



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Marina Correa Gorga

**A Extensão Subjetiva Do Instituto Da Desconsideração Da Personalidade Jurídica Na
Lei nº 14.133/2021**

Florianópolis
2023

Marina Correa Gorga

A extensão subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica na Lei nº 14.133/2021

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Gilson Wessler Michels

Florianópolis

2023

Correa Gorga, Marina

A Extensão Subjetiva Do Instituto Da Desconsideração Da Personalidade Jurídica Na Lei nº 14.133/2021 / Marina Correa Gorga ; orientador, Gilson Wessler Michels, 2023.

74 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Desconsideração da Personalidade Jurídica. 3. Lei nº 14.133/2021. 4. Sócios. 5. Administradores. I. Wessler Michels, Gilson. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

Marina Correa Gorga

**A extensão subjetiva do instituto da desconsideração da personalidade jurídica na Lei nº
14.133/2021**

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de
“Bacharela em Direito” e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito.

Florianópolis, 19 de junho de 2023.

Prof. Francisco Quintanilha Veras Neto, Dr.

Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Gilson Wessler Michels

Orientador CCJ/UFSC

Doutoranda Isabela Moreira do Nascimento Domingos

Avaliador(a)/PPGD/CCJ/UFSC

Mauritânia Mendonça

Avaliador(a)/PUC-SP

AGRADECIMENTOS

Por muitas vezes, existem situações que nos colocam à prova do quanto a vida pode ser cheia de desafios, mas também, terminar sempre no final do dia, com um saldo positivo de boas memórias e pessoas que se tem na vida.

Os meus cinco anos em Florianópolis e cursando Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, poderiam ser completamente resumidos a partir desses momentos e pessoas, que independente de tudo, serão sempre parte de mim e de um, dentre os vários motivos, pelo quão grata eu sou por essa jornada.

De início, agradeço aos meus pais, José e Lucia, pelas incontáveis noites e dias de trabalho árduo para que eu pudesse da melhor maneira, realizar meus sonhos em sua completude. Ao meu pai, por todos os almoços e jantas preparados na época do cursinho, e por suportar meu mau humor de cansaço nessa época. À minha mãe, por sempre me acolher em todos os momentos, por ser tão compreensiva e por me ensinar diversos valores sólidos, mas o principal, a gentileza.

Ao meu irmão Alexandre, por ser meu melhor amigo, companhia para todos os momentos e por, principalmente, ter pagado meu cursinho pré-vestibular em 2017 e acreditar sempre em mim. À minha irmã Thays, que é minha pessoa preferida no mundo, por ser minha melhor amiga, a minha inspiração de pessoa e profissional, por acreditar em mim e ser o meu porto seguro sempre.

À minha família Correa, por sempre vibrarem pelas minhas conquistas e torcerem para o meu futuro. Reconheço a tamanha sorte que possuo por ter uma família tão amorosa e incrível como a nossa.

Ao 1ª Juizado Especial Cível da Capital, pela experiência de estágio, mas principalmente, as amizades que construí a partir dela com Fábio Henning e Vitória Silva, sou muito grata pelos bons momentos e parceria ao longo dos dois anos em que passamos juntos.

À Menezes Niebuhr Sociedade de Advogados e ao núcleo de Direito Imobiliário, pelos incontáveis aprendizados, amizades e evoluções que essa experiência de estágio me trouxe, em especial, ao Lucas Rocha, Maria Luiza Barcellos e Paulo Henrique de Almeida, por serem incríveis mentores e pessoas, nas quais me inspiro diariamente.

À 3STRUCTURE, em especial, à Luísa Vasconcellos e Priscilla Carvalho, por me oportunizarem uma nova experiência na qual atualmente, faz com que eu me encontre cada dia mais no Direito. Mas principalmente, agradeço por todo o aprendizado e amizade proporcionada e por serem grande inspiração da profissional e pessoa que almejo ser.

Aos incríveis amigos que a vida e a graduação me presentaram, em especial a Júlia Aliboni, Giovanna Belardinucci, Vinicius Teixeira, Leonardo Thomas da Silva, Adriana Pereira, Mariana Antonângelo, Maria Alice Basquera e Carolina Piazza, por sempre estarem presente em todos os momentos significativos da minha vida, pelas ótimas memórias que tenho com cada um de vocês e pelo crescimento que essas amizades me proporcionaram. Mas principalmente, agradeço o fato de que sempre que precisei, eu pude contar com cada um de vocês.

À Maria Luiza Barcellos e Gabrielli Muller, que em pouco tempo, se tornaram essenciais. Acredito que na vida, poucas são as amizades que te demonstram a palavra “amigo” na sua forma mais genuína, mas a nossa foi capaz disso. Sou extremamente grata por ela, meu último ano de graduação não seria nunca tão feliz e leve sem a amizade e carinho de vocês.

Dizem que na vida nós podemos ter a certeza de que estamos no caminho certo quando olhamos para as pessoas que nos rodeiam e vemos nelas, diversas qualidades admiráveis. Vejo incontáveis em todos vocês e isso me mostra o quanto de sorte eu tenho.

Ademais, agradeço a todas as pessoas que não estão mencionadas aqui, mas passaram pelo meu caminho durante esses anos e se fizeram importantes durante essa jornada.

Agradeço ao meu professor e orientador Gilson Wessler Michels, pela orientação ao longo deste trabalho e pelas aulas excepcionais durante a graduação.

Por fim, agradeço a mim mesma pelas decisões corretas, mas principalmente, pelas decisões não tão corretas assim e o modo como evolui e aprendi a partir delas. Agradeço por me permitir a coragem de me mudar para Florianópolis para cursar Direito na UFSC, e pela pessoa que me tornei depois desses 5 anos. Por todo meu esforço e dedicação que efetivamente foram transparecidos nessa última fase do curso e, principalmente, por ter dado meu máximo sempre em tudo.

Uma das coisas que aprendi é que se deve viver apesar de. Apesar de, se deve comer. Apesar de, se deve amar. Apesar de, se deve morrer. Inclusive muitas vezes é o próprio apesar de que nos empurra para a frente. Foi o apesar de que me deu uma angústia que insatisfeita foi a criadora de minha própria vida (LISPECTOR, 1998).

RESUMO

O objetivo do estudo é analisar a aplicação subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica pela Lei nº 14.133/2021, com base no estudo do instituto da desconsideração e das sanções administrativas. A desconsideração da personalidade jurídica é um instituto que permite desconsiderar a personalidade da empresa para que possíveis responsabilidades recaiam sobre os sócios ou administradores que compõem a pessoa jurídica. A inclusão desse instituto no contexto das licitações ocorreu apenas com a Lei nº 14.133/2021, que estabeleceu a possibilidade de estender as sanções administrativas impostas à empresa participante do certame licitatório aos sócios, administradores e empresas sucessoras. O trabalho foi realizado utilizando o método dedutivo como abordagem, o método descritivo como procedimento e pesquisa bibliográfica e documental como técnicas de pesquisa. A partir deste estudo, pode-se concluir que houve uma ampliação excessiva do escopo introduzido pelo artigo 160 da Lei nº 14.133/2021 e uma subjetividade na sua aplicação. Verifica-se, portanto, que a extensão das sanções administrativas aos sócios, administradores e empresas sucessoras ocorre por meio de uma análise casuística e geral, sem limites e regulamentações que garantam a segurança jurídica na aplicação do instituto. Assim, como conclusão do estudo, entende-se que existe atualmente uma subjetividade na aplicação da desconsideração pela Lei nº 14.133/2021, a qual poderá ser solucionada com base nas posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. No entanto, não se pode negar a falta de previsão normativa que estabeleça os limites dessa extensão, resultando em uma lacuna na legislação citada.

Palavras-Chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Lei nº 14.133/2021. Sócios. Administradores. Empresas Sucessoras. Extensão subjetiva.

ABSTRACT

Abstract: The objective of this study is to analyze the subjective application of the disregard of legal personality by Law No. 14,133/2021, from a perspective guided by the study of the concept of disregard and administrative sanctions. The disregard of legal personality is characterized as a concept that allows for the disregarding of a company's legal personality, so that potential liabilities can be attributed to the shareholders or administrators who are part of the legal entity. The inclusion of this concept in the realm of public bidding occurred only with Law No. 14,133/2021, which established the possibility of extending the administrative sanctions imposed on a participating company in a bidding process to its shareholders, administrators, and successor companies. The research was conducted using a deductive method as the approach, a descriptive procedure, and bibliographic and documentary research as the research techniques. Through this study, it can be concluded that there has been an excessive expansion of the scope introduced by Article 160 of Law No. 14,133/2021 and subjectivity in its application. It is observed that the extension of administrative sanctions to shareholders, administrators, and successor companies occurs through a case-by-case and general analysis, without limits or regulations that ensure legal certainty in its application. Therefore, as a conclusion of this study, it is understood that there is currently subjectivity in the application of the disregard concept under Law No. 14,133/2021, which, however, can be addressed through doctrinal positions and jurisprudence on the subject. Nevertheless, the legislative gap in the mentioned law due to the lack of regulatory provisions defining the limits of this extension should not be disregarded.

Keywords: Disregard of Legal Personality. Law No. 14,133/2021. Shareholders. Administrators. Successor Companies. Subjective Extension.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	13
2.1	APONTAMENTOS TEÓRICOS E CONCEITUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	13
2.1.1	A pessoa jurídica	14
2.1.2	Características históricas e conceituais do Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica	18
2.1.3	Teorias da desconsideração da personalidade jurídica	21
2.2	OS CRITÉRIOS E EFEITOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	25
2.2.1	Pressupostos para a concessão da desconsideração da personalidade jurídica	25
2.2.1.1	<i>Os efeitos decorrentes do mau uso da pessoa jurídica</i>	27
3	AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO	29
3.1	AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	30
3.1.1	As sanções administrativas	31
3.1.1.1	<i>Princípios na aplicação da sanção administrativa</i>	31
3.1.1.2	<i>As infrações administrativas</i>	35
3.1.2	O regime sancionador da Lei nº 14.133/2021	39
3.2	A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.....	43
3.2.1	Histórico de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo	44
3.2.1.1	<i>A desconsideração de personalidade jurídica pelo Tribunal de Contas da União</i>	44
3.2.1.2	<i>Aplicação do instituto pela Lei nº 12.846/2013</i>	47
4	A EXTENSÃO SUBJETIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA AOS SÓCIOS, ADMINISTRADORES E EMPRESAS SUCESSORAS	50
4.1	A APLICAÇÃO DE SANÇÕES AOS SÓCIOS, ADMINISTRADORES, EMPRESAS SUCESSORAS E GRUPOS ECONÔMICOS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO ...	51

4.1.1	A responsabilização objetiva e subjetiva dos sócios e administradores	51
4.1.2	A responsabilização objetiva de empresas sucessoras na legislação brasileira	56
4.2	A POSSÍVEL EXTENSÃO SUBJETIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	60
	CONCLUSÃO	64
	REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata a respeito da recepção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pela Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações) e a subjetividade na aplicação da desconsideração dentro do âmbito administrativo das licitações.

A desconsideração da personalidade jurídica é um instituto relativamente novo, que teve como razão de seu surgimento, o mau uso da pessoa jurídica, diante do cometimento de fraudes e ilícitudes a partir da autonomia patrimonial, característica principal da personalidade jurídica.

A separação patrimonial concedida às pessoas jurídicas constitui-se o mecanismo principal do instituto, bem como um fator de extrema importância, haja vista que em diversas searas, ele se apresenta como ponto de extrema importância e necessidade, fomentando a economia a partir de uma separação de riscos do patrimônio dos sócios ou administradores em relação ao patrimônio da empresa, incentivando por este meio, a criação das empresas e o fomento econômico-empresarial neste âmbito.

Nesse sentido, a criação de entidades jurídicas tornou-se cada vez frequente no cotidiano, não subordinando-se apenas à vontade de sua criação, mas ao respeito a diversos pressupostos inerentes a sua instituição, entre elas, a efetiva separação patrimonial e de finalidade da empresa em relação as pessoas físicas que dela fazem parte.

A noção de personalidade jurídica é solidificada no sistema jurídico brasileiro, a partir de sua compreensão como uma parte integral da entidade pessoa jurídica que possui a finalidade de fragmentar o patrimônio dos sócios que a compõem.

Essa característica distintiva não apenas estabelece uma salvaguarda, como já indicado, eliminando possíveis riscos que pessoas físicas integrantes da pessoa jurídica poderiam vir a suportar, como também um mecanismo repressivo dentro das relações jurídicas factuais, assegurando que sócios e administradores não se beneficiem indevidamente a partir da pessoa jurídica e sua distinta personalidade.

Todavia, por mais que criada com a intenção de facilitar e trazer maior segurança, o véu que encobre a pessoa jurídica nem sempre é utilizado de acordo com os ditames da boa-fé, distorcendo os objetivos e regramentos que, a princípio, ditam a utilização correta da pessoa jurídica.

A partir disso, se fez necessária a criação de um instituto que não tornasse absoluta a autonomia antes concedida, a fim de que atos ilegais e fraudulentos dos sócios e administradores, pudessem efetivar a sua devida responsabilização.

A desconsideração da personalidade jurídica sob essa ótica, é um instituto que prevê a desconstituição da personalidade da empresa, a fim de que eventuais responsabilizações possam recair nos sócios ou administradores que fazem parte da pessoa jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica, enquanto instituto jurídico, é objeto de duas teorias distintas: a teoria maior e a teoria menor. A teoria maior estabelece, como princípio norteador, a aplicação desse instituto nos casos em que se constata o uso fraudulento ou abusivo da pessoa jurídica. A teoria maior trata a desconsideração como uma medida excepcional, não sendo admitida de forma subjetiva ou como mero recurso diante da insolvência da pessoa jurídica.

O Código Civil, em seu artigo 50, consolida a diretriz da teoria maior, estipulando que nos casos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, decorrentes do abuso da personalidade jurídica, o magistrado, mediante requerimento da parte interessada ou do Ministério Público, poderá desconsiderar a personalidade jurídica, estendendo as obrigações aos bens particulares dos sócios.

A desconsideração da personalidade jurídica, no contexto do direito privado, encontra-se amparada pelas disposições normativas do campo civil e processual. Contudo, é válido salientar que sua adoção tem sido progressivamente aceita também no âmbito administrativo, especialmente no contexto dos procedimentos licitatórios.

Nessa toada, a Lei nº 14.133/2021, conhecida como "Nova Lei de Licitações", recepcionou pela primeira vez a possibilidade de aplicação do instituto da desconsideração dentro do procedimento licitatório, trazendo significativas alterações em relação à Lei nº 8.666/1993, especialmente no que diz respeito às sanções administrativas.

A nova legislação dedicou nove artigos (artigos 155 a 163) para tratar das penalidades aplicáveis e da possibilidade de estendê-las aos responsáveis pelas infrações. Anteriormente, sob a vigência da Lei nº 8.666/1993, constituíam-se diversas críticas relacionadas a extensão das sanções administrativas aos sócios ou administradores das empresas envolvidas em atos ilícitos, haja vista que inexistente à época, previsão normativa que permitisse tal extensão, expressando clara ofensa, ao princípio da legalidade.

A utilização fraudulenta de pessoas jurídicas em licitações tornou-se uma estratégia comum a partir da inexistência de previsão normativa na legislação anterior, levando a criação de outras empresas por sócios e administradores que participavam do controle diretivo de uma empresa que por exemplo, recebeu uma declaração de idoneidade, esquivando-se assim, dos efeitos práticos da punição.

Diante dessa problemática recorrente nas licitações, a Administração Pública percebeu a necessidade de aplicar as sanções não apenas às pessoas jurídicas, mas também aos sócios ou administradores envolvidos, a fim de coibir tais comportamentos contrários aos princípios da moralidade e igualdade nas licitações e contratações públicas.

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo começou a ser viabilizada pela jurisprudência, inspirada pela aplicação do instituto no campo privado e, posteriormente, com previsão expressa na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e decisões do Tribunal de Contas da União e posteriormente na Lei nº 14.133/2021.

Apesar das inovações trazidas pela nova legislação, é inegável que a Lei de Licitações ainda apresenta grandes lacunas, principalmente no que diz respeito à aplicação das sanções administrativas. Um dos pontos mais destacados neste trabalho é a tentativa de regulamentadora do instituto da desconsideração pelo artigo 160, que carece de detalhamento necessário para sua efetiva aplicação.

2 O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica figura como mecanismo repressor contra atos fraudulentos ou que utilizam a pessoa jurídica com vistas a mesclar o seu patrimônio com os seus integrantes, ambos atos que, geralmente, pretendem uma vantagem econômica indevida das pessoas físicas que compõem a pessoa jurídica. Todavia, a aplicação do instituto não é despida de regras, possuindo diversos instrumentos e pressupostos para que haja sua concessão.

Dessa forma, a fim de compreender melhor o tema, o presente capítulo discorre sobre os principais apontamentos teóricos e conceituais que circundam o instituto da desconsideração e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 APONTAMENTOS TEÓRICOS E CONCEITUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A partir de sua existência, a pessoa jurídica pressupõe a recepção intrínseca do princípio da autonomia patrimonial, que visa a separação do patrimônio dos sócios do patrimônio da sociedade empresária. Essa separação busca justificar a não responsabilização dos sócios por eventuais obrigações da empresa, buscando, dentre outras coisas, incentivar a iniciativa privada na criação de empresas, protegendo o patrimônio dos sócios e a responsabilização limitada destes.

Nesse sentido, a autonomia patrimonial busca atender formalmente o que tanto a doutrina quanto a legislação brasileira entendem por pessoa jurídica, provendo nas relações negociais uma segurança jurídica maior, facilitando até as transações da empresa, que por revestir-se patrimônio autônomo, garante aos eventuais credores a possibilidade de se basear nos ativos da empresa como garantia.

