

## Extensão de sanções administrativas nas contratações públicas: Construindo um novo Paradigma.

Por: Carlos Eduardo Teixeira Braga e Fernando Bernardi Gallacci

11/03/2014

### O DEBATE

Algo que ficou claro no decorrer dos últimos dois meses é que os desafios da chamada nova Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 01.08.2013) serão enormes. A Lei entrou em vigor no mês de janeiro deste ano e já é possível perceber que dará muito trabalho pela frente, seja, por exemplo, para criar uma nova cultura de idoneidade nas companhias privadas, por meio de sofisticadas políticas de *compliance*, ou, seja para acostumar os órgãos de controle aos novos instrumentos de atuação. Sobre esse último ponto, dentre a lista de tarefas que cabe aos fiscalizadores é possível destacar a sistematização do tema da desconsideração da personalidade jurídica para estender sanções administrativas no âmbito das contratações públicas.

Esta última questão tem se tomado cada vez mais recorrente no cotidiano dos novos projetos de infraestrutura, possivelmente porque, de algum tempo para cá, a Administração Pública tem realizado um número mais expressivo de licitações para contratação da iniciativa privada, negociando desde a compra de materiais necessários para o desenvolvimento das obras, até a delegação completa da prestação de serviços públicos.

Esses procedimentos, por sua vez, nem sempre foram completamente bem sucedidos, atraindo, em algumas situações, licitantes oportunistas e fraudulentos. Assim, excluindo-se as vezes em que esses *players* venceram os certames sem quaisquer questionamentos, temos os casos – e que não nos parecem inexpressivos – em que a Administração percebeu e aplicou penalidades administrativas para aqueles que buscavam fraudar as licitações (por exemplo, aplicando as penalidades dispostas no art. 87 da Lei nº 8.666/93).

A criatividade dos penalizados, todavia, não os impediu de participar de novas contratações. Em algumas situações os licitantes criavam novas empresas para continuar participando das competições. Estas sociedades seriam versões limpas daquelas que tinham sido alvo das penalidades, o que as tornaria, em última análise, inócuas para o grupo econômico.

Ao focar a questão em casos concretos, pelo menos no decorrer do último ano, já ocorreram duas situações de grande monta. A primeira delas é referente ao caso da licitação da Parceria Público-Privada para a construção e operação de um sistema de reservatórios do Departamento de Águas e Energia Elétrica - DAEE em São Paulo, na qual uma companhia que seria subsidiária integral de outra empresa penalizada com declaração de inidoneidade teria sido admitida a prosseguir no certame, ao menos até a fase de habilitação (Concorrência Internacional nº 001/DAEE/2013/DLC).

A segunda situação se refere a uma contratação para a aquisição de trilhos ferroviários pela VALEC, em 2012. Em tal caso, contratou-se uma empresa que fora criada com os mesmos sócios e que apresentava a mesma sede societária de outra companhia que já havia sido penalizada pela ECT, com base no art. 7º da Lei do Pregão (Lei nº

10.520/02). A contratação, no entanto, não se manteve sem críticas na medida em que fora analisada pelo Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 2593/2013 – Plenário, e, depois, também foi alvo de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal na análise da medida cautelar em sede de mandado de segurança nº 32.494 (decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, publicada em 13.11.2013).

Como pôde ser visto no ano passado, os casos não são inexpressivos. Pelo contrário, requerem grande atenção, em especial pela possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica para a extensão de sanções administrativas prevista na nova Lei Anticorrupção. Essa norma traz a previsão, em seu artigo 5º, inciso IV, alínea “e”, de que constitui ato lesivo à Administração Pública, a criação, de modo fraudulento ou irregular, de pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo. Com base nisso, a desconsideração da personalidade jurídica está abordada no artigo 14, o qual prevê, então, sua utilização para possibilitar a extensão das penalidades outrora aplicadas, sempre que a sociedade for utilizada com abuso do direito.

Diante do exposto, não resta difícil imaginar que a previsão da Lei Anticorrupção não veio do nada. Tampouco vieram as discussões dos dois casos acima. Na realidade, essa questão de desconsideração da personalidade jurídica para extensão de penalidades administrativas já vinha sendo discutida pelos mais diversos órgãos de controle e pelo judiciário. O que a Lei, assim como o julgado do STF, veio fazer nada mais é do que tentar resolver o problema: jaz, aqui, a nova fronteira do debate.

