

DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELA VIA ADMINISTRATIVA NO PREGÃO ELETRÔNICO.

Paulo Henrique Amorim
Curso de Pós-Graduação em Direito Civil
Universidade Anhanguera - Uniderp

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar a possibilidade de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública nos procedimentos licitatórios na modalidade pregão eletrônico, nas hipóteses comprovadas de fraude à lei e abuso de direito realizadas por empresas licitantes inidôneas.

Palavras-chave: desconsideração; personalidade jurídica; pregão eletrônico.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho será abordado a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pela via administrativa na modalidade licitatória do pregão eletrônico.

Traçaremos algumas considerações sobre as modalidades licitatórias previstas na lei de licitações e explanaremos sobre o pregão eletrônico como uma das modalidades licitatórias mais utilizadas atualmente pela Administração Pública.

Analisaremos sobre as teorias maior e menor da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, as suas aplicabilidades, bem como as variações dispostas nas legislações como por exemplo no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor.

Embora doutrinariamente tenhamos como regra geral a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pela via judicial como medida extrema, defenderemos a sua aplicabilidade pela via administrativa nos procedimentos licitatórios e no pregão eletrônico.

Explanaremos sobre algumas práticas realizadas por empresas licitantes inescrupulosas com objetivos de fraudar à lei, a Administração Pública e o erário público, em prol de seus interesses escusos, contrariando princípios consagrados constitucionalmente que fundamentam e legitimam a aplicabilidade da desconsideração da personalidade pela Administração Pública.

Por fim, apontaremos os posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União sobre a matéria, que fundamentarão o presente trabalho.

1. AS MODALIDADES LICITATÓRIAS PREVISTAS NA LEI DE LICITAÇÕES

1.1 A LICITAÇÃO E SEU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Os particulares em geral dispõem de ampla liberdade em suas ações quando pretendem realizar aquisições, contratações, alienações e locações de bens. Já a Administração Pública, para cumprir tal tarefa, necessita adotar procedimentos preliminares bastante rigorosos preestabelecidos em leis, denominado de licitação.

O conceito de licitação é precisamente definido por Hely Lopes Meirelles:

*“Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.”*¹

A licitação constitui um certame promovido pelas entidades governamentais aos particulares interessados em estabelecer determinadas relações de cunho patrimonial com a Administração Pública. Funda-se na ideia de competição ou disputa, estabelecidos de forma isonômica àqueles que preencham os requisitos e aptidões ao cumprimento das obrigações que se destinam assumir.

O seu impositivo legal possui natureza constitucional, pois com a Constituição Federal de 1988, a licitação passou a ser obrigatória para a Administração Pública direta e indireta, tais como: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais.

Assim, é a própria Constituição Federal que impõe a obrigatoriedade de realizar licitação, conforme podemos observar em seu Art.37, inciso XXI, 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:

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

Na esfera federal, a licitação é regida pela Lei nº 8.666/93, estabelecendo normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, aplicáveis à Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e

1

dos Municípios. Desta forma, fora às exceções previstas em lei, nenhum Órgão ou Entidade da Administração Pública, poderá comprar ou contratar, sem prévio procedimento licitatório.

Cabe ressaltar, que os Estados, Municípios e Distrito Federal e Territórios, possuem a faculdade de editar suas próprias normas sobre a matéria para as suas licitações e contratos administrativos, desde que não contrariem as normas gerais.

1.2 AS MODALIDADES LICITATÓRIAS

A Lei de Licitações apresenta cinco modalidades, que são: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. A licitação é o gênero, do qual as modalidades são espécies.

As modalidades de licitação no sistema brasileiro possuem características próprias, destinando-se a determinados tipos de contratações. Os preceitos genéricos são de aplicação a todas as modalidades e os preceitos específicos regem cada modalidade em particular.

A concorrência é a modalidade de licitação mais apropriada para os contratos de grande valor, destinada a transações de maior vulto. Por envolver grande valor é precedida de ampla publicidade. Admite-se a participação de todos os interessados, cadastrados ou não, que venham a satisfazer as condições previstas em edital e comprovem os requisitos mínimos estabelecidos para execução do objeto.