No entanto, a autonomia patrimonial não é absoluta, podendo em algumas situações ser desconsiderada quando utilizada para prática de fraudes. Assim, há casos em que a pessoa jurídica é indevidamente explorada, tendo como reação a essa má exploração a criação pela doutrina da “teoria da desconsideração da personalidade jurídica”, na qual se autoriza o Poder Judiciário a relativizar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sempre que a sua utilização é fundamentada na prática de fraude.

Portanto, é necessário a exposição dos pontos que permeiam a desconsideração, sendo indispensável um aprofundamento da origem e das características do instituto da desconsideração, iniciando-se pelo seu núcleo central, a própria pessoa jurídica.

2.1.1 A pessoa jurídica

De forma ampla, a pessoa jurídica pode ser conceituada como uma entidade criada por Lei, com patrimônio próprio e distinto de seus membros, composta por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas, com personalidade jurídica própria, ou seja, que visa a não agregação ou junção do de seu patrimônio, com o de seus membros.

Por mais que emergida pelo Direito Romano, a natureza da pessoa jurídica não teve suas raízes firmadas na mesma época. Wald (2003, p. 147) explica que a sua concretização se deu na verdade durante o direito pós-clássico, quando criadas as chamadas “*corpora*”, entidades constituídas por pessoas físicas que tinham um objetivo em comum, mas buscavam uma maior proteção patrimonial em relação aos riscos no negócio.

A criação da pessoa jurídica e seus requisitos pode também ser observado a partir da sedimentação da teoria normativista, que aponta a pessoa jurídica como síntese de disposições legais e um compilado disciplinar (MOSIMAN, 2018, p. 13).

Nesse sentido, compreende a pessoa jurídica como uma unidade jurídica decorrente de uma associação humana, que se constitui com o objetivo de obter um ou mais fins a partir de seus meios patrimoniais, não se fundindo para isso, aos seus indivíduos singulares da qual dela fazem parte. (COELHO, 1989, p. 75).

O desejo conjunto de objetivos conduz à formação de uma comunidade orientada à obtenção desses fins, se dando pela aliança de uma ou mais pessoas para a formação do que Kelsen (2003, p. 196) irá chamar de comunidade. Essa comunidade possui característica finalística, porquanto subordina a sua conduta para realização desses fins.

O conceito de pessoa jurídica também pode ser analisado sob a ótica do entendimento do tipo de sujeito de direito (COELHO, 1989, p. 75). Assim, o sujeito de direito é a maneira dada pelo Direito aos seres e fatos sociais, conjuntamente com o entendimento de que esses devem ser entendidos como portadores ou destinatários de direitos e obrigações (CLÁPIS, 2006, p. 17).

Miranda (2000, p. 210) conceitua a “pessoa” não apenas a partir de uma visão da pessoa física do ser humano enquanto um sujeito de direitos, mas também de entidades que são

atribuídas com personalidade jurídica, a fim de que não haja confusão destas com as pessoas físicas.

A compreensão da pessoa jurídica como um sujeito de direito, mesmo que subjetiva, viabiliza o *locus* desta, de modo a tornar mais visível onde ela poderá figurar dentro de uma relação jurídica ou de um processo judicial, bem como onde seus direitos poderão ser exercidos, possibilitando a sua localização espacial no polo ativo ou passivo de uma relação por exemplo.

Essa viabilidade de localização e compreensão se dá a partir da autonomia patrimonial concedida à pessoa jurídica, proveniente da teoria da autonomia patrimonial, que é princípio base do direito empresarial e visa a concretização da separação do patrimônio da pessoa jurídica e seus sócios ou administradores. Assim, a autonomia patrimonial pretende a solidificação e proteção dos membros que integram a pessoa jurídica no que tange aos deveres e direitos adquiridos por esta.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 45¹, vai de encontro com esta compreensão, prevendo uma regra que condiciona a existência da pessoa jurídica ao ato constitutivo registral, excluídas as hipóteses vinculadas a eventuais autorizações do Poder Executivo para o seu funcionamento. (SCHÜTZ, 2018, p. 12).

A criação da pessoa jurídica, contudo, não depende apenas da vontade de pessoas físicas que pretendem a formação de uma empresa. É necessário que alguns pressupostos sejam cumpridos, sendo eles a própria vontade de criação, o atendimento normativo às condições impostas pela legislação vigente e a inexistência de ilicitude em seu objeto. (GAGLIANO; PLAMPONA FILHO, 2005).

Além das condições mencionadas, a personalidade jurídica pode ser conferida pelo direito (MIRANDA, 2000) e é sustentada por várias teorias que estudam e fundamentam sua natureza. Entre essas teorias, destacam-se a teoria da ficção, dividida em vertentes legais e doutrinárias, a teoria da equiparação, a teoria orgânica e a teoria da realidade técnica ou jurídica. (RAMOS, 2011, p. 15).

A teoria da ficção legal de Savigny (1855) se concentra na construção e aplicação das normas jurídicas a partir das ficções legais. Assim, a teoria concebe a ideia de que os conceitos imaginários, conhecidos como as ficções jurídicas, são muitas vezes utilizadas pelo direito para o alcance de determinados objetivos jurídicos.

¹ “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.” (BRASIL, 2022, p. 1).

A ficção dá um foco ao ser humano, pressupondo o homem como o único sujeito de direitos, de modo a indicar as pessoas jurídicas como os entes fictícios aos quais o direito atribui o exercício de direitos patrimoniais (RAMOS, 2011, p. 15). Essa ótica pode ser interpretada pelo viés corpóreo utilizado por Savigny (1855), que entendia a pessoa natural como a única hábil a possuir direitos e assumir obrigações, visto que somente ela seria dotada de uma existência real e psíquica (SILVA, 2021, p. 43).

Nesse sentido, a teoria concebe a ideia de que a titularização de direitos subjetivos e a possibilidade de ter relações jurídicas seriam ações apenas realizadas pela pessoa natural, fato que provocou a necessidade por parte do Estado da criação artificial de um ente fictício, na medida em que somente poderia decorrer da mente humana, através do direito positivo, a criação de outro ente munido de capacidade semelhante. (SANTOS, 2015).

A teoria da ficção doutrinária segue a mesma linha. Contudo, para ela a criação da personalidade jurídica não se origina da lei e sim da doutrina. Nessa toada, a pessoa jurídica não se constituiria uma criação artificial como na teoria da ficção legal, mas sim uma composição a partir da vontade humana, que reconhece a pessoa jurídica como um sujeito de direitos (SILVA, 2021).

A teoria da equiparação busca equiparar o tratamento dado às pessoas jurídicas ao das pessoas naturais, considerando as pessoas jurídicas como uma "massa de bens". Devido à posse de deveres e direitos, as pessoas jurídicas são tratadas de forma semelhante às pessoas físicas.

Machado (2014, *apud*, SILVA, 2021, p. 44) explica a teoria realista a partir da necessidade social de defender uma realidade preexistente à pessoa jurídica, somada à necessidade organizacional social, que resulta na união de pessoas ou patrimônio com objetivos comuns, contrastando com as teorias anteriores que levavam como único pressuposto uma criação humana decorrente da legislação ou doutrina.

A teoria realista técnica dispõe de uma formação eclética que somente a pessoa física integraria uma realidade (RAMOS, 2011), compreendendo pessoa jurídica como uma investidura concedida pelo Estado a determinados entes em cenários fáticos específicos. (GONÇALVES, 2004).

Diniz (2016, p. 271) apresenta no mesmo sentido a ideia de que a personalidade jurídica decorre de um atributo outorgado pela ordem jurídica a entes que o merecem, de modo que visualiza a pessoa jurídica como uma realidade jurídica.

A existência da realidade fática preexistente abordada por Diniz é introduzida, inclusive, pelo Código Civil em seu artigo 45, que condiciona o início da existência legal da pessoa jurídica ao ato de inscrição constitutivo concedido pelo Estado.

Nessa toada, a teoria parte da premissa de que a realidade não se constitui como uma entidade independente e objetiva, sendo construída e interpretada por práticas técnicas ou jurídicas que enfatizam o impacto das normas, por exemplo, na percepção e construção da realidade dentro do campo jurídico.

A partir dessas teorias, solidificou-se a ideia de personalidade jurídica dentro de nosso ordenamento jurídico, sendo abordada como parte do ente pessoa jurídica e que, dentre suas variadas características, tem como finalidade a fragmentação do patrimônio dos sócios que a compõem com o seu. (COELHO, 2012, p. 96.). Essa característica independente faz com que dentro de uma relação fática jurídica seja criado um mecanismo de proteção e repressão, na medida em que as pessoas físicas que ora compõem a pessoa jurídica não serão prejudicadas por eventuais óbices decorrentes da operação, mas também que não irão se favorecer diante dos seus sucessos.

Somado a isso, essa segmentação se firma como a condição necessária para um ambiente compatível com as necessidades econômicas comerciais, haja vista que sem a autonomia patrimonial das sociedades empresárias tornariam-se inviáveis os investimentos no setor comercial, ao passo que seria demasiado o risco que cada sócio teria em relação ao seu patrimônio pessoal.

Entretanto, a autonomia patrimonial que reveste a pessoa jurídica não é irrestrita. Identificou-se que a partir da concessão de uma pessoa jurídica para construção de objetivos em comum, que possui como sua maior e principal característica, a separação de patrimônio em relação ao dos seus sócios, muitas fraudes e abusos de direito eram praticados, evidenciando a utilização da autonomia como instrumento para sua concretização.

Em razão disso e com o objetivo de coibir esses abusos, a jurisprudência e a doutrina passaram a elaborar o que hoje entendemos pela desconsideração da personalidade jurídica. (SILVA, 2002, p. 4). Essa criação se deu inicialmente pelas decisões jurisprudenciais nos EUA, Inglaterra e Alemanha, que na época objetivavam o afastamento dessa autonomia patrimonial, com fim de responsabilizar direta, pessoal e ilimitadamente, as pessoas físicas que compunham a sociedade, por obrigações originárias da pessoa jurídica. (COELHO, 2011, p. 153).

Pedra (2016, p. 104) defende essa possibilidade de suspensão do princípio da autonomia patrimonial, ao passo que essa separação patrimonial não se caracteriza dogma intransponível. Logo, visualiza-se que a simples utilização errônea da pessoa jurídica, com objetivo de cometer ilegalidades, é fator permissivo para a concessão da desconsideração.

Dessa forma, com o crescente uso da pessoa jurídica para o cometimento de fraudes e abuso de direito, que iam de encontro com as normas jurídicas instituidoras da própria

personalidade jurídica, o campo jurídico normativo se viu obrigado a criar um mecanismo que não concedesse toda a autonomia e intocabilidade antes conferida, o que o fez por meio da criação do instituto da desconsideração, apresentada no tópico a seguir.

2.1.2 Características históricas e conceituais do Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica

O obstáculo apresentado ao legislador, no que tange ao mau uso da personalidade jurídica para o cometimento de fraudes, provocou os tribunais, diante das circunstâncias fáticas que começavam a se apresentar, a solucionar o então problema. (CLÁPIS, 2006, p. 36).

A partir disso, temos a origem da teoria da desconsideração nos EUA. O nascimento da teoria, contudo, não se deu por mera vontade doutrinária ou jurisprudencial, mas sim pelo fomento econômico que o país sofreu após a Guerra de Secessão, somado pragmatismo das cortes norte-americanas, fatos que auxiliaram o seu desenvolvimento.

No entanto, apesar da origem norte-americana, a doutrina aponta como caso pioneiro para a expansão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no mundo o caso *Salomon vs Salomon & Co Ltd.*, julgado em 1897, na Inglaterra (FRANÇA, 2013, p. 17). Em resumo, a *House of Lords* não concedeu a desconsideração da personalidade jurídica requerida, pois não verificada fraude. No entanto, em segunda instância, o tribunal adotou uma abordagem diferente da decisão de primeira instância, permitindo a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica devido à identificação do pressuposto de confusão patrimonial. No entanto, posteriormente, o tribunal alterou sua interpretação novamente, decidindo não aplicar o instituto ao caso concreto.

Contudo, apesar de não haver sido desconsiderada a personalidade jurídica no caso exposto, ele foi considerado o *leading case* que atribuiu relevância a teoria, sendo contemplada por grande parte da doutrina como o marco inicial da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (RAMOS, 2011, p. 24).

Mussalem (2004, p. 185) explica que a gênese da teoria da desconsideração da personalidade jurídica possui relação direta também com o sistema da *common law*. Isso porque, pode ser observado que o direito anglo-saxão possibilitava uma menor abstração de regras comparado ao sistema romano-germânico, visualizando o instituto da pessoa jurídica como algo mais palpável e sólido naquele sistema.

Consequentemente, a existência de normas mais concretas e com menor caráter generalizante permitiria a criação de um ambiente no qual se faria possível a relativização da personalidade jurídica. (RAMOS, 2011, p. 25).

Zanitelli (2002, p. 719) aborda com base na desconsideração objetiva, a percepção de que o abuso da pessoa jurídica pode ser desvendado em dois episódios distintos, dos quais decorrerão espécies igualmente distintas de contrariedade à função.

O primeiro episódio onde a função é desafiada é o da limitação da responsabilidade, quando a pessoa física integrante da pessoa jurídica, na condição de controlador, pratica atos (ZANITELLI, 2002, p. 721) que tem como resultado, uma redução anômala do risco. Já o segundo episódio se perfectibiliza nos casos em que a pessoa jurídica abusa da autonomia patrimonial concedida e inerente a ela, hipótese essa verificada na medida em que essa autonomia é auferida em circunstâncias anormais e contrárias às funções estipuladas.

Esse entendimento histórico é necessário para uma melhor compreensão do fundamento do que hoje a doutrina cita como requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica possui, portanto, o objetivo de combate e prevenção do uso da pessoa jurídica para o cometimento de fraudes, punindo os sócios da empresa que tentam se beneficiar do véu concedido pela pessoa jurídica.

Como explicado, o caráter não é apenas repressivo, possuindo também sua abordagem preventiva. Diniz (2012, p. 329) discorre sobre esse caráter precavido do instituto no que tange à fraude contra credores, compreendendo a desconsideração como a causa possibilitadora de levantar o manto corporativo.

Dessa forma, a partir dessa desconstituição é declarada a ineficácia da personalidade jurídica para efeitos específicos, da mesma forma que para outros fins, a autonomia patrimonial continuará intocada. (PUCETTI, 2010).

A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pressupõe, portanto, o mau uso da pessoa jurídica, sendo fundamentada a partir da percepção não absoluta da autonomia patrimonial, atribuindo aos sócios os ônus de condutas que sem a aplicação da teoria, não seriam aplicadas a estes. (MUSSALEM, 2004, p. 183).

É importante ressaltar, todavia, que a noção de beneficiado não deve ser apenas direcionada a pessoas físicas que buscavam eventualmente obter algum benefício a partir do mau uso da pessoa jurídica da empresa. Pode também ser atribuída a pessoas jurídicas, de modo que em casos de grupos econômicos, onde uma sociedade recebe benefício de outra, esta poderá essa ser alcançada pela desconsideração (RAMOS, 2011, p. 27).

O instituto da desconsideração busca, como já exposto, a não aplicação absoluta da autonomia patrimonial, visando atingir não os prestadores de serviços ou empregados, mas sim o detentor do comando efetivo da empresa. Assim, sua aplicação é explicitamente vinculada a uma ação de caráter fraudulento dos sócios controladores da sociedade empresária.

Nessa perspectiva, a personificação cedida à pessoa jurídica não tem como finalidade apenas o estímulo econômico de investimento no país por meio da redução dos riscos dos investidores, tendo a possibilidade de ser empregada para, como já explicado, burlar os credores e seus direitos, visto que com o mau uso da pessoa jurídica, todo o patrimônio devedor pode ser transferido a uma pessoa jurídica da qual este devedor (CLÁPIS, 2006, p. 36) seja sócio, obstruindo o credor de romper o escudo patrimonial que protege os bens da pessoa jurídica.

Clápis (2006, p. 36) discorre que essa heterogeneidade leva ao desafio de serem estabelecidos critérios seguros que desempenham a identificação das hipóteses de fraude e que prevejam conjuntamente sanções aplicáveis.

Com base nisso, podemos observar o abuso de poder a partir de duas concepções, a subjetiva e a objetiva. Coelho (2010, p. 46) explica que a formulação subjetiva deve ser compreendida como um critério para delimitar as situações (RAMOS, 2011, p. 19) onde é necessária a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Nessa concepção temos o abuso caracterizado pela prática dolosa de um direito, ou seja, há um desígnio de fraudar a lei.

A formulação objetiva, em contrapartida, deve colaborar na facilitação da prova pelo reclamado, podendo caracterizar-se nos casos em que o direito é exercido de maneira contrária ao seu fim. (CLÁPIS, 2006, p. 26).

Em 1990, a desconsideração da personalidade jurídica foi recepcionada pela legislação brasileira com a promulgação da Lei nº 8.078/90, mais comumente chamada de “Código de Defesa do Consumidor”. A introdução do instituto no Código de Defesa do Consumidor objetivou a proteção dos consumidores, dispostos como polo hipossuficiente da relação jurídica, a fim de evitar eventuais abusos da autonomia patrimonial por empresas.

Para Gonçalves (2004, p. 101), o critério utilizado pelo legislador para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica dentro do ordenamento brasileiro foi fundado sob a ótica preventiva de prejuízo aos consumidores.

No mesmo sentido, o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002) buscou abarcar a desconsideração da personalidade jurídica. Entretanto, a desconsideração foi abordada pela legislação cível de maneira mais técnica, prevendo a sua aplicação em caráter excepcional e não como regra.

Essa excepcionalidade pode ser compreendida e observada a partir do artigo 50 do Código Civil, que prevê a aplicação do instituto apenas se cumpridos os pressupostos de desvio de finalidade e confusão patrimonial.