Este artigo, portanto, visa, principalmente, fomentar o debate sobre o tema e seus novos limites, não discutindo a sua doutrina – dentre a qual, pode-se citar Marçal Justen Filho, em seu livro de Comentários sobre a Lei de Licitações, ou Carlos Ari Sundfeld, em um de seus pareceres publicados -, mas sim o indício da formação de uma jurisprudência de diversos tribunais que poderá ser consolidada por meio do julgado do Ministro Celso de Mello e da nova Lei Anticorrupção. Dá-se um passo para trás para depois avançarmos à frente. Afinal, será que teremos um eventual novo paradigma a ser aplicado às situações vindouras?

#### **QUAIS SÃO AS OPINIÕES DOS TRIBUNAIS**

Conforme dito anteriormente, já não são poucas as decisões que analisam, mesmo antes da edição da Lei Anticorrupção, a desconsideração da personalidade jurídica para extensão das penalidades de suspensão e declaração de inidoneidade. Dessa forma, o primeiro passo deste tópico é esclarecer de quais entidades estamos falando e quais foram alguns desses casos. Em seguida, explicaremos as principais conclusões dos julgados.

Seguindo a linha do *script* supramencionado, analisaram-se, por amostragem, alguns acórdãos e decisões: *Tribunais de Contas da União* (TC 015.452/2011-5; TC 003.533/2006-1; TC 021.929/2010-6; TC 003.770/2004-0; e TC 001.323/2006-5); *Tribunal de Contas do Estado de São Paulo* (TC-003762/003/2008 e TC-003766/003/08); *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* (Apelação 945.695.5/0-00); *Tribunal Regional Federal da 5ª Região* (Apelação Cível 549737/AL, DJE 13.12.12); e *Superior Tribunal de Justiça* (RMS 15.166/BA, DJ 08.09.03).

A análise desses julgados não demonstrou um comportamento dispare entre os julgadores, mas sim uma tendência. De uma forma sucinta e direta, pode-se afirmar que, independentemente das normas da nova lei, os julgados já reconheciam a possibilidade de extensão de penalidades administrativas, inclusive por meio de via administrativa, desde que houvesse um nexo causal entre a criação da nova empresa e a intenção de fraudar a sanção imposta pela

Administração. Caso fosse comprovado esse nexos causal, deveria ser garantido o direito dos sócios e/ou da nova empresa ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa.

A despeito do que alguns poderiam entender, a comprovação do dito nexos causal não estava formulada sem um sentido prático. A jurisprudência delineou o começo de uma fórmula: se a nova companhia tem os mesmos sócios, mesmo objeto social e mesmo endereço da penalizada, então, os efeitos da sanção administrativa também deverão ser estendidos a ela. O desenho dessa fórmula, elaborado pelo TCU, pode ser visto, abaixo:



Tal fórmula, todavia, permite adaptações e simplificações, visto que haveria ocasiões em que uma empresa poderia, por exemplo, não deter o mesmo objeto social, mas servir de ponte entre a companhia penalizada e a Administração Pública. Suponhamos, assim, que uma companhia que visava fornecer merenda escolar fosse penalizada com suspensão de licitar por 2 anos e que para participar de um certame ela constituísse outra companhia, com os mesmos sócios e endereço parecido, mas que não tivesse o mesmo objeto social. O objeto social dessa nova companhia seria vender os produtos de merenda produzidos pela primeira empresa. Ora, a fraude persistiria, de modo a possibilitar a desconsideração da personalidade e, depois, a extensão da penalidade administrativa de suspensão. A fórmula, então, está mais para uma receita que pode servir de norte e que, a depender da situação, poderá sofrer alterações e ser aperfeiçoada ao sabor do caso concreto.