A tomada de preços é a modalidade licitatória realizada entre interessados previamente cadastrados ou que venham atender as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data estipulada para o recebimento das propostas. Nesta modalidade licitatória, exige-se habilitação prévia dos licitantes, através dos registros cadastrais, característica que a distingue da concorrência.

O Convite é uma modalidade licitatória mais simples e de menor complexidade, utilizada pela Administração Pública para contratações de valores mais baixos. Convida-se pelo menos três interessados para a disputa, registrados ou não, que atuem no ramo pertinente ao objeto da licitação, para que apresentem suas propostas. Na modalidade convite, não é exigido publicação, tendo em vista que é feito diretamente através de carta-convite, aos escolhidos pela Administração. No entanto, se afixa a cópia do instrumento convocatório em local apropriado para possíveis interessados devidamente cadastrados no ramo do objeto.

O Concurso constitui uma modalidade especial de licitação, que se caracteriza por uma disputa entre quaisquer interessados que possuam determinadas qualificações exigidas no

regulamento do concurso, para a escolha de trabalho técnico, artístico ou científico, onde se predomine a criação intelectual. Normalmente é instituído prêmio ou remuneração aos vencedores e seu julgamento é realizado por comissão especial formada por pessoas que possuam expressivo conhecimento sobre a matéria, pessoas de reputação ilibada podendo ser servidores públicos ou não. O concurso possui edital, com regulamento próprio estabelecendo as suas regras e deve obedecer ao princípio da publicidade.

O leilão é espécie de licitação utilizável para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração Pública ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados por força de execução judicial, ou ainda para alienação de bens imóveis cuja aquisição haja dação em pagamento, a quem ofertar maior lance tendo como parâmetro uma avaliação prévia. No leilão, os lances são verbais, o negócio deve ser efetuado de forma instantânea, não é exigível qualquer tipo de habilitação prévia dos licitantes face as suas características, visto que a venda é feita à vista ou em curto prazo e a entrega deverá se processar de forma imediata. No leilão deve haver ampla publicidade, mediante edital, com objetivo de atrair o maior número de interessados e evitar favoritismo durante os procedimentos de arrematação.

2. O PREGÃO ELETRÔNICO COMO MODALIDADE LICITATÓRIA

2.1 PREGÃO: ORIGEM, CONCEITO E DISTINÇÕES

No Brasil, a União através da Medida Provisória nº 2.026/2000, instituiu uma nova modalidade licitatória denominada “pregão”. Inicialmente, a Medida Provisória nº 2.026/2000 que foi reeditada por diversas vezes, instituiu o pregão apenas no âmbito da União, estabelecendo que para aquisição de bens e serviços considerados comuns, a União poderia adotar licitação na modalidade pregão.

O tema sobre a aplicabilidade do pregão apenas na órbita federal foi bastante questionada pela doutrina, com ensejo de se admitir a extensão e adoção da sistemática do pregão para outros entes da federação, como os Estados e Municípios.

Neste sentido, foi editada a Lei Federal nº 10.520/02 que tratou de superar os questionamentos sobre a matéria, estendendo-se a aplicação da nova modalidade licitatória do pregão aos Estados e Municípios, conferindo assim, maior segurança jurídica.

Segundo a definição de Marçal Justen Filho:

“Pregão é uma modalidade de licitação de tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa de contratação de bem ou serviço comum, caracterizada pela existência de uma fase competitiva inicial, em que os licitantes dispõem do ônus de formular propostas sucessivas, e de uma fase posterior de verificação dos requisitos de habilitação e de satisfatoriedade das ofertas.”²

O pregão apresenta inúmeras vantagens em relação às modalidades licitatórias tradicionais previstas na Lei nº 8666/93, pois em muitas ocasiões as modalidades tradicionais não permitem dar a celeridade desejável ao administrador público nas contratações mais simples devido ao excesso de burocracia nos procedimentos.