Essa aplicação dada pelo Código Civil, contudo, não é regra absoluta, fato que pode ser melhor compreendido através do desenvolvimento de duas teorias pela corrente doutrinária, objetivadas para que a utilização da desconsideração da personalidade jurídica possa por vezes cumprir seu caráter excepcional, mas sem também abrir margem para um afrouxamento de responsabilização dos sócios que integram a pessoa jurídica por eventuais abusos ou fraudes.

2.1.3 Teorias da desconsideração da personalidade jurídica

Como visto, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi recepcionada com o intuito de controlar a autonomia patrimonial dada à pessoa jurídica que utilizava a separação como mecanismo facilitador para o cometimento de ilegalidades. Todavia, o estabelecimento do instituto não é tão simples e direto. Assim, é necessária a comprovação objetiva de que determinadas hipóteses cumprem o que a legislação aponta como “motivos determinantes” para a desconstituição do véu que cobre a pessoa jurídica e seu patrimônio.

A aplicação concreta do instituto da desconsideração levou a diferentes opiniões no âmbito de sua concessão, dividindo-se em algumas teorias que, atualmente, podemos elencar como as principais teorias envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica.

Destaca-se, contudo, que inúmeras são as teorias e formas de sistematização que permeiam a desconsideração da personalidade jurídica, sendo abordadas no presente trabalho apenas as teorias mais relevantes examinadas pela jurisprudência e pela doutrina.

Comparatto (2008, p. 454) discorre sobre as teorias unitaristas e dos centros de imputação. A partir de uma análise pormenorizada, aborda sobre a desconsideração que tem como fim a responsabilidade e a desconsideração atributiva, ambas teorias que se apresentam com diretrizes particulares e únicas para a desconsideração.

A teoria unitarista, exposta por R. Serick em sua obra “*Rechtsform und Realität juristischer Personen*” (Forma legal e realidade das pessoas jurídicas) aborda sobre a natureza das pessoas jurídicas, propondo sua concepção a partir de um caráter indivisível e distinto, cuja existência é desvinculada e independente em relação aos integrantes que a compõem, resultando na autonomia patrimonial já abordada.

O reconhecimento da pessoa jurídica e sua autonomia em relação aos seus membros se perfectibiliza como um dos pontos centrais da teoria, que compreende as pessoas jurídicas

como sujeitos de direito, assim como os indivíduos, possuindo capacidade de atuação e representação própria, independente de vontades individuais das pessoas físicas que a compõem.

A teoria unitarista, no entanto, não se enquadraria em apenas um entendimento específico, sendo dividida a partir de duas correntes. A primeira corrente, de caráter objetivo-institucional, prevê como requisito para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica um manejo contrário aos objetivos da sociedade empresária. (RAMOS, 2011, p. 30).

Já a segunda teoria visa a aplicação da desconsideração a partir da localização do mau uso da pessoa jurídica, que possui como fim o cometimento de fraudes diante da separação concedida à forma societária.

De forma crítica à teoria unitarista, a teoria dos centros de imputação surge se insurgindo à excepcionalidade abarcada pela doutrina anterior. Dessa forma, a teoria pretende reconhecer diferentes agentes que podem ser responsabilizados e em quais condições a responsabilidade recai sobre as pessoas físicas ou entidades que compõem a pessoa jurídica (COMPARATO, SALÔMÃO FILHO, 2008, p. 457).

Por objetivar a identificação dos sujeitos da relação jurídica que podem vir a serem responsabilizados, a teoria faz uma importante distinção entre pessoas físicas e pessoas jurídicas, (CUNHA, (20--?), p. 108) denominando as pessoas físicas como centros de imputação naturais que, diante da singularidade física, recebem a responsabilidade de forma direta. Já as pessoas jurídicas são compreendidas a partir da sua responsabilização indireta, diante da artificialidade de sua entidade, de modo que tanto a pessoa jurídica pode ser responsabilizada, quanto os seus sócios, de forma indireta.

Não obstante essa relevante distinção, a teoria no campo de aplicação efetivo das sanções impõe uma relação de causalidade, colocando como fator condicionante à existência da responsabilidade, uma conexão causal entre a ação do agente e o resultado danoso. Por meio disso, a teoria dos centros de imputação analisa a capacidade de agir dentro desses centros, buscando a aferição da capacidade de compreensão acerca das regras impostas pelo ordenamento jurídico e as consequências pela transgressão destas.

Nessa toada, a teoria defende a sujeição da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica a uma análise da situação concreta e da verificação do objetivo da legislação ao ordenar um determinado regramento (RAMOS, 2011, p. 30). Assim, a teoria originada por Comparato possibilita a aplicação da desconsideração até nos casos em que não houvesse o mau uso da pessoa jurídica, bastando apenas a insolvência com relação as suas obrigações (SILVA, 2021, p. 46).

O fato seria possível na concepção de Comparatto (2008), pois os terceiros de boa-fé não poderiam receber o ônus dos riscos inerentes ao negócio, cabendo aos controladores da pessoa jurídica arcar com os eventuais prejuízos provenientes desta, mesmo que pautados por uma conduta contrária ao de abuso ou fraude (SILVA, 2021, p. 46).

Comparatto (2008, p. 457) descreve que essa ótica proporciona uma visão mais maleável da desconsideração, passando a não possibilitar a sua aplicação apenas nos casos de fraude, mas também em situações em que, considerando a relevância e o propósito da norma aplicável, é pertinente desfazer a proteção proporcionada pela personalidade jurídica (COMPARATO, SALÔMÃO FILHO, 2008, p. 457).

A partir de uma avaliação sobre a do institutp, Comparatto (2008, p. 460), aponta duas abordagens. A primeira, de natureza atributiva, condiciona a aplicação da desconsideração à necessidade de possibilitar uma adequação do emprego do instituto de acordo com normas enquadradas dentro do estabelecido pelo legislador (RAMOS, 2011, p. 30).

O autor citado aborda a atribuição de características pessoais do sócio à sociedade, da mesma forma que certos comportamentos dos membros que compõem a pessoa jurídica podem ser atribuídos a esta. A partir desse entendimento, torna-se possível, portanto, a aplicação estendida de proibições direcionadas aos sócios para a sociedade empresária e vice-versa.

A segunda natureza visualiza o instituto da desconsideração para fins de responsabilidade a partir de três casos paradigmáticos (confusão de esferas, subcapitalização e abuso da forma) (RAMOS, 2011, p. 30). Dessa maneira, apesar de a doutrina adotar parâmetros objetivos, indica-se a necessidade de que existam também elementos subjetivos.

Esse contraste teórico de aplicabilidade a partir dos elementos subjetivos e objetivos tem como consequência a gênese de duas teorias que atualmente são consideradas pela doutrina e jurisprudência como o marco teórico do empregado do instituto da desconsideração, dividindo-se em teoria maior e menor da desconsideração da personalidade jurídica.

A teoria maior da desconsideração tem como regra a aplicação do instituto nos casos em que verificados o uso da pessoa jurídica para atuação fraudulenta ou abusiva. Assim, a superação da personalidade vincula-se objetivamente à fraude ou abuso, demonstrando a tentativa de obter vantagem a partir da autonomia patrimonial proveniente da pessoa jurídica constituída (RAMOS, 2011, p. 31).

Para a teoria maior, contudo, a desconsideração é abordada como medida excepcional, de modo que sua aplicação não poderá se dar em caráter subjetivo ou por mera insatisfação obrigacional. Em outras palavras, a inadimplência da pessoa jurídica para com os seus débitos não é componente propulsor a possibilitar a aplicação da desconsideração.

Essa é a diretriz estabelecida pelo Código Civil em seu artigo 50, no qual estipula que nos casos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial provenientes do abuso da personalidade jurídica, o magistrado poderá, a requerimento da parte ou do Ministério Público, desconstituir a personalidade jurídica, estendendo as obrigações aos bens particulares dos sócios e administradores da empresa (BRASIL, 2002).

No que tange ao conceito de abuso da personalidade jurídica, a confusão patrimonial se materializa na impossibilidade, diante do caso concreto, de se estabelecer uma distinção patrimonial entre os bens da empresa e o de seus sócios, ou, ainda, na impossibilidade de segmentação do patrimônio de empresas do mesmo grupo empresarial (SILVA, 2021, p. 50).

O desvio de finalidade, por sua vez, ocorre quando há abuso da personalidade jurídica com intenção de prejudicar terceiros, utilizando-se da personalidade jurídica como um escudo protetor do patrimônio pessoal. Esse comportamento é considerado um desvio de finalidade, exigindo o elemento contrário à boa-fé.

A teoria menor da desconsideração, por outro lado, não visualiza como elemento essencial o mau uso da pessoa jurídica, atrelando-se às hipóteses de inadimplência do crédito, se apresentando como uma teoria mais agressiva, na medida em que não impõe a necessidade dos outros requisitos para a aplicação da desconsideração, ressalvados os casos de insolvência ou falência da pessoa jurídica (SILVA, 2021, p. 34).

Considerando a sua forma mais restritiva, a teoria menor é utilizada dentro da seara consumerista² e ambiental³, visto que impõe a exigência de elementos específicos como a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade para a aplicação da desconsideração.

Em termos gerais, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica se dá de forma mais ampla, a partir da teoria maior, que além de recepcionada pelo Código Civil, é estabelecida com maior utilidade devido ao seu caráter abrangente. Todavia, importa destacar que a utilização da teoria menor possui um grande espaço de aplicabilidade, na medida em que, por tratar de legislação que visa a proteção da parte mais fraca (o consumidor), sua adoção resta justificada.

² “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso do direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º Vetado. § 2º. As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código. § 3º. As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código. § 4º. As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (BRASIL, 1990, p. 1).

³ “Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.” (BRASIL, 1998, p. 1).

2.2 OS CRITÉRIOS E EFEITOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A partir das teorias advindas da aplicação do instituto da desconsideração, o ordenamento jurídico foi se adequando à sua aplicação, iniciando, como já citado, a sua previsão na legislação consumerista de forma inicial, passando depois para uma abordagem ainda mais ampla, pelo Código Civil.

A utilização de um mecanismo que possibilitasse a incursão da autonomia patrimonial concedida à pessoa jurídica pelo legislador, além de novidade, foi compreendida e recepcionada como uma alternativa positiva em resposta ao mau uso da pessoa jurídica para o cometimento de fraudes.

Todavia, conforme se aborda no tópico anterior, essa aplicação deve ser assimilada junto de sua essência excepcional, motivo pelo qual o ordenamento jurídico buscou fixar alguns requisitos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

A definição dessas regras pelo ordenamento brasileiro é de suma importância em várias searas, visto que a proteção conferida à pessoa jurídica possui direto reflexo nas condições de mercado, no estímulo da economia e na proteção das pessoas físicas dentro da relação jurídica.

Desta forma, diante dos diversos desdobramentos decorrentes da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, é imprescindível uma análise detalhada de seus requisitos e impactos no sistema jurídico. Tendo em vista a amplitude das situações em que a desconsideração pode ser invocada, se faz de suma importância a compreensão dos critérios estabelecidos e dos efeitos resultantes dessa medida, a fim garantir a adequada proteção dos direitos e interesses das partes envolvidas.

2.2.1 Pressupostos para a concessão da desconsideração da personalidade jurídica

Conforme exposto, a legislação estabelece diversos pressupostos para que se faça possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Esses requisitos se dão a partir das teorias aplicáveis ao instituto (teoria maior e teoria menor), já elucidadas no presente trabalho.

A existência de regras para aplicação da desconsideração possui pretensões objetivas, no que tange a uma maior segurança nas relações jurídicas, bem como um ampliamto de hipóteses onde a personalidade jurídica pode ser desfeita, a fim de atingir o patrimônio da dos sócios e administradores, antes intocável.

A partir disso, a legislação civilista em seu artigo 50, fixa dois cenários nos quais a desconsideração poderá ocorrer: pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, ambas provenientes do abuso da personalidade jurídica ou desvio de finalidade.

Dessa forma, para que a autonomia patrimonial seja ignorada e que, por consequência, torne-se possível a atribuição de responsabilidades e efeitos decorrentes de obrigações assumidas pela pessoa jurídicas, aos seus sócios ou administradores, é necessário que a ocorrência de alguma das hipóteses prescritas pelo Código Civil.

Assim, para que determinadas premissas fossem atendidas, seria indispensável ou um desvio de finalidade, de forma a visualizar-se concretamente, a utilização da pessoa jurídica para finalidade distinta da que ela foi concebida, ou uma confusão patrimonial, no sentido haver nítida incerteza dos patrimônios da empresa e seus sócios, diante de uma má gestão proposital, com o intento de, ao final, haver um benefício indevido pelos sócios ou administradores (MEDEIROS NETO; SOUZA; CASTRO; MOLLICA, 2018, p. 1).

Apesar de a legislação cível ter estabelecido como os únicos requisitos para a concessão da desconsideração, a confusão patrimonial e o desvio de finalidade, não abarcando outros cenários onde a desconsideração poderia se constituir, formaram-se na jurisprudência alguns entendimentos contrários.

A aplicação da desconsideração nesses casos se faria possível quando verificado o esgotamento dos meios para adimplemento de dívida em execuções. Foi assim que a 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu ao possibilitar a desconsideração no caso em que todos os meios para localização de bens dos executados haviam sido exauridos.⁴

Todavia, a decisão foi reformada pelo Superior Tribunal⁵ de Justiça a partir da compreensão de que o rol exposto pelo artigo 50 da legislação citada é taxativo, não

⁴ Apesar do texto inequívoco da lei, não era isso que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vinha decidindo ao aplicar o art. 50 do CC. Em acórdão datado de 22 de junho de 2017, a 22ª Câmara de Direito Privado da referida Corte Estadual decidiu o seguinte:

"Execução de Título Extrajudicial - Desconsideração da Personalidade Jurídica - Decisão agravada que indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica - Medida Excepcional - Ausência de esgotamento dos meios para localização dos bens dos executados - Pleito de desconsideração que se mostra prematuro - Recurso não provido" (TJSP, 22ª Câmara de Direito Privado, AI n. 2096910-65.2017.8.26.0000, rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 22/6/2017, negaram provimento, v.u.). A decisão cuja ementa está acima transcrita foi objeto de recurso especial (REsp n. 1.729.554/SP, autuado em 21/12/2017 e distribuído ao Min. Luís Felipe Salomão, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça), no qual se alegou violação dos artigos 133 e 134 do Código de Processo Civil de 2015 (lei 13.105, de 13 de março de 2015), bem como do já mencionado art. 50 do CC. (MEDEIROS NETO; SOUZA; CASTRO; MOLLICA, 2018, p. 1).

⁵ 4ª Turma do STJ, da lavra do ministro Luís Felipe Salomão, nos autos do REsp n. 1.729.554/SP. (MEDEIROS NETO; SOUZA; CASTRO; MOLLICA, 2018, p. 1).

configurando a insolvência do devedor como pressuposto para a decretação e instauração do incidente da desconsideração da personalidade jurídica.

2.2.1.1 Os efeitos decorrentes do mau uso da pessoa jurídica

A pessoa jurídica é determinada por sua característica autônoma, no que tange ao seu patrimônio em relação aos seus sócios ou administradores. Nesse sentido, a análise da pessoa jurídica e seu instituto carece também do exame em relação aos seus efeitos dentro do ordenamento jurídico, em especial nas relações jurídicas pautadas pela quebra da autonomia patrimonial que permeia a pessoa jurídica.

O efeito imediato decorrente da desconsideração é, por óbvio, a desconstituição do manto que reveste a pessoa jurídica, permitindo que os bens pessoais dos sócios ou administradores sejam alcançados para cumprir obrigações obtidas pela pessoa jurídica. Ou seja, a desconsideração é aplicada para que os sócios sejam responsabilizados com seus próprios bens, quando verificado o mau uso da pessoa jurídica.

Não obstante a utilização da personalidade jurídica como mecanismo para desvio de finalidade e fraude, leva ao que a doutrina cita como um possível efeito colateral do mau uso da personalidade jurídica, que Oliveira (1979, p. 5), irá chamar de a “dupla crise da pessoa jurídica” (PUCETTI, 2010, p. 38).

A relativização do princípio da autonomia patrimonial por muitas vezes pode implicar em preceitos que são contrários às características inerentes concedidas à pessoa jurídica. Assim, a crise decorre, segundo o autor citado, a partir de duas questões. A primeira quando normas que tradicionalmente deveriam ser aplicadas apenas a pessoas jurídicas são aplicadas em outros institutos. A segunda constatação se dá pela não observância ao artigo 20 do Código Civil, que prevê a existência distinta da pessoa jurídica e dos seus membros, quando se aplica a desconsideração. Assim, a não observância das normas que qualificam o instituto da pessoa jurídica seria fato determinante para que o sistema entrasse em crise (CLÁPIS, 2006, p. 39).

A dupla crise da pessoa jurídica refere-se, portanto, a duas dimensões distintas relacionadas à própria existência da pessoa jurídica e suas funções dentro do ordenamento. A primeira dimensão enfrentada é a crise de personalidade, onde a norma que a regula não a qualifica adequadamente, fato que se dá, pois, a norma é impossibilitada de regular a realidade em que a pessoa jurídica está inserida. Como resultado, a pessoa jurídica encontra obstáculos em sua operação ou no cumprimento de seus propósitos.

Já a segunda dimensão relaciona-se aos princípios que envolvem a pessoa jurídica e não as normas. Assim, a segunda crise se daria no exercício contrário aos valores da pessoa jurídica, criando uma crise do instituto. É o que acontece quando há a utilização da personalidade jurídica e dos benefícios provenientes da autonomia patrimonial para a ocorrência de práticas fraudulentas, casos em que a pessoa jurídica deixa de desempenhar o seu papel legítimo dentro do sistema jurídico (CLÁPIS, 2006, p. 40).

