DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

**No ordenamento jurídico a desconsideração da personalidade jurídica já é tratada nas seguintes leis:**

* Código Civil (artigo 50);
* Código de Defesa do Consumidor (artigo 28);
* Lei de Defesa da Concorrência (artigo 34);
* Lei Anticorrupção (artigo 14);
* Lei n° 9.605/98 (artigo 4º)
* Lei das Empresas Estatais (artigo 38)

**ACÓRDÃO do TCU**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação autuada por força do item 9.10 do [Acórdão 1147/2011-TCU-Plenário](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/) em que se apura a responsabilidade das empresas envolvidas nas fraudes às licitações verificadas na ‘Operação Sanguessuga’,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.3. **declarar a inidoneidade, com fundamento no artigo 46 da Lei 8.443/1992**, das empresas Planam Comércio e Representação Ltda. (CNPJ: 37.517.158/0001-43), Santa Maria Comércio e Representação Ltda. (CNPJ: 03.737.267/0001-54), Klass Comércio e Representação Ltda. (CNPJ: 02.332.985/0001-88 ), Enir Rodrigues de Jesus EPP – Comercial Rodrigues (CNPJ: 02.391.145/0001-96) e Vedovel Comércio e Representações Ltda. (CNPJ: 04.717.562/0001-01), para participar de licitação que utilize recursos públicos federais por um período de cinco anos;

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

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

9.6**. recomendar** ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao Ministério da Fazenda e à Controladoria-Geral da União **que incluam na Portaria Interministerial CGU/MF/MP 507/2011**, ou em outra que venha a substituí-la, **cláusula que vede, na hipótese de aplicação de recursos federais a serem repassados mediante convênio ou instrumento congênere, a participação em licitação ou a contratação de empresas que constem do cadastro de empresas inidôneas do Tribunal de Contas da União, da Controladoria-Geral da União ou do Sicaf**;

 (...)”

(**Acórdão 495/2013** – Relator Min. Raimundo Carreiro)

Desde o julgamento do Acórdão 495/2013, o TCU entende que a declaração de inidoneidade para participar de licitação na administração pública federal (art. 46 da Lei 8.443/1992) não pode ser aplicada a sócios e administradores de empresas licitantes, por falta de previsão legal.

No entanto, foi entendido que, caso nova sociedade empresária seja constituída, com o mesmo objeto, por qualquer um dos sócios ou administradores de empresas declaradas inidôneas, após a aplicação da sanção e no prazo de sua vigência, **a administração deve adotar as providências necessárias à inibição de participação dessa empresa em licitações, em processo administrativo específico, assegurando o contraditório e a ampla defesa a todos os interessados**.

O voto condutor deixou consignado o seguinte registro:

"22. **Não obstante entender não ser apropriado lançar mão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para declarar a inidoneidade dos sócios e/ou administradores das empresas envolvidas no esquema de fraudes à licitação**, ressalto que podem ser desenvolvidos mecanismos destinados a coibir a burla relacionada à declaração de inidoneidade de empresas, como o aperfeiçoamento do cadastro do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

23. Essa medida deverá permitir o cruzamento de dados de sócios e/ou de administradores de empresas que tenham sido declaradas inidôneas e de empresas fundadas pelas mesmas pessoas, ou por parentes, até o terceiro grau, que demonstrem a intenção de participar de futuras licitações dentro do prazo vigente da sanção aplicada.

Caso a sociedade empresária tenha sido fundada após a aplicação da sanção a que se refere o art. 46 da Lei 8.443/92 e dentro de seu período de vigência, a Administração contará com instrumento hábil à inibição da participação de sócios e/ou de administradores de empresas declaradas inidôneas, **em processo administrativo específico, assegurado o contraditório e a ampla defesa a todos os interessados.**”

(Acórdão 1761/2021 – Relator Min. BENJAMIN ZYMLER)

REPRESENTAÇÃO. JUSTIÇA FEDERAL. FRAUDES EM DIVERSAS LICITAÇÕES DE ÓRGÃOS FEDERAIS. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA INTERPOSTA PARA SE BENEFICIAR DAS CONDIÇÕES FAVORÁVEIS PREVISTAS NA LEI COMPLEMENTAR 123/2006. OITIVA DAS EMPRESAS E DOS SÓCIOS. REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS. INIDONEIDADE DAS EMPRESAS. CIÊNCIA.