Doutrinariamente, o pregão apresenta três grandes vantagens bastante relevantes com relação às modalidades tradicionais. Podemos mencionar a evidente vantagem econômica em favor da Administração, em decorrência da ampliação da disputa que o procedimento oferece, resultando como consequência contratações com valores econômicos mais reduzidos, a ampliação dos participantes no certame e a simplicidade na sistemática dos procedimentos, conferindo ao administrador maior agilidade e celeridade.

Existem duas espécies de pregão, o pregão comum, também denominado de presencial e o pregão eletrônico.

O pregão comum ou presencial, que está regulamentado pelo Decreto nº 3.555/00 na esfera federal, desenvolve-se através de uma sessão pública, ocorrendo uma disputa entre os participantes que comparecem fisicamente e ofertam lances, ganhando o licitante que ofertar o menor lance para o item/ objeto ou serviço. Trata-se de procedimentos bem mais desburocratizados e simples em comparação com os procedimentos da licitação convencional.

Já o pregão eletrônico, regulamentado pelo Decreto nº 5.450/05 na esfera federal, se desenvolve através da utilização dos recursos de tecnologia da informação, ou seja, por meio de comunicação pela Internet. É um procedimento licitatório em que as atividades se desenvolvem à distância através da Internet, permitindo a participação de maior número de licitantes, que mesmo sendo de outros Estados da federação, possuem plenas condições de participação no certame, pela proximidade fornecida pelo ambiente virtual na comunicação. As propostas são apresentadas pelos licitantes por via eletrônica e a competição com as ofertas dos lances da mesma forma pela Internet.

2.2 O PREGÃO ELETRÔNICO

A definição de pregão, na forma eletrônica, é definida por Marçal Justen Filho:

“O pregão na forma eletrônica, consiste na modalidade de licitação pública, de tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação de bem ou serviço comum, por meio de propostas seguidas de lances, em que os atos jurídicos da Administração Pública e dos interessados desenvolve-se com a utilização dos recursos da Tecnologia da Informação, valendo-se da rede mundial de computadores (Internet).”³

Como tivemos a oportunidade de observar nas definições anteriores, o pregão somente deve ser utilizado quando o objeto da contratação for qualificável como um bem ou serviço comum. Bens ou serviços comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Neste sentido, é pacificado o entendimento de que o pregão eletrônico é modalidade adequada para a efetivação da contratação dos bens ou serviços comuns.

A preponderância do pregão eletrônico sobre o pregão comum ou presencial, tem-se em conta as circunstâncias de natureza tecnológica. Com a difusão da Internet por banda larga, o pregão eletrônico tornou-se preferível pela Administração Pública, em decorrência da eficiência de operabilidade. Atualmente, prevalece o entendimento que o pregão comum ou presencial deva ser reservado apenas às situações em que não houver disponibilidade das condições tecnológicas pela Administração Pública, devendo prevalecer a escolha do pregão eletrônico sempre que houver condições.

Como se pode perceber, no pregão eletrônico a essência de seus procedimentos competitivos se desenvolve através dos meios de comunicação à distância, em rede de computadores, conhecida mundialmente como internet.

No sistema do pregão eletrônico é utilizado o recurso de criptografia e autenticação para resguardar as condições de segurança durante as fases do certame.

A autoridade competente do órgão promotor da licitação, o pregoeiro, os membros da equipe de apoio e os licitantes que participam do pregão na forma eletrônica, são previamente credenciados perante o provedor do sistema eletrônico.

O credenciamento dar-se-á pela atribuição de chave de identificação e de senha, pessoal e intransferível, para acesso ao sistema eletrônico.

Na esfera da Administração Pública Federal, o pregão é promovido por órgão integrante do SISG, o credenciamento do licitante, bem assim a sua manutenção, dependerá de registro atualizado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF.

A chave de identificação e a senha poderão ser utilizadas em qualquer pregão na forma eletrônica, salvo quando cancelada por solicitação do credenciado ou em virtude de seu descadastramento pelo Órgão competente.

O uso da senha de acesso pelo licitante é de sua responsabilidade exclusiva, incluindo qualquer transação efetuada diretamente ou por seu representante, não cabendo ao provedor do sistema ou ao órgão promotor da licitação responsabilidade por eventuais danos decorrentes de uso indevido da senha, ainda que por terceiros.