Desta forma, a desconsideração da personalidade jurídica se constituiria como um sintoma claro dessa crise, visto que o instituto está desviando a função original da pessoa jurídica que foi determinada pelo autor.

O desvio de função é o que Clápis (2006, p. 43) irá chamar de negócio jurídico indireto, onde as partes procuram por meio da pessoa jurídica alcançar fim não típico do negócio jurídico.

Sendo assim, pode-se concluir que são diversos os fatores que podem levar a essa crise da personalidade jurídica, sendo o principal deles o abuso da personalidade jurídica de forma fraudulenta, servindo o instituto da desconsideração como mecanismo viabilizador de impedir e punir ações ilícitas, possibilitando a relativização do princípio da autonomia patrimonial.

Não obstante a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica dentro do direito privado, regendo-se pelas normas civilistas e processuais, a sua instituição também passou a ser recepcionada dentro do âmbito administrativo, mais precisamente, na seara relativa ao processo licitatório, possibilidade esta que é tratada no capítulo seguinte.

3 AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

O poder sancionatório do Estado funda-se em sua própria superioridade em relação às relações jurídicas, particulares ou não, que se submetem às regras e diretrizes estatais. Nesse sentido, o *jus puniendi* se justifica a partir da necessidade do Estado em estabelecer determinados regramentos, posicionando-se tanto como mecanismo repressor, em relação a ações que vão contra ao ordenamento jurídico, quanto uma ferramenta preventiva, no sentido de desestimular possíveis ilegalidades com a factível aplicação de uma sanção futura.

A justificação do direito de punir do Estado de forma repressiva pode ser observada pelo que Hobbes⁶ irá entender como meio de preservação de paz e segurança na sociedade, que vai contra o estado de natureza ou guerra constante, solucionado pela centralização de um governo onde os indivíduos realizam um contrato social, renunciando a sua liberdade para que haja a criação desse governo gerenciador. O direito de punir, nessa linha, é visto como matéria exclusiva do Estado (OLIVEIRA, 2009).

A característica preventiva pode ser examinada a partir da ótica de Locke⁷, sustentando-se na proteção dos direitos naturais dos indivíduos, que de início possuem o direito de punir, mas o transferem ao Estado por meio de um contrato social. A punição é entendida neste momento como uma forma de restauração da ordem antes violada, não constituindo a necessidade de um governo centralizado como Hobbes, mas sim de um poder punitivo subordinado aos direitos individuais (OLIVEIRA, 2009).

A prerrogativa de versar sobre a aplicação de sanções é, portanto, exclusividade do Estado, mais precisamente quando tratamos do Direito Administrativo Sancionador. Sua fundação se justifica também a partir da ideia da noção da função administrativa e do princípio da legalidade (PUCETTI, 2010, p. 17).

Mello (2007, p. 101), explica que, apesar de os princípios que embasam as características sancionadoras do Estado possuírem aplicação direta às sanções na seara penal, como por exemplo os princípios da legalidade e da retroatividade, eles não se constituem princípios exclusivos desse ramo, na medida em que são princípios fundamentais do Estado de Direito, motivo pelo qual orientam o poder punitivo estatal como um todo (MELO, 2007, p. 101-105).

⁶ Hobbes, *Leviatã*,

⁷ John Locke, *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*

A partir disso, o ordenamento jurídico possui em seu escopo legislações que objetivam a aplicabilidade de sanções dentro do âmbito administrativo, mais precisamente nos procedimentos licitatórios, por meio da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 14.133/2021, ambas leis que versam e implicam no regramento das licitações, em período de transição no presente cenário (BRASIL, 1993) (BRASIL, 2021).

Dentre os principais pontos elencados pelas legislações acima indicadas, a possibilidade de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica apresenta-se como novidade na Lei nº 14.133/2021, sendo, contudo, já recepcionada a aplicação do instituto antes mesmo da promulgação desta lei, quando fixada apenas os regramentos da Lei nº 8.666/1993, por meio de entendimentos jurisprudenciais.

Desta forma, o presente capítulo procura abordar as sanções administrativas a partir de uma análise das legislações licitatórias, bem como a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica dentro do âmbito administrativo.

3.1 AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A fixação das sanções administrativas pela Administração Pública é consubstanciada, como já exposto, a partir da soberania do poder sancionatório do Estado. O emprego de infrações ao contratado dentro do regime licitatório é também fundamentado a partir de uma das mais distintas características dos contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes.

As cláusulas decorrem do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, conferindo poderes especiais à Administração Pública, bem como prerrogativas que visam o equilíbrio da relação contratual (MEIRELES, 2017, p. 3).

Assim, permite-se a aplicação de sanções administrativas pelo órgão administrativo como multas, suspensão temporária do contrato e outras sanções mais severas como o impedimento de licitar, com o objetivo de garantir o cumprimento das obrigações contratuais do contrato e o resguardo do interesse público.

Diversas são, portanto, as finalidades da sanção administrativa, principalmente no que tange ao desestímulo do comportamento infrator, somando-se ao caráter punitivo ou repressivo em relação a possíveis infrações ou não cumprimento de uma obrigação firmada junto à administração.

Exposta de forma sumária o arcabouço teórico que embasa a existência da sanção administrativa dentro do ordenamento jurídico brasileiro, passa-se à análise do instituto em si e das legislações a ele aplicáveis.

3.1.1 As sanções administrativas

Um dos efeitos decorrentes dos contratos administrativos, são as cláusulas exorbitantes. Essas cláusulas derivam, como já abordado, de uma relação hierárquica que a administração tem em relação ao âmbito privado, fato que permite a concessão de diversos privilégios de origem material e processual.

Nessa perspectiva, Schiefler (2015, p. 1) ressalta que as licitações públicas e os contratos administrativos são qualificados por uma relação de sujeição especial, que é reproduzida por um desequilíbrio proposital, de modo a tornar o particular à mercê da eventual aplicação de uma sanção administrativa.

Contudo, por mais que em grande parte a relação jurídica se baseie por normas do direito privado, haja vista que o instituto voltado aos contratos decorre do âmbito privado e nasceu com o objetivo de estabelecer regramentos em relação ao vínculo jurídico à época, predominantemente marcado por relações privadas, a aplicação do direito público possui grande destaque nessas relações, sujeitando, inclusive, a sanções diante de um descumprimento contratual (ABREU, 2015, p. 10).

Ambas as Leis de Licitações (8.666/1993 e 14.133/2021) estabelecem um conjunto de sanções administrativas que podem ser aplicadas diante do descumprimento contratual por parte dos licitantes. As sanções administrativas são quatro, quais sejam, advertência, multa, suspensão temporária e a declaração de inidoneidade, tratadas mais a fundo no subtópico a seguir.

O dever de aplicação da sanção administrativa não é, contudo, uma mera faculdade concedida ao administrador público, mas sim um dever dentro do processo licitatório e nos contratos administrativos.

3.1.1.1 Princípios na aplicação da sanção administrativa

O dever sancionador atribuído à Administração Pública é entendido como um dos reflexos que ordenamento constitucional teve nas relações jurídicas públicas. Assim, a Constituição Federal de 1998 trouxe uma evolução nesta seara do âmbito administrativo, inserindo, a partir disso, diversos princípios que a Administração deverá se pautar na aplicação das sanções (SILVA, 2021, p. 21).

Santos (2011, p. 1 *apud* ABREU, 2015, p. 10) correlaciona a natureza do poder sancionador da Administração com o poder disciplinar, na medida em que semelhantes no que tange ao caráter obrigacional para com o administrador, mas distintos, ao passo que o poder disciplinar é exercido dentro da própria organização estatal e o poder sancionador tem como foco interesses e sujeitos paraestatais, ou seja, em relação a particulares que contratam com a Administração Pública.

Isto posto, o princípio da legalidade se apresenta como um dos pilares essenciais a fundamentar a relação contratual administrativa e as sanções previstas nos casos de seu descumprimento, fixando ao administrador “freios” na aplicação de qualquer sanção ao particular. A importância do princípio da legalidade se articula também com o princípio da proporcionalidade, que prevê a aplicação de sanções proporcionais à gravidade da infração cometida.

Inicialmente, a aplicação desses princípios é importante, pois, por mais que no âmbito dos contratos administrativos o ordenamento jurídico conceda uma relação desigual, por meio da previsão das cláusulas exorbitantes, a falta de equiparidade não se traduz por uma aplicação desenfreada, quando for de conveniência do administrador.

Assim, por mais que se constitua uma prerrogativa a aplicação das sanções pelo ente administrativo, ela deve seguir as previsões legislativas e proporcionais, de modo a pretender um desestímulo a possíveis práticas decorrentes de infrações contratuais, mas não a desmotivar o particular em participar de contratos junto com a Administração Pública.

Esse cuidado adotado pelo legislador pode ser examinado a partir dos artigos 37, 84, inciso IV, e 5º, inciso II, da Constituição Federal, os quais preveem a necessidade de previsão legislativa para que haja uma obrigação de fazer ou não fazer individual.

Nessa toada, Mello (2015, p. 105) discorre a respeito da impossibilidade de restrição da liberdade dos administradores proveniente de regulamento, instrução, resolução, portaria ou qualquer outro ato, ressalvados os casos em que já previsto por lei qualquer proibição ou imposição que o ato administrativo possa vir a discorrer sobre (SILVA, 2021, p. 23).

A doutrina majoritária importa à aplicação do princípio da legalidade com especial destaque e rigidez, atestando a sua vinculação ao que Osório (2015, p. 226 *apud* SILVA, 2021, p. 23) chama de tipicidade cerrada, princípio que é extensão aos artigos constitucionais indicados acima e ao próprio princípio da legalidade, ao prever a aplicação de sanções condicionadas à previsão legal expressa.

Isso significa que não há um poder discricionário para criação de sanções de maneira arbitrária, sendo necessária uma conduta expressamente prevista como infração no

ordenamento jurídico, com vistas a proporcionar uma base legal e sólida na aplicação das sanções administrativas.

Pires (2006, p. 170-172 *apud* PUCETTI, 2010, p. 52) destaca, contudo, que é possível haver uma flexibilização ou atenuação do princípio da legalidade em determinadas situações em que há uma espécie de submissão especial, que surge após uma adesão voluntária e que permite a tolerância do uso de conceitos jurídicos indeterminados nessas situações. Segundo o autor, a falta de clareza dos termos legais é menos problemática quando a norma aborda uma relação de submissão especial, ou seja, determinadas expressões que poderiam levar a uma maior ou menor ambiguidade a depender de qual norma ela se encontra inserida.

Essa flexibilização é compreendida na medida em que, em determinados casos concretos, o legislador não consegue prever todos os possíveis comportamentos infratores do contratado, o que, por consequência, não leva a uma previsão normativa específica para a aplicação da sanção, apesar de constituir fato ao qual se poderia aplicá-la (PUCETTI, 2010, p. 53).

Todavia, ao passo que há um comportamento que precede a necessidade de aplicação de uma sanção, a condição não é suficiente para justificar a criação de novos tipos infracionais e novas sanções.

Esse entendimento no que tange à mitigação do princípio da legalidade é aceito por parte da doutrina a partir do fundamento de que a criação de tipos infracionais mais abertos não dá ao administrador espaço discricionário para aplicar sanções que não se encontram previstas em lei, mas tão somente em aplicá-las em ações as quais, a partir de uma flexibilização, se poderia cumprir o papel normativo, sancionador e fiscalizatório da Administração.

O princípio da tipicidade é outro preceito de suma importância no âmbito das sanções administrativas, o qual prevê a necessidade de descrição do comportamento proibido na norma jurídica para que essa conduta possa ser considerada ilícita.

A relativização do princípio da tipicidade na seara administrativa, mais precisamente em relação às sanções administrativas, se aplica na atribuição de um juízo discricionário em dois momentos: no enquadramento da conduta a um dos modelos considerados ilícitos pelo ordenamento jurídico e, segundo, na dosagem da gravidade da conduta, a fim de que a sanção seja aplicada na mesma gravidade da infração cometida, salvo as hipóteses onde previamente descritas sanções correlatas à normas na legislação aplicável.

Ressalte-se, todavia, que uma demasiada elasticidade atribuída a eventuais hipóteses legais implicará em direta ofensa ao princípio da segurança jurídica e, por consequência, aos da tipicidade e legalidade (PUCETTI, 2010, p. 61).

Sendo assim, a mitigação em relação aos conceitos jurídicos indeterminados deve ser observada tão somente a partir de seu viés adaptativo, no que trata ao atendimento ao princípio da tipicidade e legalidade, não podendo se confundir como uma permissão ou irresponsabilidade do legislador, ao passo que a concessão dessa flexibilização deve ser possibilitada apenas em casos específicos.

Outro princípio importante que circunda a matéria das sanções administrativas é o princípio da culpabilidade, que se refere a conduta do agente na violação de uma norma, exigindo não apenas a verificação de dolo ou culpa, como também uma reprovabilidade na conduta do indivíduo.

A partir disso, boa parte da doutrina impõe como um dos requisitos para a aplicação da sanção administrativa, a presença de culpa em sentido amplo para a caracterização de uma infração, motivo pelo qual reveste-se de grande importância a aplicação do princípio pelo legislador (PUCETTI, 2010, p. 67).

No ordenamento jurídico brasileiro não há óbice na imposição de várias sanções a uma pessoa em razão da mesma conduta infracional. Para isso, se faz necessário que o comportamento se enquadre nos tipos infracionais proporcionais as quantidades das sanções pretendidas, fato que pode ser mais bem compreendido pelo texto do artigo 82 da Lei nº 8.666/1993⁸ (FLEURY, 2016, p. 86).

Não obstante a aplicação dos princípios aqui discorridos, parte da doutrina entende que na prática a questão se apresenta de forma um pouco mais complicada. No âmbito da Lei nº 8.666/1993, por exemplo, a descrição das infrações é realizada de forma genérica, não atendendo aos princípios balizadores acima elencados.

Conforme explica Pucetti (2010, p. 66), a falta de correspondência entre o ilícito e a sanção cabível poderia, inclusive, ser o caso de imputação de inconstitucionalidade da legislação se não fosse a relevante finalidade da matéria licitatória.

Justen Filho (2009, p. 848-849) coaduna a esse entendimento, explicando que a legislação citada, ao impor ao legislador uma faculdade discricionária de escolha da sanção cabível conforme o caso concreto, não se compatibiliza com os preceitos constitucionais, na medida em que a definição de uma infração deve ser precedida da determinação dos pressupostos de cada sanção prevista em lei.

⁸ “Art. 82 Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar” (BRASIL, 1993, p. 1).

O artigo 87 da referida Lei se constituiria assim, disposição aberta, deixando a cargo do administrador a escolha de quais sanções aplicar, não definindo regras mais objetivas e fechadas de quando cada sanção deve ser aplicada, por meio da especificação de casos.

Todavia, a delimitação de um rol das infrações administrativas não se apresenta como fator possível, visto que a imprevisibilidade das ações humanas faz com que seja impossível para o legislador prever todas as hipóteses de descumprimento de um contrato administrativo (VIEIRA, 2010, p. 3).

Osório (2015, p. 210) explica que o Direito Administrativo Disciplina não exige uma definição específica, devendo o tipo sancionador possuir um mínimo grau de certeza de previsibilidade apenas, fato que ocorre na legislação citada.

É necessária a compreensão de que, por mais que haja uma discussão acerca da não disposição normativa dos pressupostos infracionais contidos na Lei de Licitações, ela, por si só, não é suficiente, apresentando-se nesse cenário a essencialidade das normas complementares específicas, haja vista que as características da legislação licitatória não permitem que a lei abarque todos os aspectos em sua completude.

Discorrido a respeito dos princípios que contornam as sanções administrativas e sua aplicação pela Administração Pública dentro do âmbito das licitações e contratos administrativos, cabe agora discorrer sobre as infrações administrativas em espécie, no subitem subsequente.

3.1.1.2 As infrações administrativas

As Leis nºs 8.666/1993 e 14.133/2021 estabelecem um conjunto de infrações seu escopo, sujeitando-as por óbvio, a uma abrangente possibilidade de sanções administrativas. Nesse sentido, como já abordado no subtópico anterior, a aplicação de sanções administrativas pelo administrador deve ser pautada por uma prévia disposição na legislação infraconstitucional, fato que objetiva uma menor discricionariedade do legislador na aplicação dessas sanções (BRASIL, 1993) (BRASIL, 2021).

Desta forma, temos como uma das primeiras infrações dispostas no escopo da Lei nº 8.666/1993 a inexecução total ou parcial do contrato, delimitada pelo artigo 87⁹ da legislação

⁹ “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

citada e no artigo 155, incisos I, II e III, da Lei nº 14.133/22¹⁰. Os casos de inexecução se configuram quando o contratado infrator, por qualquer motivo, que não de força maior, deixa de cumprir parcial ou totalmente o contrato firmado junto à Administração Pública.

A vinculação do artigo mencionado a um comportamento omissivo ou não pode ser facilmente notada, imputando determinadas sanções ao contratado em reflexo da sua ação ou omissão (dolosa ou culposa) no cumprimento do contrato (FLEURY, 2016, p. 96).

Fleury (2016, p. 96) destaca a respeito do caráter genérico deste comportamento previsto na norma jurídica, na medida em que não são fixadas pelo artigo as hipóteses qualificadoras do que seria o ato de inexecutar total ou parcial um contrato, muito menos as hipóteses para sua identificação.

Essa lacuna normativa é citada por parte da doutrina como uma afronta direta ao princípio da tipicidade, em razão da delimitação genérica na descrição do comportamento omissivo e na ausência de fixação das hipóteses de cabimento das sanções (NIEBUHR, 2012, p. 1006).

Apresentam-se nesse sentido duas controvérsias decorrentes do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993. Primeiro, a partir da generalidade da infração prevista, conforme já comentado, e, em segundo lugar, no que tange às penalidades de declaração de inidoneidade e suspensão.

