dos bens dos sócios só se faz justa quando estes exercem a atividade empresarial de forma correta e respeitando a lei, a partir do momento que se entra em um cenário em que não há coerência e respeito com o bem comum e as normas legais, não há mais que se falar em separação patrimonial nem tão pouco se justifica.

²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 126.

O uso da personalidade jurídica não pode ensejar ou encobrir atos que estão em descompasso e diferentes da função para os quais a personalidade jurídica foi criada. O outro lado da desconsideração da personalidade jurídica visa coibir, prevenir que os sócios não perpetuem fraudes, burlam as leis com a intenção de obter vantagens e esquivar-se de responder por suas obrigações. Nesse sentido, Tomazette acredita: “Assim, os sócios ficam inibidos de praticar atos que desvirtuem a função jurídica, pois, caso o façam, não estarão sob o amparo da autonomia patrimonial”.²¹

A desconsideração da personalidade jurídica incide apenas na demanda litigiosa em questão, ou seja, não leva à despersonalização da pessoa jurídica pois não pretende que esta seja anulada em toda sua extensão, apenas no caso em questão.

A desconsideração não é uma regra e sim uma exceção, ou seja, cabe que não seja considerada de forma irrefletida e em descompasso com o que realmente lhe enseja aplicação.

Finalizando a conceituação da desconsideração da personalidade jurídica faz-se mister expor a definição de Fábio Ulhoa, que foi citado por Tomazette no seguinte trecho: “O juiz pode decretar a suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, se verificar que ela foi utilizada como instrumento para a realização de fraude ou de abuso de direito.”²²

Simultaneamente, ao tema, se pronunciou Mamede:

[...] uma hipótese excepcional na qual se permite superar a distinção entre a personalidade jurídica da pessoa e a personalidade dos sócios, associados ou administradores. Assim, desconsidera-se a personalidade jurídica da companhia para identificar o ato daquele ou daqueles que, usando daquela personalidade de forma ilícita ou fraudatória, determinaram o prejuízo; a partir dessa desconsideração, será possível responsabilizá-los pessoalmente.²³

²¹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 233/234.

²² COELHO, 1989 aput TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 234/235.

²³ MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 238.

A desconsideração da personalidade jurídica vem de maneira a reparar os danos causados pelo titular da pessoa jurídica a um terceiro, sabendo que esses danos precisam ficar caracterizados como advindos de atos ilícitos ou fraudulentos.

2.1 TEORIAS APLICADAS AO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O princípio da autonomia patrimonial é um importante princípio, porém não é absoluto, visto que existe a possibilidade de se tirar o manto da personalidade jurídica em determinados casos, prescindidos de fundamentação legal e até mesmo de decisões que antecederam qualquer dispositivo legal.

A desconsideração possui duas teorias reconhecidas a primeira é a teoria maior que se subdivide em teoria maior subjetiva e teoria maior objetiva, a segunda é a teoria menor. A doutrina se divide em posicionamentos sobre as teorias aplicáveis.

A aplicação do instituto em questão é fundamentada e aplicada a partir de alguns requisitos, os requisitos, no direito brasileiro são objeto de apreciação doutrinária, que não resultaram em um posicionamento unânime. É nessa conjuntura que as subdivisões de posicionamento da teoria maior entram.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre as teorias aplicadas a desconsideração da personalidade jurídica é bastante esclarecedor, ainda mais no quesito, da teoria menor, o que ficou bastante evidenciado pelo Resp 279273/SP:

Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.
- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e

individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações.

Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

- 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.

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

- Recursos especiais não conhecidos.²⁴

Segundo verificado o princípio da autonomia patrimonial só deve ser privado da pessoa jurídica de maneira excepcional, pois ele tem escopo econômico, pois até incentiva a atividade empresária, com a sua proteção da personalidade jurídica, devido a isso não se pode a qualquer acontecimento ser retirado injustificadamente.

Os casos de afastamento autonomia patrimonial devem ser aplicados após a análise do caso concreto em que se deparou com as hipóteses em que houve o emprego abusivo da personalidade jurídica.

Primeiramente para que seja aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, obviamente, se faz necessário que esteja se tratando de uma pessoa jurídica, ou seja, um ente dotado de personificação, uma sociedade. É necessário, ainda como Tomazette traz: “[...] a aplicação da

²⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão. Recurso Especial nº 279273/SP. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA. Data do julgamento: 04 dez. 2003. Data de publicação: 29 mar. 2004.

desconsideração pressupõe uma sociedade na qual o exaurimento do patrimônio social não seja suficiente para levar responsabilidade aos sócios”.²⁵

Logo depois, há que se analisar se no caso prático está configurado um pressuposto fundamental da aplicação da desconsideração, que é o desvio de função da pessoa jurídica que geralmente está configurado através da fraude e do abuso de direito referentes à autonomia patrimonial. Isso se deve ao objetivo do Estado de coibir que as pessoas jurídicas usem o atributo da personalidade jurídica de forma distinta para a qual foi criada. O princípio da autonomia patrimonial só permanece protegendo o manto da personalidade jurídica enquanto a pessoa jurídica exerce sua atividade empresária de acordo com os ditames econômicos e sociais e respeita os fins de sua criação.