O credenciamento junto ao provedor do sistema implica a responsabilidade legal do licitante e a presunção de sua capacidade técnica para realização das transações inerentes ao pregão na forma eletrônica.

A participação dos licitantes no pregão eletrônico é realizada através da senha particular do licitante que entra no sistema e emite as suas propostas de preços, em data e horário estabelecidos no edital, por meio eletrônico, ou seja, pela internet.

O Órgão da Administração Pública que realiza o pregão eletrônico, emite a publicação com o aviso de licitação, onde estará descrito o endereço eletrônico onde acontecerá a sessão pública, a data e hora de início de realização dos procedimentos

Ao ser aberta a sessão pública pelo Pregoeiro, que é o agente do órgão encarregado de conduzir o certame, os licitantes encaminharão seus lances pelo sistema eletrônico, o sistema irá automaticamente ordenando os valores dos lances na ordem da menor oferta.

No decorrer da sessão pública, os participantes são avisados em tempo real, sobre o valor de menor lance registrado pelo sistema, emitido pelos demais licitantes, sendo vedado a identificação de quem emite os lances.

Encerrada a etapa competitiva, o pregoeiro analisará cada oferta emitida quanto à sua aceitação, analisando os valores ofertados e a sua exequibilidade, bem como a compatibilidade do objeto ofertado pelo licitante com o solicitado no objeto do edital. Na sequência, para aqueles que tiveram suas propostas aceitas, será solicitado pelo pregoeiro aos licitantes, o encaminhamento dos documentos de habilitação, onde será analisado a regularidade documental disposta em edital.

Sendo declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de

recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

Decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos praticados, a autoridade competente adjudicará o objeto e homologará o procedimento licitatório.

Após a homologação, o licitante vencedor será convocado para assinar o contrato ou a ata de registro de preços no prazo definido no edital.

3. AS TEORIAS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em nosso ordenamento jurídico, pelo princípio da “autonomia patrimonial” é atribuído às pessoas jurídicas, personalidades jurídica dissociada das de seus membros.

Através desta disposição, observamos experiências surpreendentes em que sociedades empresárias são utilizadas de instrumentos para a prática de atos fraudulentos e abuso de direitos, com relação à credores, para acarretar-lhe prejuízos de todas as ordens.

Pessoas físicas inescrupulosas aproveitam esse mecanismo, realizando manobras ilícitas em seus negócios e utilizam a pessoa jurídica para acobertarem os seus maus feitos em relação a terceiros de boa-fé.

Diante das constatações dessas práticas indecorosas e em reação aos seus abusos, deu-se origem à teoria da desconsideração da personalidade jurídica. A teoria é doutrinariamente consagrada em vários países, como no direito alemão, direito italiano, direito francês, cada qual com a sua denominação específica.

Contudo, por tal princípio consagra a permissão ao magistrado em casos de fraude e de má-fé, para que “desconsidere” o princípio de que as pessoas jurídicas tenham existências distintas das de seus membros, permitindo que se atinjam os bens particulares dos sócios de uma determinada sociedade, para satisfazer às dívidas da sociedade.

É importante ressaltar que a decisão judicial que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade não dissolve o seu ato constitutivo, nem o anula, tratando-se apenas de uma suspensão episódica da eficácia do ato e temporária.

O professor Rubens Requião, foi o primeiro jurista brasileiro a defender a mencionada doutrina no direito brasileiro na década de sessenta, sustentando que a teoria da

desconsideração da personalidade jurídica deveria ser aplicada pelos juízes, independente previsão legal, face à construção doutrinária já haver sido abalizada em diversos ordenamentos jurídicos de outros países.

No direito brasileiro, a doutrina e a jurisprudência, reconhecem a existência de duas teorias da desconsideração da personalidade jurídica: a teoria maior e a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica.

A teoria maior propugna a exigência de um requisito específico para que se efetive a desconsideração episódica. A comprovação da *fraude e do abuso* por parte dos sócios, constitui requisito para que o juiz ignore a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas de forma que se alcance o patrimônio dos sócios por dívidas da pessoa jurídica.