**ACÓRDÃO**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela 22ª Vara Federal de Porto Alegre/RS noticiando a utilização, por licitante não enquadrada como microempresa ou como empresa de pequeno porte (Comabe Automação de Escritório Ltda.) , de intermediária (Barqueiro Soluções de Escritório Ltda.) que preencha os requisitos constantes na Lei Complementar 123/2006 para se beneficiar de licitações de órgãos federais,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, III, do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. **declarar, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, a inidoneidade das sociedades empresárias Comabe Automação de Escritórios Ltda. e Barqueiro Soluções de Escritório Ltda**. para participar de licitação na administração pública federal, bem como de certames promovidos por estados e municípios cujos objetos sejam custeados por recursos federais, pelo prazo de três anos;

(...)”

**VOTO:**

Trata-se de representação formulada pela 22ª Vara Federal de Porto Alegre/RS noticiando possíveis fraudes em licitações federais conduzidas pela empresa Comabe Automação de Escritório Ltda. e pela microempresa Barqueiro Soluções de Escritório Ltda., em que a primeira se utiliza da segunda para vencer certames e obter os privilégios instituídos pela Lei Complementar 123/2006.

2. Narra a representante que a Barqueiro seria uma empresa de fachada, sem funcionários cadastrados, constituída apenas para participar de licitações, sediada no mesmo endereço da empresa Comabe e com a dependência operacional desta última. Aponta que o quadro societário das empresas comporia uma relação familiar (de pai e filhos) , sendo que os sócios da microempresa desempenhariam funções administrativas na outra sociedade.

(...)

10. **Acolho parcialmente a proposta da unidade técnica**, cujos fundamentos incorporo como razões de decidir naquilo que não divergirmos, sem prejuízo das considerações que passo a fazer. Esclareço que minha discordância se limita à declaração de inidoneidade dos sócios das pessoas jurídicas, assunto sobre o qual começo a discorrer na sequência.

11. Apesar de louvável a posição da Selog, que busca impedir a formação de novas empresas pelos mesmos sócios para atuar em segmentos econômicos semelhantes ou idênticos, em clara burla à sanção de inidoneidade, **anoto que a matéria já foi discutida pelo Plenário deste Tribunal em outras três oportunidades** (Acórdãos 2.914/2019, 1.592/2019 e 495/2013) . Nesses julgados, **restou assentado que a declaração de inidoneidade para participar de licitação na administração pública federal (art. 46 da Lei 8.443/1992) não pode ser aplicada a sócios e administradores de empresas licitantes, por falta de previsão legal**.

12. **No entanto,** foi entendido que, **caso nova sociedade empresária seja constituída, com o mesmo objeto, por qualquer um dos sócios ou administradores de empresas declaradas inidôneas**, após a aplicação da sanção e no prazo de sua vigência, a administração **deve adotar as providências necessárias** à inibição de participação dessa empresa em licitações, **em processo administrativo específico, assegurando o contraditório e a ampla defesa a todos os interessados**.

13. O voto condutor do já mencionado [Acórdão 495/2013-TCU-Plenário](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/) deixou consignado o seguinte registro: (...)”

18. Nessa análise, **diversos fatores devem ser investigados**. **A título exemplificativo**, deve-se apurar as condições de constituição da pessoa jurídica ou do início da sua relação com os sócios da empresa sancionada; a atividade econômica desenvolvida pelas empresas; a composição do quadro societário e a identidade dos dirigentes/administradores; compartilhamento de estrutura física ou de pessoal etc.

19. **Se, ao término das mencionadas diligências, forem apurados indícios de fraude à sanção anteriormente aplicada, então será necessária a instauração do processo administrativo específico**, tendente a apurar em detalhes a conduta, bem como **viabilizar o contraditório e a ampla defesa prévios**.