O cometimento de uma infração, seja no âmbito administrativo ou não, precederá sempre uma sanção cabível, devendo, conforme já discorrido, o legislador fixar determinadas sanções, em cumprimento aos princípios que norteiam as sanções e contratos administrativos. Assim, a inexecução parcial ou total do contrato pressupõe como resposta imediata a rescisão do contrato administrativo por parte da Administração (FLEURY, 2016, p. 96). Tal pressuposição se perfectibiliza a partir da leitura e compreensão do artigo 77 da mesma Lei, que caracteriza a sanção cabível quando inexecutado o contrato.

Nessa toada, a inexecução do contrato pode ser explicada a partir de algumas teorias, como a teoria da imprevisão, força maior e o fato do príncipe (LEWANDOVSKI, 2006). “A teoria da imprevisão refere-se à possibilidade de ocorrerem fatos novos que, ao tempo do contrato, não poderiam ser previstos pelas partes e nem imputado a elas” (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2023) ou seja, os fatos posteriores não eram nesse caso previstos quando firmado o contrato administrativo.

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. (...)” (BRASIL, 1993, p. 1).

¹⁰ “Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações (...)” (BRASIL, 2021, p. 1).

A concretização desse cenário implica na aplicação da cláusula *rebus sic standibus* de forma excepcional, nos casos em que existentes fatos imprevistos ou imprevisíveis, ou, caso previsíveis, se mostrem incalculáveis as suas consequências por parte do contratado, atingindo assim, o equilíbrio contratual antes estabelecido (LEWANDOVSKI, 2006).

A força maior e o caso fortuito se configuram nos casos em que o evento não pode ser previsto, são fatos ou eventos imprevisíveis, ou de difícil previsão, não podendo ser evitados pelo contratado.

Já o fato do príncipe se constitui a partir de uma determinação superveniente que onera o contrato. O ente estatal que produz a determinação, contudo, não pode ser parte do contrato afetado.

É fato que a Administração por diversas vezes emite vontades unilaterais, em decorrência de seu papel soberano e hierárquico. Todavia, existem situações em que a atuação unilateral do Poder Público demanda uma aproximação dos particulares para o cumprimento de uma determinada finalidade, constituindo-se, a partir disso, os contratos administrativos (CARVALHO FILHO, 1986).

Por mais que a relação jurídica do particular para com a Administração seja destacada por uma desigualdade contratual, concedendo ao ente administrativo uma série de prerrogativas por meio do que chamamos de cláusulas exorbitantes, tal fato não exclui certos direitos dados ao particular dentro da relação contratual.

Essas prerrogativas são, na verdade, extremamente necessárias para que seja mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, implicando também um incentivo à contratação pública. Isso porque, se facultados diversos benefícios à Administração Pública, a partir da justificativa de seu caráter soberano, tal fato não serviria de incentivo às empresas privadas em contratarem com ela, na medida em que a imprevisibilidade de um contrato administrativo poderia ter mais peso do que os eventuais bônus provenientes do contrato.

Sendo assim, o particular possui o direito de ver equilibrado o vínculo contratual. Visualiza-se que a Administração Pública necessita adotar esse comportamento flexível, sob pena de se encontrar em situação em que, de um lado, não consegue executar todas as suas demandas, necessitando por conta disso, de contratos administrativos para que terceiros o façam, mas, de outro lado, uma resistência por parte dos particulares, que em vista de uma falta de equiparidade contratual, são apresentados à contratos extremamente onerosos.

Comparatto ((19??) *apud* CARVALHO FILHO, 1986, p. 73-79) explica a partir disso que a modificação dos pesos de um contrato se faz plenamente possível, mas não se deve, por

conta disso, deixar de garantir ao contratado, eventual prejudicado, a devida indenização (CARVALHO FILHO, 1986).

Essa visão é de extrema importância na seara dos contratos administrativos, pois muitas vezes a análise superficial desses contratos e das cláusulas exorbitantes que os guarnecem podem levar à falsa compreensão de que os poderes especiais e prerrogativas concedidos à Administração Pública se confundem com uma permissão geral, onde o ente pode ajustar tudo conforme a sua conveniência.

Por conta disso, o fato do príncipe se apresenta como um sintoma decorrente dessa questão, objetivando a estabilização econômico-financeira do contrato, se caracterizando quando o Poder Público interfere na relação contratual, ao exercer sua autoridade. Assim, como solução a essa possibilidade, o fato do príncipe oferece como consequência a possibilidade de revisão do contrato administrativo, a fim de que seja reestabelecido o equilíbrio contratual antes constituído.

Logo, a inexecução do contrato representa uma violação que pode acarretar, a partir da gravidade da inexecução, a aplicação de sanções administrativas, como multas ou até mesmo uma rescisão contratual, com fim a desincentivar o descumprimento dos contratos, bem como responsabilizar os contratados por sua inexecução.

Outra questão prevista no escopo da Lei nº 8.666/1993 é a recusa injustificada de assinar o contrato pelo contratado, conforme prevê o seu artigo 81. O comportamento previsto na lei como infração decorre da questão atinente à adjudicação garantida ao vencedor do certame licitatório, que assegura a contratação com ele e não com terceiro que, por exemplo, ficou em segundo lugar no processo licitatório.

Se o legislador confere essa segurança ao contratado, constitui-se fator justo a caracterização de infração nos casos em que o particular desiste, por sua conveniência, de firmar o contrato celebrado.

A partir da análise do texto legal é possível perceber que o artigo 81 não tipifica uma infração. Na verdade, é descrito pela norma um comportamento que gera o ilícito administrativo, incidindo, posteriormente, no tipo infracional de inexecução total ou parcial do contrato, sendo uma espécie de tipificação indireta (MELO, 2007, p. 156).

Entretanto, se faz necessário destacar que, apesar de sólidas as possibilidades infracionais decorrentes desta infração, existem exceções que visam a exclusão da ilicitude, nos casos de motivo relevante e suficientemente comprovado que justifique a recusa, existência de fatos superveniente, vícios insanáveis no certame licitatório e nos casos em que as exigências do edital ou do contrato se apresentam de forma extremamente excessiva.

O atraso injustificado é também uma das infrações dispostas na legislação licitatória, que a partir de uma análise geral leva à mesma conclusão dada à recusa injustificada de assinar o contrato, ambas têm como conclusão, a inexecução do contrato administrativo.

A prática de atraso pelo contratado, entretanto, não se constitui como uma infração grave, sendo, na verdade, uma infração leve, na medida em que o contrato será cumprido, ocorrendo apenas um alargamento no tempo previsto inicialmente. Por esse motivo, a infração administrativa é condicionada a apenas uma sanção, a multa (FLEURY, 2016, p. 109).

Tratando-se de infração administrativa relacionada ao prazo de execução do contrato, se faz necessário a sua previsão no contrato firmado entre o particular e a Administração Pública (FLEURY, 2016, p. 110), sendo vital, ainda, a fixação da gravidade da multa.

A aplicação de sanções se dá também nos casos em que o contratado pratica atos ilícitos com o objetivo de frustrar o certame licitatório e nos casos de fraude fiscal. Fleury (2016, p. 118) ressalta novamente a deficiência na tipificação do comportamento infracional que o artigo 88 da lei citada traz em relação à infração de frustração do certame licitatório, ao passo que há certa generalidade na especificação de qual a tipificação do ilícito e sua dimensão (NIEBUHR, 2022, p. 1002).

No que tange ao cometimento de fraude fiscal, conforme prevê o artigo 88, inciso I, da legislação, essa infração se constitui nos casos em que o contratado tenha sofrido condenação definitiva por fraude fiscal dolosa no recolhimento de tributos.

Não obstante, é de conhecimento que eventuais condenações por fraudes fiscais diante do não recolhimento de tributos tem como foco a pessoa física inadimplente, motivo pelo qual a pessoa jurídica não pode ser condenada por crime fiscal. A partir desse embate, o crime de fraude fiscal recai na responsabilidade do sócio ou administrador da empresa contratada e parte da relação administrativa (FLEURY, 2016, p. 116).

Essa possibilidade se dá com uma novidade trazida pela Nova Lei de Licitações (14.133/2021), que será discutida posteriormente ainda neste capítulo, no que tange à possível afetação dentro do certame licitatório da responsabilização dos sócios, na conduta da pessoa jurídica contratada. Sendo assim, se faz necessário, de forma antecedente, discorrer sobre as sanções e mudanças trazidas pela nova legislação.

3.1.2 O regime sancionador da Lei nº 14.133/2021

Até o presente momento, foi abordado neste capítulo uma análise sobre as sanções administrativas e suas características, por meio de um estudo dúbio entre as legislações

licitatórias. A Lei nº 8.666/1993 é um marco regulador do processo licitatório no Brasil, tendo, desde os últimos 25 anos de existência, um grande arcabouço doutrinário e de trabalhos acadêmicos que versam sobre o seu conteúdo, em especial, no que tange às questões sancionatórias.

Dessa forma, considerando o amplo espaço de discussão sobre a Lei nº 8.666/1993, foi realizada uma análise das sanções e infrações administrativas sob a ótica da legislação citada e da Lei nº 14.133/2021. Todavia, considerando que o objetivo do presente trabalho é a análise de uma ferramenta concedida ao administrador, pela Nova Lei de Licitações, no tocante à possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, apresenta-se de extrema importância uma abordagem específica e individual a respeito da Lei nº 14.133/2021 no presente subtópico.

A Lei nº 14.133/2021 foi instituída com o objetivo de substituir a Lei nº 8.666/1993 após variadas críticas e reivindicações ao seu texto (DUTRA DIAS, 2020, p. 2), em conjunto com uma necessidade de modernização da antiga Lei às demandas atuais.

Nesse sentido, conforme já feito pela legislação de 1993, a Nova Lei de Licitações buscou por meio de uma abordagem mais atualizada estabelecer prerrogativas e regras para as relações contratuais administrativas.

Como já discorrido no subtópico anterior, a definição de como o contratado deverá agir ou não é elemento crucial colocado pela legislação, ao passo que fixa critérios para que ações ou omissões que prejudiquem o andamento do contrato administrativo sejam punidas.

Todavia, a superficialidade na qual a antiga lei abordava as questões infracionais e sancionatórias era alvo de grandes ressalvas por parte da doutrina, importando em certas lacunas e na necessidade de flexibilização de alguns princípios para que a aplicação de uma sanção conseguisse atingir o seu fim.

A discricionariedade deixada ao administrador na aplicação das sanções administrativas fazia com que os critérios das sanções fossem demasiadamente “abertos”, podendo levar a uma aplicação injusta e desproporcional (DUTRA DIAS, 2020, p. 3) ao contratado, afrontando, assim, aos princípios norteadores das sanções administrativas.

A nova legislação traz em seu escopo as mesmas sanções antes previstas na Lei nº 8.666/1993, mas artigo 155 da Nova Lei de Licitações buscou delimitar de forma mais precisa as condutas que ensejam a aplicação de sanções administrativas, a fim de conceder uma maior segurança jurídica no processo licitatório às partes envolvidas. São, portanto, quatro sanções: multa; suspensão temporária de participação em licitação; impedimento; declaração de inidoneidade.

A partir disso, a aplicação de multa, uma das sanções previstas pela Lei nº 14.133/2021, a sua aplicação pode ser realizada quando praticada qualquer infração por parte do contratado, podendo, ainda, ser cumulada com outras infrações. Seu cálculo é condicionado à estipulação contratual ou do edital da licitação, devendo ser superior a 0,5% e inferior a 30% em relação ao valor do contrato (SILVA, 2021, p. 39).

Contudo, parte da doutrina entende que essa fixação de 30% é excessiva, de modo que o mais adequado seria a sua aplicação até 20% sobre o valor do contrato, visto que nos casos de infrações mais graves é permitida a cumulação das sanções (GUEDES, 2021).

Quanto à aplicação da advertência, o legislador não previu a ampla defesa e o contraditório nos casos de aplicação da sanção. Isso se deu pois, por mais que ela conste formalmente como uma sanção, concretamente ela é vista em sua grande parte como uma chamada de atenção do contratado, para que ele entenda que seu comportamento infringiu normas leves e não o repita (ALVES, 2021).

Essa fixação “aberta” feita pela legislação leva a uma problemática no que concerne à discricionariedade de interpretação da advertência por cada Estado, na medida em que um ente pode compreendê-la como uma mera chamada de atenção e outro considerá-la a partir de critérios mais gravosos.

Diferentemente da multa, a aplicação de advertência não precede a instauração e um processo de responsabilização, considerando o seu teor leve e apenas repreensivo em relação ao comportamento do contratado.

Já as exigências em relação a suspensão ou impedimento a partir da previsão do artigo 158 da Lei nº 14.133/2021, estabelecem a necessidade de instauração de processo de responsabilização, sendo dado ao contratado o prazo de quinze dias úteis para defesa, a contar da data da intimação.

A suspensão temporária consiste na proibição transitória do licitante e em celebrar contratos com a Administração Pública, nos casos de infrações graves. O prazo de suspensão é estabelecido pelo legislador no artigo 91, tendo dois anos como o prazo máximo para sua incidência, ressalvados os casos em que o contratado continua praticando o ato ilícito.

Além da suspensão, a legislação prevê também o impedimento de contratar com a Administração Pública, apresentando-se como medida mais grave, visto que seu período de impedimento pode chegar até dez anos.

A declaração de inidoneidade, por fim, objetiva de conferir ao infrator uma declaração de que a empresa ou indivíduo seria alguém desonesto ou que não possui a capacidade mínima para conceber uma relação contratual com a Administração Pública (HELLMANN, 2022).

Em resumo, essa punição tem por finalidade uma declaração de efeito vinculativo e geral, para que todos os órgãos públicos que eventualmente se depararem com o sujeito que recebeu a sanção, averiguem a sua incapacidade de firmar um contrato junto aos entes da Administração Pública.

Essa sanção foi pensada a partir do entendimento de que a prática de um ato ilícito grave leva a uma falta de confiabilidade ou capacidade de cumprimento obrigações contratuais. Assim, pautando-se pela primazia do interesse público mais precisamente, não faria sentido à Administração permitir que um sujeito que cometeu condutas ilícitas em outros contratos contratasse novamente, sob pena de um risco de distúrbio na continuidade de determinado fim contratual, que impedido ou paralisado por um ato ilícito do contratado.

A Lei nº 8.666/1993 estabelecia um rol de casos em que seria cabível a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade. A Nova Lei de Licitações buscou especificá-las mais, em seu artigo 155, a partir dos incisos VIII e IX.

Nesse sentido, a declaração de inidoneidade é aplicada nos casos de fraude, apresentação de documentação falsa, comportamento inidôneo, prática de ilícitos com objetivo de fraudar a licitação, praticar ato corrupto e outras possibilidades previstas no rol do artigo 155.

Não obstante a possibilidade de aplicação das sanções administrativas aqui tratadas, a aplicação de uma sanção ou várias de forma cumulativa não possui vinculação com a obrigação de reparação de dano causado à Administração Pública, sendo o contratado obrigado, em todos os casos, a prestar a devida indenização ao ente público (SILVA, 2021, p. 40).

Tal fato se apresenta como um reflexo das cláusulas exorbitantes, não incidindo em um possível *bis in idem* por parte da Administração, ao passo que a cumulação de sanções somadas à cabível indenização por conta do mesmo ato infrator é um reflexo da relação hierárquica dos órgãos públicos para com os particulares, que a partir da sua posição como ente estatal, possuem tal prerrogativa.

A partir da análise das sanções administrativas previstas na Nova Lei de Licitações, é possível averiguar a tentativa do legislador em suprir algumas lacunas antes existentes na Lei nº 8.666/1993. Um dos buracos previstos na antiga legislação referia-se à possibilidade de extensão da responsabilidade imputada à empresa contratada aos seus sócios e administradores ou empresas sucessoras de um grupo econômico.

Essa viabilidade é apresentada a partir do artigo 160 da Lei nº 14.133/2021, o qual possibilita a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo.

Para isso, necessário discorrer sobre o instituto e como se deu a sua concretização no ordenamento jurídico, tópicos que serão tratados no item a seguir.

3.2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica por um grande período tinha sua aplicabilidade voltada ao âmbito privado, buscando regular os casos em que ocorriam litígios por conta de comportamentos ilícitos, voltados à fraude e mau uso da pessoa jurídica. Por conta disso, sua utilização restou abarcada não só pelo Código Civil e pelo Código de Processo Civil, como também por outras legislações como por exemplo o Código de Defesa do Consumidor, voltando-se sempre para uma ótica focada nas relações contratuais privadas.

Essa recepção do instituto pelo ordenamento jurídico privado foi pensada a partir do uso de uma autonomia patrimonial de forma excessiva, que ia além dos objetivos para os quais se constituíram a pessoa jurídica.

Nesse contexto, como já abordado, a pessoa jurídica se constitui como uma entidade que possui uma personalidade jurídica distinta de seus membros, possuindo, por conta disso, direitos e obrigações próprios, que não se vinculam com o de seus sócios ou administradores. Em consequência disso, essa separação faz com que, quando falamos em pessoa jurídica, a questão da separação patrimonial seja uma das suas principais características.

A separação patrimonial concedida à pessoa jurídica não tem apenas um fim controlador da empresa, mas também uma objetivação de responsabilização da pessoa jurídica sem colocar seus sócios ou administradores ao risco dos riscos inerentes a este negócio. Entretanto, como já tratado no primeiro capítulo deste trabalho, nem sempre a utilização da autonomia patrimonial é revestida de boa-fé ou possui boas intenções.

Existem casos em que sócios ou administradores, com vias de se beneficiar do véu dado pela desconsideração da personalidade jurídica, utilizam a empresa para praticar atos ilícitos, normalmente visando um enriquecimento patrimonial, lesando, assim, eventuais indivíduos que, porventura, firmaram acordo junto à empresa.