A teoria maior subdivide-se em teoria maior objetiva e teoria maior subjetiva. A teoria maior objetiva foca mais os aspectos funcionais do instituto que a intenção dos sócios da empresa. Neste sentido, a denominada “confusão patrimonial”, que consiste na disfunção da empresa ou a desorganização societária, constitui o pressuposto necessário para a desconsideração episódica. Já na teoria maior subjetiva, constitui como pressuposto a demonstração da fraude ou do abuso com o propósito veemente de prejudicar terceiro ou com intenção de fraudar a lei.

Pela teoria menor, basta a existência um *prejuízo do credor* para que se possa efetuar a desconsideração da personalidade jurídica. Havendo como fundamento, um simples prejuízo do credor, é motivo suficiente para afastar-se a autonomia privada da pessoa jurídica. Não há interesse em se verificar a ocorrência de abuso da personalidade ou a utilização com propósito de fraude da autonomia patrimonial.

O ordenamento jurídico brasileiro, apresenta diferentes formulações da desconsideração da personalidade jurídica, tornando a expressão ambígua. A legislação brasileira em algumas hipóteses opta pela teoria maior da desconsideração e, em outras, pela teoria menor, conferindo certa imprecisão ao instituto.

Desta forma, para maiores elucidacões quanto a teoria adotada no ordenamento jurídico brasileiro, acompanhamos o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

*“Foi adotado, aparentemente, a linha objetivista de Fábio Konder Comparato, que não se limita às hipóteses de fraude e abuso, de caráter subjetivo e de difícil prova. Segundo a concepção objetiva, o pressuposto da desconsideração se encontra, precipuamente, como dito, na **confusão patrimonial**. Desse modo, se pelo exame da escrituração contábil e das contas bancárias apurar-se que a sociedade paga dívidas do sócio, que este recebe créditos dela, ou o inverso, ou constatar-se a existência de bens de*

sócio registrados em nome da sociedade, e vice-versa, comprovada estará a referida confusão. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, a formulação objetiva facilita a tutela dos interesses de credores ou terceiros lesados pelo uso fraudulento do princípio da autonomia patrimonial.”⁴

Podemos constatar que o código civil brasileiro, em seu artigo 50, adotou claramente a teoria maior objetiva, enquanto noutros diplomas legais, como o código de defesa do consumidor e a Lei Ambiental, é permitido a teoria menor. Assim, percebe-se que embora a doutrina brasileira possua maior inclinação para a teoria maior da desconsideração, em algumas ocasiões concretas são feitas concessões à teoria menor.

4. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO PREGÃO ELETRÔNICO

A Constituição Federal determina expressamente em seu art.37, que 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.

Os princípios dispostos constituem regras de observância permanente e obrigatória ao administrador público. Tais normas, embora de natureza federal, possuem conteúdo de normas gerais para atividade administrativa, a ser observado não só pela União, mas também aos Estados e Municípios.

Tais princípios, constituem os fundamentos de ação administrativa que deverão se pautar todo aquele que exerce o poder público, e relegá-los seria desvirtuar-se da boa gestão dos negócios públicos e dos interesses sociais. Assim, o bom administrador público jamais poderá eximir-se das orientações legais, pois condutas comissivas ou mesmo omissivas, são caracterizadoras de improbidade.

Partindo desse raciocínio para o âmbito dos procedimentos licitatórios, durante a condução de todos os procedimentos, fases e etapas, o agente administrativo condutor da licitação deverá pautar-se criteriosamente em todos os princípios constitucionais mencionados, pois estará representando a Administração pública.

4

É importante ressaltar, que além da exigência de conduta ilibada do administrador público, os princípios ora em comento também se aplicam aos administrados. Assim, especificamente nos procedimentos licitatórios, aqueles que se relacionam com a Administração Pública e se vinculando aos atos negociais, estão obrigatoriamente adstritos aos mesmos princípios e deveres, pois o trato diz respeito à coisa pública, bem como aos interesses sociais e econômicos, devendo haver zelo de ambas as partes.