A questão de conferir à Administração Pública, e não só ao Judiciário, o poder de desconsideração da personalidade jurídica da companhia para então estender-lhe uma sanção imposta à outra empresa – que fora sua antecessora - é fundamentada em princípios e, a depender da situação, em regras específicas dos órgãos de controle. Em termos de princípios, embasa-se tal possibilidade devido à aparente aplicação preponderante do princípio da moralidade administrativa frente ao princípio da legalidade estrita, enquanto, ao se falar de regras específicas dos órgãos de controle, citamos, por exemplo, a aplicação, pelo TCU, do art. 46 de sua Lei Orgânica (Lei nº 8.443/1992), segundo o qual, se verificada fraude à licitação, o Tribunal seria competente para declarar sua inidoneidade por até cinco anos na esfera federal.

Deve-se deixar claro que até a edição da Lei Anticorrupção, não havia dispositivo legal que autorizasse expressamente a desconsideração da personalidade jurídica para a extensão das sanções. Não obstante, isso era feito pelos mais diversos tribunais, com o embasamento e a forma prescrita acima. Era e é neste quadro adaptável aos casos concretos que, portanto, a questão vem se delineando.

Diante disso, passemos, agora, aos novos acontecimentos (posicionamento do STF e edição da Lei Anticorrupção) que podem, ou não, vir a solidificar os entendimentos que antes eram de dispersas cortes e tribunais.

## **O QUE O STF DESTACOU SOBRE A DISCUSSÃO E SOBRE A LEI ANTICORRUPÇÃO**

O caso que chegou ao STF teve início com a análise do TCU por meio de representação contra a VALEC, em razão de supostas irregularidades no Pregão Presencial Internacional 11/2012, para contratação de empresa para fornecimento, descarga de navio, remoção, armazenamento e nacionalização de trilhos, destinados a trecho da Ferrovia Norte-Sul, no valor de R\$ 321.505.443,64.

Nessa ocasião, apontou-se, entre outras irregularidades, que a licitante que apresentou o melhor preço, PNG Brasil Produtos Siderúrgicos Ltda, estava sujeita à mesma penalidade de suspensão do direito de contratar com a

Administração que fora aplicada à empresa Dismaf Distribuidora de Manufaturados Ltda., pela ECT, devido conduta irregular na execução de contratos. Após análise, o TCU concluiu pela seguinte orientação:

9.4. dar ciência à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S/A e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, como órgão orientador dos demais órgãos/entidades do Governo Federal, de que a suspensão de licitar e contratar com a Administração Pública Federal, imposta à Dismaf Distribuidora de Manufaturados Ltda., estende-se à PNG Brasil Produtos Siderúrgicos Ltda., em face dos fatos apurados neste processo e com base na teoria da desconsideração, expansiva da personalidade jurídica, nos princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade do interesse público, e no entendimento de que a sanção aplicada com fundamento no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 se estende a toda a esfera do órgão ou entidade que a aplicou;

A impetração do mandado de segurança no STF decorreu, portanto, da orientação do Tribunal de Contas dada à Valec.

Em resumo, o voto do Ministro Celso de Mello analisou as seguintes questões: **(i.)** a competência do Tribunal de Contas para estender ou ampliar a abrangência de sanções administrativas aplicadas por outros entes públicos; **(ii.)** a teoria da desconsideração da personalidade jurídica frente à reserva de jurisdição e ao princípio da legalidade; e **(iii.)** a intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos e sua compatibilidade com a desconsideração expansiva da personalidade jurídica.

Ao analisar o primeiro ponto, o Ministro, em suma, destacou que muito embora não haja previsão de competência explícita para que a Corte de Contas se valesse da teoria da desconsideração da personalidade jurídica voltada a estender sanções administrativas (art. 71 da CF), haveria a possibilidade de fazê-lo, aplicando-se a *teoria dos poderes implícitos*, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *McCULLOCH VS. MARYLAND* (1819) e acolhida pelo STF nos julgamentos dos MS's nºs 24.510/DF, 26.094/DF e 26.547-MC/DF.

Essa teoria reconhece a legitimidade de se utilizar os meios necessários, ainda que implícitos, para a concretização das competências constitucionais, permitindo, no caso concreto, que “se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário e ao ordenamento positivo” em decorrência da competência conferida ao Tribunal de Contas para exercer o controle da legalidade.