Quanto a fraude Tomazette afirma: “A fraude é o artifício malicioso para prejudicar terceiros”²⁶ na mesma obra ele cita Fábio Konder Comparato e traz: “Tal prática, a princípio, é lícita, sua ilicitude decorre do desvio na utilização da pessoa jurídica, dos fins ilícitos buscados no manejo da autonomia patrimonial”²⁷. Na fraude não basta a prática de um ato fraudulento para que seja aplicada a desconsideração, mas que nesse ato fraudulento fique caracterizado o abuso da autonomia patrimonial.

Na hipótese de incorrer em abuso de direito, a pessoa jurídica comete ato que a desvia da função de sua função social podendo ser aplicado a desconsideração desta. Tomazette expõe: “Quando ocorre tal desvio, não há o uso do direito, mas o abuso do direito, que não pode ser admitido. O exercício dos direitos deve atender à sua finalidade social, e não apenas aos meros caprichos de seu titular”.²⁸ No abuso de direito a pessoa jurídica fazendo uso de sua atividade incide em ato, geralmente lícito, mas com fim diferente de sua função social e suas consequências traz insatisfação social. Tomazette concatenando suas ideias com as de Requião pronuncia: “Ao

²⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 243.

²⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 224.

²⁷ Ibid., p. 224.

²⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 246.

contrário da fraude, no abuso de direito o propósito de prejudicar não é essencial, há apenas o mau uso da personalidade jurídica”.²⁹

Para finalizar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica se faz necessário citar Mamede quando diz:

No entanto, é preciso redobrado cuidado com a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Não basta haver uma obrigação não satisfeita pela sociedade para que se possa exigir que o sócio beneficiado pelo limite de responsabilidade ou administrador responda por ela. A desconsideração está diretamente ligada ao mau uso da personalidade jurídica pelo sócio ou pelo administrador, não prescindindo do aferimento de dolo, abuso de direito, fraude, dissolução irregular da empresa, confusão patrimonial ou desvio de finalidade. Para aplicar o instituto, portanto, o judiciário – atendendo ao comando do artigo 93, IX, da Constituição da República - deverá, obrigatoriamente, fundamentar seu ato, apontando fatos e provas que demonstrem estar presentes as condições para desconsiderar a personalidade jurídica. Nesse sentido, cita-se a manifestação da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça quando julgou o Recurso Especial 347.524/SP: “A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que reclama o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser demonstrado sob o crivo do devido processo legal”.³⁰

A desconsideração não deve ocorrer como regra geral, mas sim de forma excepcional e caso fique caracterizado os requisitos básicos para a sua aplicação.

3. A POSSIBILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA LICITANTE POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Aqui se encontra a questão de maior debate no âmbito desse trabalho, uma empresa licitante pode ter sua personalidade jurídica desconsiderada por parte da administração pública. Diante desse notório caso, faz-se necessário trazer a questão amplamente ventilada na Lei 8.666/93 que de modo sintetizado diz que a Administração Pública, no papel de gestora dos recursos públicos, deve agir de maneira a impedir que fraudes se alojem nos

²⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 247.

³⁰ MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 238.

processos licitatórios, bem como no cumprimento dos contratos. Para que Administração Pública desempenhe seu papel de coibir praticas fraudulentas existem penalidades positivadas na Lei de Licitações e Contratos em seu artigo 87.

Essas penalidades atuam como punição às pessoas jurídicas licitantes, ou seja, não chegam a tocar nos administradores e sócios dessa sociedade penalizada. Em todos os diferentes tipos de penalidades constantes um ponto se encontra, todas tornam o licitante impedido de tomar parte de novas licitações e contratos com a Administração Pública, mesmo nos casos onde é possível inexigibilidade ou dispensa da licitação.

No entanto, é comum que encontrar casos, onde a empresa que se encontra impedida de ser parte em licitações e contratos com o poder público, burlarem facilmente a sanção imposta a ela. A empresa constitui outra empresa, para que essa nova seja a fachada para que possam participar de contratações e licitações com a Administração Pública.

Esse tipo de pratica atenta contra moralidade dos procedimentos de licitação, haja vista que essa empresa por meio de seus administrador e sócios estão agindo de má-fé. Um das mecanismos que poderia coibir esses eventos que visão burlar sanções é aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista a ocorrência de evidente fraude no processo de licitação.