Esses são os casos em que há a má utilização da pessoa jurídica, podendo ocorrer pela fraude ou pela confusão patrimonial. Assim, na medida em que os contratos eram firmados, o legislador começou a perceber a necessidade de que fosse criado um mecanismo preventivo e repressivo para os casos fraudulentos, possibilitando, assim, a responsabilização dos indivíduos

que compunham a pessoa jurídica. Originou-se, assim, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Todavia, conforme visto, os contratos não se dão apenas dentro de um âmbito privado, ao passo que a própria Administração Pública realiza diversos acordos com particulares, chamados de contratos administrativos.

Esses contratos têm como fim a obtenção de serviços e produtos que a Administração Pública não tem condições de realizar por si própria, utilizando como alternativa a isso uma contratação com particulares a fim de que sejam supridas essas demandas específicas.

Assim, também no âmbito administrativo, o administrador público se depara com situações em que, dentro da relação contratual, a pessoa jurídica é utilizada de forma a adotar posturas ilícitas. Por conta disso, a desconsideração da personalidade jurídica passou a ser aplicada também nesse contexto, conforme será abordado a seguir.

3.2.1 Histórico de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo

Ao longo do tempo, tanto no setor privado como no público, a pessoa jurídica foi em algumas ocasiões utilizada de forma abusiva e ilícita dentro das relações contratuais. Diante dessas circunstâncias, tornou-se necessária a extensão da desconsideração da personalidade jurídica também ao âmbito administrativo, a fim de combater práticas inadequadas e assegurar a responsabilização efetiva das partes envolvidas.

Nesse sentido, duas foram as recepções no setor público que trataram de instituir a desconsideração dentro de seu texto. Inicialmente pelo Tribunal de Contas da União e, após, pela previsão legislativa a partir da Lei nº 12.846/2013. Sendo assim, cumpre tratá-las em tópicos separados, considerando as suas complexidades e especificidades.

3.2.1.1 A desconsideração de personalidade jurídica pelo Tribunal de Contas da União

A Desconsideração da Personalidade Jurídica dentro do campo administrativo teve como um de seus pontos de partida principais a possibilidade de execução do instituto, inicialmente, pelo Tribunal de Contas da União (TCU), sendo, todavia, um fenômeno extremamente recente dentro do ordenamento jurídico.

O TCU responsabiliza-se pela fiscalização e aplicação dos recursos públicos, por meio da análise e julgamento das contas dos gestores públicos, bem como pela fiscalização do cumprimento dos contratos firmados pela Administração Pública.

No que se refere à aplicação de sanções, o TCU possui um papel fundamental, na medida em que possui a prerrogativa de aplicação de sanções administrativas quando verificadas irregularidades na gestão de recursos públicos, nos casos em que prevista a sua competência¹¹.

Assim, voltado à finalidade de preservação dos recursos públicos e no embate às infrações administrativas dentro da sua competência, o TCU tem como objetivo a aplicação de punições a contratados que, por algum motivo, incorreram em alguma ilegalidade.

No que tange ao objeto do presente tópico, mais precisamente à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pelo TCU, se faz necessário uma análise superficial de como se deu o embasamento teórico e jurisprudencial para a sua implementação.

Inicialmente, a fixação da desconsideração da personalidade jurídica pelo Tribunal de Contas da União se instituiu a partir do precedente de um acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em que, na época, foi aplicada a extensão dos efeitos da desconsideração em face de uma empresa (BRASIL, 2003).

Mais especificamente, o relator Min. Castro Meira, a partir das circunstâncias do caso concreto, ponderou a pertinência de aplicação do instituto. No caso, houve uma extensão dos efeitos da declaração de inidoneidade à outra empresa dentro do mesmo grupo econômico, fundando a fixação desta desconsideração na existência dos requisitos necessários, sendo eles o mesmo objeto social e a mesma finalidade de fraudar a legislação.

Parte da doutrina, todavia, levanta um problema na questão terminológica do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir do entendimento de que a extensão da declaração de idoneidade não poderia se confundir com a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, ao passo que esta visa o direcionamento dos bens, enquanto aquela visa a extensão de uma sanção administrativa (ALVES, 2013, p. 72).

Conforme explica Alves (2013, p. 74), referida crítica vocabular não se aplica no contexto atual. Por mais que usualmente a aplicação do instituto da desconsideração se perfectibilize em relação a empresas e seus sócios ou administradores, há a possibilidade de

¹¹ “Art. 16. As contas serão julgadas: (...) § 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária: a) do agente público que praticou o ato irregular, e b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado” (BRASIL, 1992, p. 1).

que uma desconsideração seja realizada a um grupo econômico. Isso se dá, pois, para que haja o reconhecimento de responsabilidade de uma segunda pessoa jurídica, é necessário que o véu que cobre pessoa jurídica infratora seja desfeito.

Ademais, tal discussão encontrava-se mais embasada a partir da análise de um contexto da Lei nº 8.666/1993, que não previa em seu texto a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, fato que não é mais realidade a partir das diversas aplicações da desconsideração no âmbito administrativo, somada à promulgação da Lei nº 14.133/2021, que é abordada mais adiante.

A partir da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas da União passou a aplicar a teoria da desconsideração nos processos de sua competência, não apenas nos casos em que aplicáveis as sanções de declaração de idoneidade, mas também nas demais sanções administrativas (ALVES, 2013, p. 72).

Nesse sentido, a noção de partida que incentivou o TCU na instituição da desconsideração da personalidade jurídica se mostra de extrema importância, ao passo que mesmo havendo na época um embate a respeito da possibilidade da fixação do instituto e suas nuances terminológicas, o Superior Tribunal de Justiça apresentou-se como o motor propulsor para que a aplicação no âmbito administrativo se constituísse dentro dos julgados do Tribunal de Contas da União.

O caso se trata de um Pedido de Reexame interposto pela Infraero, em face do Acórdão nº 1166/2010¹², proferido pela Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União. Em resumo, o acórdão impugnado declarou válidas as cláusulas do Edital de Licitação no qual previa a exclusão, dentro do certame licitatório, de empresas cujos sócios ou administradores participassem da direção de outra empresa já declarada inidônea ou suspensa para contratar com a Administração (ALVES, 2013, p. 58).

Nessa toada, o relator do caso, Min. José Múcio Monteiro, manteve a decisão do acórdão, fixando a possibilidade de extensão da sanção administrativa aplicada a uma empresa aos seus sócios ou administradores, não atendendo a pretensão da empresa aeroportuária, que visava a exclusão das cláusulas previstas no Edital discutido.

É certo que, como já explorado diversas vezes ao longo deste trabalho, a Lei nº 8.666/1993 possui diversas lacunas e subjetividades que pecam na clareza das sanções

¹² Ementa: “Pedido de reexame. Representação. Licitação. Edital. Cláusula impeditiva de participação de interessados suspensos por ente distinto da administração pública. Sanções aplicadas à pessoa jurídica. Alcance dos efeitos. Determinações. Interposição de recurso. Conhecimento. Negado provimento.” Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2.218/2011, 1ª Câmara, rel. Min. José Múcio Monteiro, Sessão Ordinária de 12/04/2011. (SANTA CATARINA, 2011, p. 1).

administrativas e sua aplicação. Esse problema é enfrentado também pelo Tribunal de Contas da União, que no julgado mencionado, se depara com a impossibilidade de ampliação da norma jurídica *versus* a lacuna legislativa existente e o dever de proteção da Administração Pública nas fraudes às licitações.

A aplicação de sanções administrativas deve sempre levar em conta uma atenção redobrada ao princípio da legalidade, com vistas a evitar dentro do ordenamento jurídico, punições revestidas de grande discricionariedade e com caráter subjetivo.

Esse encargo se torna ainda mais evidente quando tratamos da aplicação do instituto da desconsideração no caso em comento, na medida em que à época da decisão do TCU, inexistente no texto legal estipulação clara da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Assim, a visão objetiva que se tinha do cenário apresentado era da extensão de uma sanção imputada a uma empresa a terceiros, sem alguma estipulação legal permissiva expressa.

Entretanto, por mais que essa aplicação da desconsideração revestisse diversas opiniões sobre uma suposta violação ao princípio da legalidade pelo TCU, o Tribunal sustenta a impossibilidade de afronta ao princípio indicado, ao passo que a lacuna normativa não poderia infringir-se com o Princípio da Autonomia da Administração Pública, muito menos impedir que a Administração sacrificasse os seus interesses, a fim de permitir ilegalidades contra o Ente Estatal, dentro do processo licitatório (SILVA, 2021, p. 58).

Essa linha de pensamento se revela a partir da prática concreta que o Tribunal de Contas experienciava, pois frequente no processo licitatório, a identificação de empresas que retornavam ao certame licitatório, valendo-se de uma empresa diferente, porém estabelecida pelos mesmos sócios ou administradores e com objeto similar da empresa sancionada.

3.2.1.2 Aplicação do instituto pela Lei nº 12.846/2013

Com base no que foi mencionado no tópico anterior, durante um período, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo era fundamentada a partir de entendimentos jurisprudenciais, fazendo com que alguns órgãos, em especial o Tribunal de Contas da União, passassem a utilizar a desconsideração dentro da seara administrativa para a extensão de sanções aos sócios ou administradores de empresas infratoras, quando visualizada a utilização da pessoa jurídica com fim a praticar ilícitos.

Contudo, essa aplicação não possuía previsão normativa no âmbito administrativo, carecendo de disposição legal que abordasse a sua possibilidade. Por esse motivo, parte da doutrina criticava a utilização da desconsideração, a partir do fundamento de que tal fato violava

diretamente o princípio da legalidade estrita. Com isso, a Lei nº 12.846/2013 trouxe um marco normativo em relação à previsão de inserção do instituto no núcleo das sanções administrativas.

A promulgação da Lei nº 12.846/2013, denominada usualmente “Lei Anticorrupção”, tem como finalidade combater à corrupção e a responsabilização administrativa e cível de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública.

O artigo 14 da Lei Anticorrupção estabeleceu, portanto, a possibilidade de instituição da extensão da responsabilidade da pessoa jurídica aos sócios e administradores da empresa sancionada, por meio de um processo administrativo (BRASIL, 2013, p. 1).

Todavia, o texto do artigo mencionado, ao trazer uma resolução para a lacuna legislativa antes existente, foi alvo de algumas críticas por parte da doutrina. Assim, mais especificamente serão tratadas três das diversas críticas existentes pela doutrina.

A primeira objeção, se referiria a respeito da inaplicabilidade do artigo, na medida em que inexistente um disciplinamento para a sua efetivação. Isso porque o Decreto nº 8.240/2015, que dispõe sobre as regras de responsabilização da pessoa jurídica por atos ilícitos contra a Administração Pública, não prevê a possibilidade de aplicação de multa ao sócio ou administrador de uma pessoa jurídica nos autos do Processo Administrativo de Responsabilização, possibilitando apenas a responsabilização da pessoa que diretamente praticou o ilícito, tornando-se procedimentalmente inviável a aplicação da desconsideração nesse sentido (MOREIRA, 2021, p. 20).

A diminuição de força normativa do artigo 14 da Lei Anticorrupção devido à influência do Código de Processo Civil constitui um segundo problema. Em resumo, a previsão contida na legislação processualista, que estabelece a necessidade de adoção de um incidente em apartado para a aplicação da desconsideração, revogaria a legislação citada, na medida em que incompatíveis nessa questão.

Por fim, o terceiro óbice corresponde à discussão a respeito da inconstitucionalidade do artigo 14 da Lei nº 12.846/2013, sob o fundamento que o artigo interferiria na reserva de jurisdição, ao permitir a aplicação da desconsideração dentro de um Processo Administrativo e não a partir de uma atividade jurisdicional.

Assim, a permissão de que a autoridade administrativa aplique a desconsideração incorreria em violação o artigo supramencionado e em relação aos princípios constitucionais de separação dos poderes e do juiz natural, haja vista que nesses casos um ente estatal assumiria todas as prerrogativas e poderes antes conferidos ao poder jurisdicional.

Não obstante a discussão acerca das implicações do artigo 14 da Lei nº 12.846/2013 e da aplicação da desconsideração pelo Tribunal de Contas da União, pode-se concluir que o

mérito se voltava sempre para o mesmo ponto: uma suposta subjetividade de regras e falta de fixação de pressupostos e conceitos fechados dentro do ordenamento jurídico, para melhor balizar a instituição da desconsideração da personalidade jurídica.

Além disso, afere-se que a inexistência de previsão do instituto na Lei nº 8.666/1993 levava a grandes embates a respeito da falta de previsão legal da desconsideração na seara administrativa pela legislação licitatória, somada a possíveis choques com o princípio da legalidade estrita.

A fim de resolver essas lacunas e dar previsão à possibilidade de fixação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo das licitações públicas, a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 160, buscou abarcar tal hipótese, conforme se abordará no capítulo a seguir.

4 A EXTENSÃO SUBJETIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA AOS SÓCIOS, ADMINISTRADORES E EMPRESAS SUCESSORAS

A possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica se constitui um marco trazido pela Lei nº 14.133/2021 no que tange à sua recepção pelo ordenamento jurídico e pela viabilização de sua aplicação diante de um respaldo jurídico normativo no sistema jurídico brasileiro.

Nesse sentido, como já explorado neste trabalho, diante da necessidade de uma legislação que versasse sobre os regramentos e características nas contratações públicas, o legislador instituiu primeiramente a Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), e, promulgada anos depois, a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), encontrando-se o momento atual como um cenário de transição entre as legislações citadas.

Fato é que, não obstante as novidades trazidas pela nova Lei, sempre foi objeto por grande parte da doutrina, crítica as diversas lacunas normativas e a subjetividade constada na antiga legislação, sejam na previsão de sanções e infrações administrativas ou em outros pontos envolvendo as licitações públicas.

Assim, apesar da criação de uma nova legislação com o objetivo de atualizar os regramentos trazidos desde 1993 e preencher algumas lacunas, é entendido por parte da doutrina que a nova legislação incorre no mesmo problema material, carecendo de estipulações claras e regramentos mais “fechados”, deixando por muitas vezes à escolha do aplicador de uma sanção administrativa, qual será a sanção cabível para a infração cometida.

Diante da demasiada discricionariedade concedida por ambas as legislações, questiona-se se a aplicação das sanções administrativas por vezes cumpre com todos os princípios que norteiam as contratações públicas, mais precisamente os procedimentos licitatórios.

Todavia, não se pode negar que, apesar de concretas e racionais as críticas em relação à ampla lacuna normativa em relação a diversos fatores que ambas as Leis trazem consigo, a Nova Lei de Licitações trouxe em seu escopo algumas soluções para problemas antes enfrentados pela Lei nº 8.666/1993.

Dentre essas soluções, uma possibilidade antes não prevista nas relações licitatórias é a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em favor de sócios e administradores ou empresas sucessoras.

Apesar da desconsideração da personalidade jurídica ser instituto antigo no ordenamento jurídico, pautando as relações privadas, mais especificamente no que tange a

relações em que presente o abuso de direito de pessoas jurídicas nas relações contratuais, pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, o âmbito público se viu diante da necessidade de também abordar a aplicação do instituto.

Entretanto, a novidade trazida pela legislação, somada às lacunas já existentes na Nova Lei de Licitações, trouxe por parte da doutrina uma certa preocupação em relação a uma possível subjetividade na aplicação do instituto nos casos concretos, fato que será mais bem explorado neste capítulo.

4.1 A APLICAÇÃO DE SANÇÕES AOS SÓCIOS, ADMINISTRADORES, EMPRESAS SUCESSORAS E GRUPOS ECONÔMICOS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Com o objetivo de garantir a responsabilização das partes envolvidas em práticas irregulares, as sanções administrativas têm se tornado uma ferramenta importante para coibir condutas ilícitas e proteger os interesses da sociedade.

Com base nisso, por um longo período a Administração Pública passou a pautar-se por elementos provenientes do direito privado, a fim de reger e viabilizar a continuidade de suas relações contratuais.

Um dos efeitos centrais provenientes do regramento privado é a inserção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica dentro do regime licitatório, já recepcionado pela Lei Anticorrupção e nas decisões do Tribunal de Contas da União.

A partir da aplicação e previsão do instituto no âmbito administrativo, um dos grandes problemas apontados para a Lei nº 8.666/1993 era uma possível ofensa ao princípio da legalidade quando instituída a desconsideração da personalidade jurídica no procedimento licitatório.

Com objetivo a dar fim ao problema e fixar regras mais precisas em relação a viabilidade de recepção da desconsideração nos procedimentos licitatórios, a Lei nº 14.133/2021 estipulou, em seu artigo 160, a possibilidade de atribuição das sanções administrativas a sócios ou administradores ou empresas sucessoras de um grupo econômico, temática que será abordada mais profundamente nos subitens a seguir.

4.1.1 A responsabilização objetiva e subjetiva dos sócios e administradores

A Lei nº 14.133/2021, denominada mais comumente “Nova Lei de Licitações”, trouxe em seu escopo diversas mudanças em relação à Lei nº 8.666/1993, dentre eles, um maior

cuidado e olhar para o tópico das sanções administrativas, dedicando-lhe nove artigos (artigos 155 a 163), que dispõem a respeito das penalidades cabíveis e a possibilidade de cabimento destas ao agente infrator.

Na vigência da Lei nº 8.666/1993, constituía-se objeto de duras críticas e posicionamentos contrários, a questão atinente à extensão das sanções administrativas aos sócios ou administradores de empresas que praticaram o ato ilícito.

Essa possibilidade se perfectibilizou, como já aprofundado no segundo capítulo desta monografia, quando, diante da autonomia patrimonial concedida e inerente à pessoa jurídica, pessoas físicas passaram a se aproveitar desta separação patrimonial para o cometimento de ações fraudulentas e ilícitas em nome da empresa, sob o proveito de intocabilidade do patrimônio pessoal próprio com a realização de ilicitudes.