Nas licitações públicas em geral, são estabelecidos sanções administrativas previstas na lei de licitações para as hipóteses de descumprimento contratual, conforme podemos observar nos art. 87 e art.88, respectivamente, da Lei nº 8666/93, in verbis:

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

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

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

- I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;
- II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;
- III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Desta forma, observamos que a legislação estabelece espécies de penalidades bem rígidas, como a suspensão temporária de licitar, o impedimento de contratar com a Administração, bem como a declaração de idoneidade, que deverão ser aplicado pela Administração Pública àqueles licitantes que vierem a descumprir as suas obrigações legais durante os procedimentos licitatórios ou nos casos de descumprimento contratuais.

No Pregão Eletrônico, de maneira idêntica, o Decreto nº 5450/2005 que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, estabelece em seu Art.28, in verbis:

Art. 28. Aquele que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, não assinar o contrato ou ata de registro de preços, deixar de entregar documentação exigida no edital, apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito à ampla defesa, ficará impedido de licitar e de contratar com a União, e será descredenciado no SICAF, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Assim podemos claramente observar, que fundamentalmente, para àqueles licitantes que cometam atos inidôneos ou que utilizam da pessoa jurídica para fraudar a lei, acarretando prejuízos econômicos ao erário público, deverá a Administração Pública aplicar sanções e penalidades severas de forma a coibir tais ações prejudiciais ao Estado.

O pregão eletrônico atualmente é a modalidade licitatória mais utilizada pela Administração Pública, por licitar bens e serviços de natureza comum. Além de ser um procedimento mais ágil e menos complexo, permite a participação de inúmeras empresas de diversos Estados, aumentando expressivamente a gama de participantes. Noutra sentida, também é bastante significativo a quantidade crescente de pregões realizados pela Administração Pública a cada ano, objetivando suprir a demanda de suas necessidades.

Nesse contexto, notamos na prática cotidiana, que muitas empresas se especializaram no exercício do pregão eletrônico. Pessoas jurídicas são criadas quase que, exclusivamente,

para atender a demanda da Administração Pública. Empresas licitantes especializam-se apenas para negócios com a Administração Pública através do pregão eletrônico, profissionalizando-se especificamente nessa área de atuação, pois as necessidades administrativas com a evolução do Estado vão se ampliando com o passar dos anos.

No entanto, também é notório, o crescente número de empresas que atuam de forma inidônea, visando única e exclusivamente propósitos escusos e enriquecimento ilícito, cometendo abuso de direito, fraude a lei e outros desatinos.

Detectado irregularidades ou ilegalidades na condução do pregão eletrônico ou na fase contratual, deverá o administrador público, em conformidade com o princípio da legalidade, além do contraditório e da ampla defesa, aplicar as sanções e penalidades impostas pela lei, visando resguardar o erário público e a Administração Pública das ações ilegais e indecorosas.

Assim, infelizmente, surgiu uma prática corrente na tentativa de burlar a lei e as ações administrativas que penalizam licitantes inescrupulosos, que consiste na constituição de uma nova sociedade empresária, com os mesmos sócios e com o mesmo objeto social de uma empresa anterior que tenha sido penalizada com impedimento de contratar com a Administração Pública.

Inúmeras são as consequências nefastas que surgem para o Estado se permitido a ação maliciosa dessas pessoas jurídicas, podendo vir acarretar prejuízos ao erário público, bem como possíveis prestações ineficientes do serviço público, em plena dissonância com o princípio da eficiência e demais princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Neste sentido, deslumbra-se a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica às empresas licitantes, que comprovadamente se verificar a intenção de fraude nos procedimentos licitatórios, sobretudo no pregão eletrônico, tendo em vista que diante de ações fraudulentas e de abuso de direito, não pode o Estado permanecer estático sob pena de omissão.

Embora o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, via de regra, é realizada por ordem judicial, pode a Administração Pública na via administrativa, se valer da teoria desconsideração da personalidade jurídica para afastar, a sociedade constituída de modo fraudulento, de certames licitatórios realizados pela Administração Pública.