Caso a empresa sancionada tivesse sua personalidade jurídica desconsiderada, conseqüentemente os seus sócios estariam impedidos de serem partes em novos processos licitatórios e contratos com a Administração Pública.

Por muitos anos essa argumentação foi usada para que a personalidade jurídica dessas empresas fosse desconsiderada, até mesmo era entendimento do Superior Tribunal de Justiça à aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica nesses casos, mas a três anos atrás o legislador brasileiro aprovou a Lei nº 12.846/2013, que em seu escopo aborda a possibilidade de responsabilização objetiva, civil e administrativa das pessoas jurídicas que praticarem atos ilegítimos contra a Administração Pública.

A Lei 12.846/2013 em seu artigo 14 encerra qualquer tipo de discussão a respeito da impossibilidade de uma empresa licitante ter sua personalidade jurídica desconsiderada, vide:

A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.³¹

O transcrito dispositivo legal estabiliza o entendimento que é possível a desconsideração da personalidade jurídica, por parte Administração Pública, haja vista que esse entendimento está positivado no ordenamento jurídico pátrio e também o seu texto corrobora que os princípios basilares dos procedimentos licitatórios sejam respeitados, afim de se ter licitações e contratos realizados de maneira honesta e que visem o melhor gestão dos recursos públicos. É válido mencionar que como os recursos públicos devem ser geridos visando o bem comum esse tipo de disposição jurídica salienta esse posicionamento e corrobora para que seja cumprido. Não obstante fazem vigorar e reforçar a segurança jurídica nacional.

CONCLUSÃO

No presente trabalho foi abordado primeiramente o conceito licitação e os princípios que permeiam sua natureza. Posteriormente foi feita uma explanação sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, seguido de uma abordagem a temática principal do trabalho.

Pode-se auferir do texto apresentado que a Administração Pública tem como uma das suas funções, promover processos licitatórios para que

³¹ BRASIL. **Lei nº. 12.846**, de 1º de agosto 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2 ago.2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016.

legalmente compre, desenvolva obras e contrate serviços que contribuam para o seu bom funcionamento. Diante disso é cabível ressaltar que à Administração Pública desempenhe seu dever de maneira que respeite os princípios estabelecidos para tais atividades e não somente respeite, mas também exija que as empresas licitantes respeitem, e caso encontre atos em descompasso com os princípios deve aplicar penalidades para que tais atos não sejam incentivados ou passem impunes.

Não obstante a desconsideração da personalidade jurídica das empresas licitantes já era um instituto usado para coibir praticas que visavam burlar as sanções aplicadas às empresas, porém a Lei 12.846/2013 veio trazer de forma clara para o ordenamento jurídico brasileiro que essa possibilidade é mais do que possível, é necessária.

Percebe-se que os essa previsão legal nasce dos princípios e vem também para garantir que estes sejam salvaguardados.

REFERÊNCIAS

1. AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. **Para Aprender Direito: Direito Administrativo**. 1.ed. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2006, p. 81.
2. MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 320.
3. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 368.
4. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 ago. 2016.

5. BRASIL. **Lei nº. 8.666**, de 21 de junho 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 21 jun.1993. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.
6. BRASIL. **Lei nº. 8.666**, de 21 de junho 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 21 jun.1993. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.
7. BRASIL. **Lei nº. 8.666**, de 21 de junho 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 21 jun.1993. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.
8. BRASIL. **Lei nº. 8.666**, de 21 de junho 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 21 jun.1993. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.
9. BRASIL. **Lei nº. 8.666**, de 21 de junho 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e

- contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 21 jun.1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.
10. BRASIL. **Lei nº. 8.666**, de 21 de junho 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 21 jun.1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.
11. BRASIL. **Lei nº. 8.666**, de 21 de junho 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 21 jun.1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.
12. BRASIL. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.
13. FERRARA, 1921 aput TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 231.
14. REQUIÃO, Rubéns. **Curso de direito comercial**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 441/442.
15. TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 231.

16. BRASIL. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.
17. BRASIL. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.
18. BRASIL. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.
19. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquemático**. 3.ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2013. p. 405.
20. COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 126.
21. TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 233/234.
22. COELHO, 1989 aput TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 234/235.
23. MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 238.
24. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 279273/SP. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA. Data do julgamento: 04 dez. 2003. Data de publicação: 29 mar. 2004.

25. TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial:** teoria geral e direito societário. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 243.
26. TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial:** teoria geral e direito societário. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 224.
27. Ibid., p. 224.
28. TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial:** teoria geral e direito societário. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 246.
29. TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial:** teoria geral e direito societário. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 247. MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial.** 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 247.
30. BRASIL. **Lei nº. 12.846**, de 1º de agosto 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2 ago.2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016.