A partir dessa possibilidade, o cenário em que a utilização de pessoas jurídicas para a prática de atos contra a legislação se tornou cada vez mais frequente, incitando ao legislador a necessidade da criação de um regramento que colocasse óbices a essa autonomia absoluta, criando-se, assim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e, posteriormente, o próprio instituto.

Apesar de à época a utilização para fins ilegais da pessoa jurídica obtivesse mais prática nas relações privadas, seja nos casos de fraude contra credores ou nos casos de confusão patrimonial e desvio de finalidade, percebeu-se que tal fato se repetia na seara administrativa, sobretudo, nas infrações em procedimentos licitatórios.

Essa utilização da pessoa jurídica nos certames licitatórios se sucedia nos casos em que uma empresa participante da licitação incidia em alguma das infrações dispostas pela Lei nº 8.666/1993 e recebia uma sanção administrativa por consequência de seu comportamento.

Todavia, por uma falta de previsão normativa da antiga legislação, somada à uma recente discussão do instituto, primeiramente recepcionado pelo Código de Defesa do Consumidor em 1990, a partir da aplicação de, por exemplo, uma sanção de impedimento de contratar com a administração pública, as pessoas que compunham a sociedade empresária passaram a observar uma solução para burlar o procedimento licitatório: criar outra pessoa jurídica, livre de sanções impostas.

Logicamente, se apenas há a imputação da sanção à empresa, as pessoas físicas que faziam parte da pessoa jurídica sancionada passaram a ver como solução a criação de outra praticamente idêntica, mas que não teria recebido a punição ora imputada a outra empresa.

Nesse sentido, o procedimento sancionatório pautava-se por uma aplicação sancionatória direta e singular, voltando-se diretamente ao praticante do ato ilícito, a sociedade

empresária, restando, no fim, o resultado prático frustrado para qual era o objetivo de aplicação da penalidade, ao passo em que a empresa poderia não licitar com a administração pública, diante de eventual sanção, mas empresa posteriormente criada, que serviria para os mesmos fins, teria essa concessão (LIMA, 2023, p. 14).

Visualiza-se a partir disso que a aplicação de penalidades pela Administração Pública sob essa ótica via-se infrutífera, não atendendo à supremacia do interesse público e muito menos aos objetivos dentro de um procedimento licitatório, que se encontrava, na prática, alvo de trapaças e fraudes.

Além disso, a possibilidade de que sócios ou administradores que integravam a empresa sancionada pudessem criar outra pessoa jurídica para a participação na licitação mostrava-se como postura concretamente contrária aos princípios que norteiam as licitações e contratações pública, como, por exemplo, o da moralidade ou igualdade (FILÓ; OSTETTO; MAY, 2016).

A partir da visualização de que essas questões se encontravam cada vez mais frequentes no decorrer da rotina licitatória, a Administração Pública se deparou com a necessidade de que as sanções antes aplicadas apenas a pessoas jurídicas fossem estendidas aos sócios ou administradores, a fim de coibir tais comportamentos descritos acima.

Com base e inspiração na aplicação do instituto pelo setor privado, a jurisprudência passou a possibilitar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica também no cenário administrativo. Essa tendência foi fortalecida pela introdução de uma previsão normativa expressa na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e, posteriormente, pelo artigo 160 da Lei nº 14.133/2021.

O artigo mencionado abarca em sua abrangência as condições e procedimentos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em determinados cenários, viabilizando a responsabilização dos sócios, administradores, empresas sucessoras e empresas coligadas ou controladoras por atos ilícitos ou abusos cometidos em nome da entidade. Neste subitem, será enfocada primordialmente a responsabilização dos sócios e administradores.

Quando tratada a questão envolvendo a responsabilização dos sócios ou administradores por sanções inicialmente imputada às empresas, no âmbito da desconsideração da personalidade jurídica, se faz necessário inicialmente um aparato geral sobre como essa extensão é apresentada concretamente.

Isso porque a possibilidade concedida, inicialmente pelo art. 50 do Código Civil, não significa uma aplicação desenfreada do instituto, mas sim uma extensão sancionatória apenas aos sócios e administradores que participaram do ato ilícito e dele se beneficiaram.

Essa abordagem mais conservadora pode ser entendida como um reflexo proveniente da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), que visualizava a instituição da desconsideração a partir de seu caráter mais excepcional (LIMA, 2023, p. 15).

Nesse sentido, parte da doutrina entende que para haver a caracterização dos pressupostos concessores da desconsideração não se pode utilizar como único requisito a condição de sócio das pessoas que compõem a sociedade empresária.

Tal fato não seria possível, visto que essa aplicação se tornaria demasiadamente ampla, além de implicar em uma autorização desenfreada do instituto, fato que iria de encontro com o próprio viés sancionador da desconsideração, ao passo em que a sua aplicação, usualmente centrada na coibição de atos ilícitos, poderia ser aplicada a pessoas que não cometeram tais atos.

Além disso, também é objeto de discussão a questão atinente ao benefício direto ou indireto (LIMA, 2023, p. 11) previsto no ordenamento, visto que a vagueza do termo acaba requerendo um grande trabalho por parte da doutrina e da jurisprudência, na concretização do seu significado.

Dessa forma, parte da doutrina adota uma interpretação mais amplificada, identificando a existência de um benefício, sempre que existente uma vantagem indevida decorrente do uso indevido da pessoa jurídica.

Segundo Lima (2023, p. 36), esse viés interpretativo permite incluir não só benefícios de fins econômicos, mas também benefícios que não possuem finalidade lucrativa, podendo, este último, também constituir-se como característica suficiente a justificar a responsabilização dos sócios ou administradores.

Assim, o benefício direto se referiria à vantagem econômica que o sócio ou administrador obteve com a atitude ilícita e o benefício indireto. Teria a ver com uma vantagem de viés não monetário.

De forma contrária, existe outra corrente doutrinária que se filia ao entendimento de que o benefício deve sempre ter como fim, uma vantagem econômica, não restando possível a responsabilização do sócio ou administrador por um benefício apenas moral. Assim, o benefício indireto seria, conforme essa interpretação, um benefício econômico potencial, objeto de uma tentativa do sócio ou administrador de auferir uma vantagem econômica, mas que por alguma razão, restou frustrado (LIMA, 2023, p. 37).

Nessa toada, um ponto de atenção deve ser voltado também para a composição societária da pessoa jurídica, que, em regra, conta com o quadro de participação de sócios majoritários e minoritários. Esse destaque tem grande importância quando tratado a respeito da

extensão das sanções administrativas aos sócios ou administradores, por meio da desconsideração.

É claro que a constituição de uma sociedade pressupõe a responsabilização maior ao sócio que detiver mais quotas ou ações (LIMA, 2023, p. 39), ao passo em que tal posicionamento societário condiciona-se diretamente a um maior poder de gestão da sociedade. Entretanto, a adoção de uma postura ampla em relação ao instituto permite que na verdade haja a extensão dos efeitos da desconsideração indistinta também aos sócios minoritários.

Para que essa questão seja abordada no âmbito administrativo, é necessário novamente retornar, de forma superficial, o foco em como essa questão é tratada no direito privado, considerando restar neste, a gênese da responsabilização patrimonial dos sócios e do instituto da desconsideração.

No ordenamento jurídico brasileiro, diante de alguns conflitos resultantes desta relação majoritária *versus* minoritária de uma sociedade empresária, a Lei nº 6.404/1976 foi instituída com o objetivo de disciplinar problemas ocorridos entre acionistas majoritários e minoritários (BRASIL, 1976).

Assim, a legislação citada visa a atribuição de diversos regramentos nessas relações, determinando variados graus de poder de acordo com a participação societária, e atribuindo aos sócios minoritários, diversas prerrogativas, como, por exemplo, a legitimidade ativa para a propositura de demandas judiciais (BRASIL, 1976).

Nessa toada, por mais que a Lei nº 6.404/1976 e o direito privado estabeleçam uma separação concreta entre a atuação dos sócios administradores majoritários e minoritários, este cenário de variados graus de poder não pode ser ignorado dentro de um contexto judicial, na medida em que caso o fosse, tornaria injusta a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica (LIMA, 2023, p. 37).

Assim, a atenção quanto a essa característica se demonstra como fato inerente à própria aplicação do instituto e aos princípios que a norteiam. Dentro do cenário concedido pelo art. 160 da Lei nº 14.133/2021, essa necessidade se repete, sendo necessária uma visão cautelosa quanto aos regramentos e formas de extensão de responsabilidade aos sócios e administradores, a fim de que eventual sanção administrativa se estenda apenas às pessoas que de fato corroboraram com a infração administrativa.

Essa controvérsia, contudo, será abordada posteriormente em um subtópico dedicado, mas, antes disso, é necessário explorar a segunda opção introduzida pelo art. 160 da Nova Lei de Licitações, que se refere à, “(...) a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo

com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado (...)” (BRASIL, 2021, p. 1).

4.1.2 A responsabilização objetiva de empresas sucessoras na legislação brasileira

A Lei nº 14.133/2021, em seu art. 160, traz a possibilidade de extensão da desconsideração da personalidade jurídica a empresas sucessoras ou empresas do mesmo grupo econômico (BRASIL, 2021). Como já aprofundado, a Lei nº 8.666/1993, além de não dispor sobre a possibilidade de implementação da desconsideração da personalidade jurídica nos procedimentos licitatórios, muito menos pretendia abarcar tal possibilidade nos casos de grupos econômicos e empresas sucessoras (BRASIL, 1993).

Dentro da seara comercial, os grupos econômicos podem ser definidos como um conjunto de sociedades ou organizações empresariais, em que duas ou mais empresas, que exercem a mesma atividade econômica e com o mesmo objetivo econômico, interligam-se (FOGAÇA; MORETI; LIMA, 2020).

Clápis (2006, p. 174) define um grupo de sociedades como uma técnica de organização jurídica da empresa moderna, caracterizado pela independência jurídica entre elas, bem como pela subordinação econômica a uma direção unitária exercida por outra sociedade.

Dessa forma, o reconhecimento de um grupo econômico é estabelecido com base em algumas características, conforme apontado por Serick (1966, p. 115 *apud* CLÁPIS, 2016, p. 89). Em primeiro lugar, destaca-se a existência de uma autonomia patrimonial por parte da sociedade "filha" e a capacidade de se manter por meio de recursos próprios. Em segundo e terceiro lugares, são consideradas a autonomia das atividades e contabilidade, bem como a independência das assembleias sociais (CLÁPIS, 2006, p. 89).

Por fim, é fundamental que as sociedades pertencentes ao grupo econômico não sejam indistinguíveis, ou seja, não devem possuir garantias de identificação entre si. Nesse contexto, a criação de um grupo econômico institui uma relação jurídica entre empresas que, apesar de independentes, se conectam, possuindo como sua principal característica, a existência de uma relação em que existe o controle efetivo de uma sociedade sobre as demais (FOGAÇA; MORETI; LIMA, 2020).

Esse controle pode ser refletido a partir da titularidade de ações ou quotas por outra sociedade ou nos casos de acordo societário ou de acionistas.

Assim, o grupo econômico pode possuir duas formas distintas. A primeira quando as empresas que fazem parte deste grupo estão sob o controle de outra, admitindo-se, assim, uma

relação hierárquica de controle de uma empresa sob as demais. A segunda, quando instituídas mediante uma horizontalidade, ou seja, quando inexistente empresa controladora na relação jurídica (FOGAÇA; MORETI; LIMA, 2020).

Ademais, a formação de um grupo econômico, além da mais comum característica vertical de uma empresa administradora em relação as demais, possui alguns requisitos permissivos à sua criação: interesse integrado, comunhão e interesses e a atuação conjunta das empresas que o integram (SOUZA, 2020, p. 47).

Diferentemente, a sociedade controlada é entendida como uma sociedade na qual uma empresa, chamada de controladora, detém a maioria das ações ou quotas com direito a voto de outra empresa, chamada de controlada, definição coadunada pelo Código Civil, em seu artigo 1.098. Essa participação majoritária permite à empresa controladora exercer influência significativa sobre as decisões estratégicas e operacionais da controlada (FOGAÇA; MORETI; LIMA, 2020).

Já a sociedade coligada estabelece uma forma de relacionamento empresarial independente¹³, ocorrendo quando as sociedades participam com 10% ou mais do capital da outra, sem controlá-la.

Explicados os três institutos ao qual o art. 160 menciona a aplicação da desconsideração, é de extrema necessidade lembrar o caráter excepcional dado pelo legislador, em relação ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica, dada a sua priorização na preservação da autonomia patrimonial.

Tal necessidade se concretiza diante da análise da premissa trazida não só pela legislação licitatória, mas inicialmente pelo Código Civil, que dispõe a respeito de pressupostos condicionais para a aplicação do instituto.

No caso de empresas sucessoras ou grupos econômicos, visualiza-se a legislação inicialmente não é clara enquanto aos casos específicos em que a desconsideração se aplicará nesses grupos, restando por parte a doutrina certa dúvida em relação aos seus elementos permissivos.

Partindo desse princípio, a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) mudou o Código Civil, o qual passou a dispor a respeito da possibilidade de extensão da

¹³ “Art. 1.009. A distribuição de lucros ilícitos ou fictícios acarreta responsabilidade solidária dos administradores que a realizarem e dos sócios que os receberem, conhecendo ou devendo conhecer-lhes a ilegitimidade” (BRASIL, 2002, p. 1).

responsabilidade, fixando que a mera existência de grupo econômico, por si só, não seria elemento passível de consideração para a permissão ¹⁴da desconsideração.

Afirma-se, a partir desse entendimento, que a constituição de grupos econômicos levou à percepção de que a personificação das sociedades empresárias não poderia ser absoluta, ao passo que necessária a imposição de exceções, principalmente na seara do instituto da desconsideração, requerendo, assim, uma relativização desta personificação, a fim de que fosse possível a aplicação da desconsideração (CLÁPIS, 2006, p. 175).

Sob esse prisma, é importante observar que a mera existência de empresas vinculadas a um mesmo grupo econômico não é suficiente para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica. É necessário que haja abuso da figura jurídica da pessoa jurídica, que justifique a não separação das sociedades que compõem o grupo econômico.

Noção divergente possui, por exemplo, a jurisprudência dos tribunais franceses, onde a parametrização para a instituição da desconsideração da personalidade jurídica por confusão patrimonial se dá diante de utilização de mesmo número de telefone, sede e outros elementos caracterizantes, entre as empresas controladas e controladora.

Todavia, tais parâmetros não devem utilizados dentro do ordenamento jurídico brasileiro para identificação dos pressupostos concessores da desconsideração, haja vista que a unidade econômica se constitui como elemento próprio de um grupo econômico de empresas, não podendo ser elencada tal característica nuclear como um fato determinante para a aplicação da desconsideração (CLÁPIS, 2006, p. 178).

Ao trazer tal lógica para o contexto administrativo, surge a premissa de que uma empresa, inserida em um grupo econômico, não deveria ser responsabilizada ou afetada pelos efeitos da desconsideração, simplesmente por estar associada a outra empresa dentro desse grupo que sofreu sanções administrativas devido a uma infração cometida.

Dessa forma, seria necessário na instauração de um incidente de desconsideração, a presença não só dos requisitos de desvio de finalidade e confusão patrimonial, como também a uma singularidade na aplicação da medida, para que esta atingisse apenas as empresas que efetivamente foram beneficiadas direta ou indiretamente com o ato ilícito.

¹⁴ “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)” (BRASIL, 2002, p. 1).

Essa interpretação, de acordo com a legislação em questão, é aplicável exclusivamente às empresas que fazem parte de um grupo econômico e que efetivamente foram beneficiadas direta ou indiretamente por condutas abusivas (SOUZA, 2020, p. 57). Portanto, as demais empresas pertencentes ao grupo não serão afetadas pelos efeitos da desconsideração, o que proporciona maior segurança as empresas que não participaram da conduta ilícita.

Entretanto, por mais que essa lógica possa ser aplicada para o âmbito administrativo, a problemática é que o legislador não dispôs sobre tal possibilidade, deixando, nesse sentido, certa lacuna interpretativa, bem como atribui novamente uma postura discricionária na aplicação do art. 160 da Nova Lei de Licitações.

No entanto, embora a autonomia jurídica seja preservada nesse tipo de relação empresarial, observa-se que, frequentemente, os efeitos da personificação não são plenamente aplicados, prevalecendo assim o interesse coletivo sobre a sociedade participante. Isso pode resultar na subjugação da vontade singular da comunidade em relação à vontade da organização, potencialmente comprometendo a expressão da sua identidade social (CLÁPIS, 2006, p. 175).

Esse cenário levanta uma cautela em relação à utilização dessa autonomia, questionando se a aplicação da desconsideração ocorreria nesses casos, sob um caráter excepcional, considerando-se a possibilidade de questionar até que ponto a personalidade jurídica é respeitada nessas relações.

Nesse contexto, é importante notar que tanto em situações que envolvem a composição dos sócios majoritários ou minoritários quanto quando se discute grupos econômicos e os limites da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, é crucial ter cautela não apenas dobrada, mas também cuidar da narrativa em torno dessa possibilidade. Isso se deve ao fato de que a ausência de regras e diretrizes definidas pela legislação abre um amplo leque de interpretações sobre como essa responsabilização será atribuída.

Assim, no âmbito de aplicação das sanções administrativas e sua extensão aos sócios e administradores ou empresas sucessoras, firma-se na doutrina uma discussão a respeito de como a aplicação da possibilidade prevista pelo legislador no art. 160 da Lei nº 14.133/2021 deve ser aplicada e quais seus parâmetros.