Quanto à relação entre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a reserva de jurisdição e o princípio da legalidade, o Ministro indica tanto decisões do próprio STF em que a Corte acolhe os poderes implícitos para fiscalização administrativa, quanto um julgado do Superior Tribunal de Justiça (RMS 15.166/BA) que entendeu pela possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica por ato de índole administrativa. Em complemento, o Ministro também disserta sobre a aplicação do princípio da moralidade administrativa para exigir que a Administração Pública iniba a utilização da fraude e do abuso do direito. Nessa toada, a Administração deveria agir em conformidade com um “novo constitucionalismo”, de acordo com o qual, nos casos em que a lei fosse omissa, dever-se-ia pautar a resolução dos casos por princípios.

A Lei Anticorrupção é citada neste momento como sendo o instrumento que tomará possível suprir as lacunas de lei específica sobre poderes implícitos para fiscalização administrativa. São citados os dois dispositivos da nova

legislação como sendo passíveis de solucionar a série de situações. No entanto, o julgado ocorreu durante a *vacatio legis* da nova norma, impossibilitando uma análise concreta de sua aplicação pelo STF. Quem sabe no futuro?

Com relação ao postulado da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos, consignou que o STF reconhece em diversos precedentes a impossibilidade de que as restrições e sanções aplicadas superem a esfera pessoal do apenado. No entanto, aponta que por meio de processo administrativo, no qual seja garantido o contraditório e a ampla defesa, a Administração poderá estender, diante do caso concreto e de forma pontual, a penalidade aplicada a outras pessoas envolvidas na irregularidade. A ideia de receita a ser composta ao gosto da situação não é descartada então.

Ao final, apesar da forte fundamentação no sentido da possibilidade de extensão subjetiva da penalidade administrativa pelo Tribunal de Contas, o Ministro Celso de Mello, por razões de prudência e reconhecimento da plausibilidade jurídica da pretensão do impetrante, entendeu ser necessário deferir a tutela cautelar e suspender cautelarmente a eficácia da orientação do TCU. Entendeu-se que a Suprema Corte ainda tem muito que se debruçar sobre os temas que tangenciam a discussão, visto que restam vários pontos controversos – e na realidade, tem mesmo.

## O QUE TEMOS PELA FRENTE?

Apesar do desfecho da história parecer frustrante pelo fato de não ter se solucionado a questão de uma vez por todas, ele não é. Muito foi abordado e discutido. A questão ganhou destaque e agora deve ser entendida e debatida.

É claro que outros fatos ainda devem ser incluídos na discussão. Um exemplo é o ocorrido na PPP de reservatórios do Estado de São Paulo que, apesar de não ter sido resolvido diretamente, teve sua dúvida respondida pelo TCE-SP em processo relativo à contratação com o DER. Nessa ocasião, avançou-se no debate na medida em que foi declarada a extensão de sanção administrativa de inidoneidade à mesma empresa do caso da PPP - uma subsidiária integral criada como resultado de um processo de falência (TC-002735.989.13-9).

Ainda há muita coisa a ser dita e vista sobre a questão. As esperanças restam, agora, no início da vigência da nova Lei Anticorrupção para, daí sim, vermos muitas coisas novas. Esperamos que para melhor. Além disso, é importante esclarecer que embora já existam alguns possíveis parâmetros para a discussão, fato é que ainda restam muitos pontos a serem esclarecidos. A pauta do debate talvez possa começar pelas indicações do próprio Min. Celso de Mello na ocasião do julgamento do MS 32.494 MC/DF, quais sejam:

- |  |  |
|--|--|
| <b>A.</b> Validade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos procedimentos administrativos;  | <b>B.</b> Análise da desconsideração expansiva da personalidade civil em face do princípio da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos;      |
| <b>C.</b> A questão da reserva de jurisdição, que considera imprescindível a existência de ato jurisdicional para desconsideração da personalidade jurídica – o que impossibilitaria a | <b>D.</b> Debate em torno da possibilidade de utilização da desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração Pública, em defesa de seus interesses, sob a ótica do |

adoção desse mecanismo pela esfera princípio da legalidade e da nova Lei  
administrativa; Anticorrupção.

**Carlos Eduardo Braga:** Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

**Fernando Bernardi Gallacci:** Integrante da Coordenadoria de Empresas e Fundações da PGE-SP. Graduando em Direito (9º Semestre) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Ex-aluno da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Pesquisador da área de Direito Público, especialmente no que tange questões constitucionais e da administração pública.