É importante averberar, que o Tribunal de Contas da União já declarou que os efeitos da declaração de idoneidade de uma determinada empresa anteriormente penalizada pela

Administração Pública em procedimentos licitatórios, devem ser aplicados para as futuras sociedades constituídas pelos mesmos sócios e mesmo objeto social, como verificamos abaixo:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. FRAUDE À LICITAÇÃO. SUPERFATURAMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE LICITANTE. 1. A constatação de ocorrência de fraude à licitação, com configuração de dano ao Erário, enseja a condenação dos responsáveis em débito, julgamento pela irregularidade das contas e aplicação de multa. 2. A existência de fraude em procedimento licitatório enseja a declaração de inidoneidade dos licitantes envolvidos para participarem de licitação na Administração Pública Federal 3. Acolhida a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, respondem os sócios das empresas envolvidas pelo prejuízo causado ao erário. (Acórdão nº 1209/2009- Plenário. TCU.03/06/2009.

Apontou o Ministro José Jorge, relator do Acórdão nº 1209/2009- Plenário, TCU, que : *“Penso, porém que esta Corte de Contas deva, na esteira do precedente trazido pela Secex/RN, estender a inidoneidade para licitar com a Administração Pública Federal, às futuras sociedades que forem constituídas com o mesmo objeto social e composta pelo mesmo quadro societário daquelas fraudadoras do certame da UFRN”.*

A possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do pregão eletrônico, com a extensão do impedimento de licitar e contratar a outra empresa com os mesmos sócios e objeto social, se fundamenta pelo princípio da moralidade administrativa.

Embora o tema apresente grande polêmica, encontramos precedentes sobre a matéria no Superior Tribunal de Justiça, admitindo a aplicabilidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, com fundamentos nos princípios da *moralidade administrativa* e da *indisponibilidade dos interesses públicos*, conforme podemos observar abaixo:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMO 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 nº 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.

(RMS Nº 15.166-BA.- Rel. Min. Castro Meira. STJ. 2ªT.Dj. 08/09/2003.)

Podemos concluir notoriamente, que uma vez comprovada a intenção fraudulenta e abusiva da segunda empresa, depois de lhe ser dado a oportunidade de ampla defesa, pode a Administração Pública em observância aos princípios da moralidade e da indisponibilidade dos interesses tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade que fora constituída com intenção de fraudar à lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pregão eletrônico é na atualidade a modalidade licitatória mais usual na Administração Pública.

A sua prática atrai inúmeras empresas participantes, almejando futuras contratações públicas, para o exercício de suas atividades.

Algumas empresas licitantes consideradas inidôneas, que cometem procedimentos irregulares, acabam sendo penalizadas e impedidas de participar dos negócios públicos. Desta

forma, inconformadas, acabam realizando mecanismos escusos para burlar à lei, como por exemplo, a criação de novas empresas com os mesmos sócios e objeto social, visando dar continuidade às suas práticas ilícitas.

Desta forma, pode o administrador público tomar medida extrema na esfera administrativa, quando tais práticas constituírem flagrantes ofensas aos princípios da moralidade e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados.

A aplicabilidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo deve ser aplicado para evitar a tentativa de abuso de direito e fraude à lei por pessoas inescrupulosas, observado os princípios do contraditório e da ampla defesa na esfera administrativa, de forma a preservar o patrimônio público e a eficiente prestação dos serviços públicos em respeito à sociedade.

Furtar a aplicação do instituto na esfera administrativa em geral, bem como especificamente nos procedimentos licitatórios, representaria omissão da Administração Pública, que possui o dever de pautar toda a sua conduta e ações em conformidade com os princípios constitucionais expressos.

Destarte, a possibilidade plena e plausível, de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pela via administrativa, nos procedimentos licitatórios em geral, bem como na modalidade específica do pregão eletrônico, preservando a moralidade e os interesses públicos tutelados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29^a ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 8^a ed. rev. ampl. atual. Niterói: Impetus, 2014.
SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31^a ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil. v.1. 12^a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado v.1. 4ª ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALDO, Nelson. Curso de Direito Civil.v.1. 12ªed. rev.ampl.atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

FILHO, Marçal Justen Filho. PREGÃO: (Comentários á legislação do pregão comum e eletrônico). 5ª ed. ver. atual. São Paulo: Dialética, 2009.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. 9ª ed. rev.atual.ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.