20. Portanto, **creio que a louvável preocupação da unidade técnica já se encontra abarcada pela funcionalidade de ocorrências impeditivas indiretas do Sicaf**. Friso ainda que as unidades técnicas e as equipes de auditoria desta Corte de Contas também poderão representar sempre que constatarem algum tipo de burla à sanção de declaração de inidoneidade por meio da constituição de nova pessoa jurídica.

21. Desse modo, **afasto a aplicação da pena de inidoneidade aos srs. Juliano Zanesco, Carlos César Geimbra, Lênio Zanesco e Jordano Zanesco**. Por consequência, considero prejudicada a tese defensiva da ilegitimidade passiva do sr. Jordano.

22. Apesar de afastar a pena de inidoneidade para os sócios das empresas arroladas, **devo ressaltar as novidades legislativas incorporadas nas Leis 13.303/2016 e 14.133/2021**, que permitem, a partir de fatos praticados após a vigência dessas normas - ou seja, não incide no caso concreto -, a extensão dos efeitos da inidoneidade para terceiros. O estatuto jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista veda a participação em licitação e a contratação de empresas cujos sócios ou administradores integrem o quadro societário de outra declarada inidônea (art. 38) . **A nova lei de licitações, por sua vez, prevê uma hipótese de desconsideração em que os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica podem ser estendidos aos administradores e sócios com poderes de administração (art. 160)**.

*(RMS 15.166/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 7/8/2003, DJ 8/9/2003, p. 262) .*

* STJ - abuso de forma (constituição de uma nova sociedade com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço) e fraude à Lei nº 8.666/1993, pautando-se pela observância dos princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade do interesse público tutelado.

*ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.*

* *A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui* ***abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93****, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.*
* *A Administração Pública pode,* ***em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica*** *de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.*
* *Recurso a que se nega provimento.*

NLL - **14.133/21**

**CAPÍTULO I - DAS INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS**

* Art. 155 – **elencou as possíveis infrações administrativas** que o licitante ou contratado será responsabilizado.
* Art. 156 – **elencou as sanções que podem ser aplicadas** (advertência, multa, impedimento de licitar ou contratar e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar), o tempo de sua aplicação e os critérios
* Art.158 – **dispõe sobre o procedimento para aplicar as sanções** de impedimento de licitar ou contratar e de declaração de inidoneidade.
* **Art. 160 – previu a possibilidade de extensão dos efeitos dessas sanções a terceiros, mediante a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.**

**Inovação da NLL**

A primeira parte do dispositivo estabelece os pressupostos elementares indispensáveis à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade, ***abuso do direito***(elemento subjetivo) para:

* **facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta lei**; ou
* provocar confusão patrimonial.

Reprodução idêntica do quanto disposto no artigo 14 da Lei Anticorrupção.

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

A segunda parte dispõe sobre as **pessoas que poderão ser por ela afetadas**: "(...) seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado (...)”

Ampliação do rol de pessoas (físicas e jurídicas) que poderão ser afetadas em caso de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

E, a última parte **assegura** “(...) em todos os casos, **o contraditório, a ampla defesa** e a **obrigatoriedade de análise jurídica prévia**”.

Entende-se que “análise jurídica prévia” consistiria em um parecer jurídico do órgão competente

CRITÍCAS RELACIONADAS

1. a redação do artigo 160 é extremamente confusa no que tange aos pressupostos para a aplicação da teoria;
2. esse dispositivo legal não esclarece se é cabível, ou não, a desconsideração inversa da personalidade jurídica (essa hipótese diz respeito à responsabilidade da sociedade por dividas pessoais dos sócios), apesar de os incisos VIII e IX do artigo 6º da nova lei evidenciarem que o licitante ou contratante também pode ser uma pessoa física;
3. há uma grave falha de o Legislativo não indicar o órgão competente para a proceder à desconsideração da personalidade jurídica, se isso se dará no próprio processo de responsabilização previsto no artigo 158, em momento posterior, como outro processo licitatório, por exemplo, ou somente em processo judicial;

são abusivas a extensão de sanções graves a pessoas jurídicas que não tenham contribuído para a prática de qualquer ilícito ou que não tenham se beneficiado direta ou indiretamente desse ilícito (violação ao princípio da intranscendência).