Diante disso, surge uma problemática específica no campo doutrinário quanto à possibilidade de os administradores estarem utilizando critérios subjetivos na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, devido à falta de regulamentação no sistema administrativo. Essa premissa será abordada no próximo capítulo para discussão.

4.2 A POSSÍVEL EXTENSÃO SUBJETIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A inserção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pela Lei nº 14.133/2021 demonstrou-se como um importante marco em relação a aplicação de sanções administrativas dentro do processo licitatório. Nesse sentido, a Nova Lei de Licitações, em seu art. 160, buscou prever tal possibilidade, baseada pela Lei Anticorrupção e decisões do Tribunal de Contas de União, que, à época, buscavam a recepção do instituto dentro da seara administrativa.

Isso porque, por mais que possível a recepção da desconsideração dentro do cenário público, a sua aplicação comumente voltava-se ao direito privado, sendo prevista pelo Código Civil e Código de Defesa do Consumidor.

Conforme já elucidado no presente trabalho, a Lei Anticorrupção teve grande peso na aplicação do instituto dentro da Lei de Licitações, prevendo, em seu art. 14, a desconsideração da personalidade jurídica. Diferentemente do que na Lei nº 14.133/2021, a Lei Anticorrupção, contudo, previa a desconsideração principalmente nos casos de obrigações de natureza pecuniária¹⁵, como a multa e reparação de dano, estipulando um caráter excepcional, na extensão das demais sanções (DANIEL; GUZZO, 2021).

Entretanto, esse fato não ocorre na Lei nº 14.133/2021, ao passo em que o art. 160 fixa um caráter geral na extensão das sanções em relação aos sócios e administradores da empresa infratora, bem como das empresas sucessoras, integrantes de um grupo econômico.

Nesse sentido, essa ampliação legislativa possibilitou um maior leque de circunstâncias onde a desconsideração poderia ser autorizada, quando verificados apenas os pressupostos de confusão patrimonial e desvio de finalidade, ou seja, permitindo não só a extensão de responsabilidade na aplicação de sanções de caráter pecuniário.

Além disso, a Nova Lei de Licitações buscou uma atualização em relação à Lei nº 8.666/1993, no que tange às sanções e infrações dentro do procedimento licitatório, bem como novos regramentos para o seguimento dos certames.

¹⁵ “Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.” (BRASIL, 2013, p. 1).

Todavia, não obstante as claras inovações que a nova legislação trouxe em seu arcabouço normativo, apresenta-se inegável o fato de que a referida Lei apresenta grande lacuna legislativa em relação a diversos quesitos regulatórios dentro do processo licitatório, dentre eles, o com maior destaque tratado neste trabalho: a aplicação das sanções administrativas.

Tal lacuna legislativa representa-se ainda maior quando observada a tentativa de perfectibilização do instituto da desconsideração pelo art. 160, que apesar de ser elemento imprescindível, carece do necessário detalhamento requerido na aplicação da norma.

Assim, parte da doutrina entende que essa novidade trazida pelo artigo mencionado ampliou exageradamente o rol de pessoas físicas e jurídicas que poderão ser afetadas na aplicação do instituto (DANIEL; GUZZO, 2021).

Como foi objeto tratado no tópico anterior deste capítulo, a desconsideração em face de sócios e administradores, bem como empresas sucessoras, possui o entendimento pela doutrina, no direito privado, de um caráter, além de excepcional, preventivo, buscando a extensão da responsabilidade em relação a estes, apenas nos casos em que tais figuras, contribuíram efetivamente na prática ilícita.

A partir disso, verifica-se que não há tal regramento previsto dentro das legislações administrativas, tampouco, dentro da doutrina, considerando o pouco tempo regulatório em relação ao instituto, visto sua recente recepção no âmbito administrativo.

Esse problema normativo acaba por fragilizar de certa forma o que se constitui uma das características principais dos contratos em geral, a segurança jurídica, fazendo com que o cenário se torne cada vez mais receoso em relação às contratações públicas, por medo de o contratado ver-se responsabilizado a partir de uma conduta que não cometeu.

É claro que a existência da desconsideração da personalidade jurídica possui diversos benefícios, tendo como objetivo principal, o desestímulo da má utilização da pessoa jurídica a partir da autonomia patrimonial concedida, ficando óbvio, também, que mais comumente, o uso da pessoa jurídica para praticar ilicitudes, se torna mais rotineiro.

Entretanto, não se pode negar que a carência de um regramento mais fechado e excepcional em relação ao instituto leva a uma possível aplicação demasiadamente discricionária, não atendendo aos próprios princípios que resguardam a teoria da desconsideração.

No caso de pessoas físicas que compõem a empresa sancionada, a extensão da responsabilização é discutida a partir do caráter de participação, bem como no caráter de contribuição para a ação delituosa. Isso porque, tende-se a partir da não flexibilização do instituto, a uma responsabilização inicial de sócios que não possuem grande participação de

quotas em relação a empresa, e que, porventura, não contribuíram para o cometimento da infração.

Ademais, pode-se concluir que, em regra, o controle diretivo da empresa, em relação aos atos que empresa irá cometer, partem sempre dos sócios ou administradores que possuem maior quota acionária da empresa, não fazendo-se lógico a responsabilização sem aferição de culpa de um sócio minoritário, que além de suportar os riscos inerentes ao próprio negócio, deve, com isso, também suportar o risco de responsabilização por ato que não cometeu.

Nos casos de empresas sucessoras integrantes de um grupo econômico, esse fato se repete, principalmente nos casos em que tratamos de pequenas empresas, com pouco poder de capital em relação ao grupo e que não tiveram relação com a atitude infratora cometida, estendendo-se uma responsabilidade, sem nexos causal e, muito menos, a partir de uma aferição casuística.

Porém, por mais que uma análise individual de cada caso se faça importante no âmbito geral de um procedimento jurisdicional, não se pode deixar à mercê do magistrado que irá analisar o pedido de desconsideração, uma discricionariedade na sua aplicação.

Assim, questiona-se se a extensão da desconsideração na Nova Lei de Licitações seria subjetiva, considerando a falta de regramentos concretos e limites de até onde poderiam ser responsabilizadas pessoas e empresas que não fizeram parte do ato sancionado.

É reconhecido que o art. 160 possui em sua parte final a viabilidade de conceder autorização para a desconsideração da personalidade jurídica, mediante estrita observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Tal disposição prevê a realização de um processo legal devidamente antecedido pela apresentação de argumentos em defesa, garantindo assim a justa aplicação da desconsideração (DANIEL; GUZZO, 2021).

Entretanto, por mais que resguardado tal direito aos indivíduos e empresas, objeto de uma possível desconsideração da personalidade jurídica, a amplitude normativa oferecida pelo dispositivo legal tem suscitado preocupações e críticas, gerando uma incerteza jurídica em como se dará a sua aplicação, fato que se destaca mais ainda pela falta de jurisprudências e posicionamentos doutrinários sobre a matéria.

Por mais que indiscutíveis os benefícios tanto da promulgação da Lei nº 14.133/2021, bem como da disposição trazida em seu art. 160, não se pode negar que, atualmente, a aplicação do instituto da desconsideração apresenta-se com um caráter subjetivo, na medida em que ausentes limites e regras para estipular uma justa utilização da desconsideração.

Ademais, deve-se lembrar que a teoria da desconsideração possui como objetivo primordial a prevenção de abusos e injustiças na utilização da pessoa jurídica, constituindo-se, para tanto, prática excepcional.

Assim, a fixação da desconsideração como regra e não exceção, não se faz razoável, tampouco justa, entendendo-se que decisões nesse sentido, seriam abusivas, pois desrespeitariam os princípios da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de ordem jurídica, bem como o direito à livre iniciativa de pessoas físicas e empresas que nada contribuíram para o ato ilícito (DANIEL; GUZZO, 2021).

Nesse sentido, por mais que formalmente o art. 160 tenha resolvido a problemática de aplicação do instituto, materialmente, o efeito prático é o mesmo de antes de sua criação, visto que, em termos reais, visualizam-se vários dos mesmos problemas encontrados na época da Lei nº 8.666/1993, ou seja, restando na prática, um risco de extensão subjetiva da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica a sócios ou administradores e empresas sucessoras.

Tal obstáculo, contudo, não se constitui como um problema irresolúvel, ao passo que dependerá do arcabouço doutrinário e de jurisprudências, para que tal lacuna normativa seja preenchida e, assim, delimite com maior precisão tal risco de subjetividade.

CONCLUSÃO

A presente monografia teve como objetivo central a análise da inserção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica dentro da Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), e a possível subjetividade na extensão das sanções administrativas aos sócios e administradores, bem como empresas sucessoras de um grupo econômico.

A partir disso, objetivou-se um estudo aprofundado sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, a partir de sua criação no ordenamento jurídico e aplicação dentro do sistema normativo brasileiro, tal como das teorias que permeiam a desconsideração.

Nesse sentido, a compreensão da desconsideração como opção excepcional e condicionada ao cumprimento dos requisitos de confusão patrimonial e desvio de finalidade são elementos de extrema importância para a discussão da aplicação do instituto pela Nova Lei de Licitações, ao passo em que o *locus* do presente trabalho permeia justamente a questão de se esse caráter excepcional estaria sendo aplicado também dentro do âmbito administrativo.

Isso porque, a recepção da desconsideração no ordenamento jurídico brasileiro se deu inicialmente pela legislação civilista e consumerista, visando regular relações privadas onde verificado o mau uso da pessoa jurídica.

Assim, atualmente, a regra geral para que uma desconsideração seja autorizada pelo judiciário, se baseia em regra, às regras do artigo 50 do Código Civil, que condiciona a instituição da desconsideração apenas nos casos de confusão patrimonial e desvio de finalidade.

Na seara administrativa, entretanto, o instituto por muito tempo careceu de previsão normativa, sendo inicialmente aplicado por um viés jurisprudencial pelo Tribunal de Contas da União, que fixava a instauração do incidente de desconsideração em relação a sócios e administradores, assim como empresas sucessoras de um grupo econômico, dentro do regime licitatório.

Todavia, a aplicação dentro do âmbito do Tribunal de Contas da União trazia consigo diversos problemas, dentre eles, o principal relacionado à um possível descumprimento ao princípio da legalidade, considerando a falta de previsão normativa que autorizasse a desconsideração.

Fundamentada nisso, a Lei nº 12.846/2013, em seu artigo 14, buscou resolver essa dificuldade, permitindo a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica a partir da instauração de um processo administrativo.

Contudo, mesmo que prevista dentro da Lei Anticorrupção a possibilidade de fixação da desconsideração dentro da seara administrativa, permanecia a lacuna em relação aos casos envolvendo procedimentos licitatórios.

Não obstante a previsão normativa pela legislação citada e pelo Tribunal de Contas da União, o problema referente a falta clareza das regras e a ausência de definições precisas no sistema jurídico permanecia, somada à inexistência de previsão desse instituto na Lei nº 8.666/1993, causando uma insegurança jurídica no tocante a efetiva aplicação da desconsideração.

Com o objetivo de solucionar essas lacunas e estabelecer a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo das licitações públicas, a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 160, procurou abordar essa hipótese.

O artigo 160 em seu texto permite, portanto, a extensão das sanções administrativas à sócios e administradores da empresa sancionada, assim como empresas sucessoras de um grupo econômico, quando visualizada a utilização da personalidade jurídica com abuso de direito para prática de atos ilícitos ou havendo confusão patrimonial. A questão central, objeto da monografia, é justamente os limites da extensão que o artigo 160 descreve e as possíveis consequências decorrentes de sua lacuna normativa.

A lacuna legislativa em relação aos limites e regramentos pelo artigo mencionado condiciona ao questionamento e problemática de se a ampliação do rol de pessoas físicas e empresas sucessoras não estaria se constituindo de forma exagerada e injusta, ao estender eventuais responsabilidades à sócios e administradores, bem como empresas sucessoras de um grupo econômico, que não tiveram participação no ato que culminou a infração administrativa aplicada.

No caso de sócios e administradores, discute-se os limites da extensão da responsabilidade da empresa sancionada e a possível aplicação injusta do artigo mencionado, principalmente nos casos de sócios minoritários e sócios que não contribuíram para a prática do ato ilícito.

Isso porque, por mais que parte da doutrina tenha solidificado, desde o surgimento da teoria da desconsideração, o entendimento de que a desconsideração deveria ser estendida apenas às pessoas físicas que participaram de fato do ato delituoso, tal entendimento não é algo fixado pela legislação, deixando à mercê do administrador que irá aplicar a sanção administrativa, quais os limites e critérios para a aplicação do artigo 160.

Esse fato se repete no caso de empresas sucessoras, que por muitas vezes, possuem participação ínfima em relação ao grupo econômico, não possuem capital relevante em relação a este e, principalmente, também não participaram da prática do ato ilícito.

Verifica-se a partir desses dois casos, que a extensão das sanções administrativa se apresenta com extrema subjetividade ainda no âmbito da Lei nº 14.133/2021, haja vista a inexistência de limites e regramentos de quais os casos permissivos da aplicação da desconsideração e qual os pressupostos para que, por exemplo, um sócio possa vir a ser responsabilizado.

Conclui-se que, frente ao estudo aprofundado da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela Lei nº 14.133/2021, que essa questão normativa acaba minando, de certa maneira, um dos aspectos fundamentais dos contratos em geral, que é a garantia jurídica, gerando um ambiente cada vez mais inseguro em relação às transações públicas. Isso ocorre devido ao receio de que o contratado possa ser responsabilizado por uma conduta que não cometeu.

Assim, diante da falta de previsão normativa, carecemos no cenário atual da espera por posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que ditem os limites da desconsideração a partir do artigo 160, a fim de que tal subjetividade, seja ao menos, reduzida. Todavia, é necessário a compreensão de que apesar de o artigo 160 ter formalmente solucionado a questão da aplicação do instituto, na prática, o resultado é essencialmente o mesmo do período anterior à sua criação, visto que ainda existente o risco real de ampliação subjetiva da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica a sócios, administradores e empresas sucessoras.

REFERÊNCIAS

ABREU, Eliane Regis de. **O processo de sanção administrativa como instrumento de preservação do interesse público na relação entre a Administração Pública e as empresas licitantes: uma análise prática da aplicação da Lei nº. 8.666/1993 e da Lei nº. 10.520/2002.** Brasília, 2015.

ALVES, Felipe Dalenogare. O risco da advertência "milica" na nova lei de Licitações e Contratos. **Migalhas**, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/345768/o-risco-da-advertencia-milica-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos>. Acesso em: 17 jun. 2023.

ALVES, Jonathan Julião. **A Decretação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Âmbito dos Tribunais de Contas.** Graduação (Bacharel em Direito) - a Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27327/1/2013_tcc_jjalves.pdf. Acesso em: 17 jun. 2023.

BRASIL **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm. Acesso em: 17 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20do%20consumidor%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.&text=Art.,48%20de%20suas%20Disposi%C3%A7%C3%B5es%20Transit%C3%B3rias. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm. Acesso em: 17 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 17 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 16 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário Em Ms Nº 15.166 - Ba (2002/0094265-7).** 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. Recorrente: G e G Móveis Máquinas E Equipamentos LTDA. Recorrido: Estado da Bahia Procurador: Bruno Espineira Lemos. Brasília, 07 de agosto de 2003. Disponível: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200942657&dt_publicacao=08/09/2003. Acesso em: 17 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 17 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 17 jun. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O fato do príncipe nos contratos administrativos. *In: Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça*, Rio de Janeiro, n. 23, p.73-79, jan./jun. 1986. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2320104/Jose_Dos_Santos_Carvalho_Filho.pdf. Acesso em: 17 jun. 2023.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 2: direito de empresa. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CLÁPIS, Flávia Maria de Moraes Geraigire. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 2006. Mestrado (Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/7340/1/DIR%20-%20Flavia%20Maria%20de%20M%20G%20Clapis.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2023.

CUNHA, Alcides Alberta Munhoz da. **Consideração sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Fatos dos seus agentes**. Pós-graduação (Direito do Setor de Ciências Jurídicas). Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/8919/6228>. Acesso em: 16 jun. 2023.

Diniz, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol.1, 29. Edição. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 1, 32. ed. Saraiva, 2016.

DUTRA DIAS, Lidiane. Projeto da nova lei de licitações: uma análise dos principais avanços e críticas. **Revista Vertentes Do Direito**, 7(2), 50–80, 2020. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/2020.v7n2.p50-80>. Acesso em: 17 jun. 2023.

FILÓ, Maurício da Cunha; OSTETTO, Nouara Nunes; MAY, Yduan de Oliveira. A Aplicabilidade Da Desconsideração Administrativa Da Personalidade Jurídica Em Procedimentos Licitatórios. A Aplicabilidade Da Desconsideração Administrativa Da Personalidade Jurídica Em Procedimentos Licitatórios, **Revista Datavenia**, v. 8, p. 11, 20 dez. 2016. Disponível em: <https://scholar.archive.org/work/w47vh67anzgalaitsfg2jmym6i/access/wayback/http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/download/3694-11160-1/2107>. Acesso em: 25 maio 2023.

FLEURY, Felipe Blanco Garcia Guimarães. **As infrações e sanções administrativas aplicáveis a licitações e contratos (Leis 8.666/93, 10.520/02, 12.462/11 e Lei 12.846/13)**. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/7041/1/Felipe%20Blanco%20Garcia%20Guimaraes%20Fleury.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2023.

FRANÇA, RENATO DE LIMA. **Da Desconsideração da Personalidade Jurídica na Sede Administrativa**. 2013. Monografia (Especialista em Direito Civil e Processual Civil) - Instituto Savonitti Pós-Graduação Lato Sensu Em Direito Civil e Processual Civil Brasília, 2013. Disponível em: <https://11nk.dev/nU4Zw>. Acesso em: 16 jun. 2023.

FOGAÇA, Cristiano Padial; MORETI, Daniel; LIMA, Matheus Lira de. A lei da liberdade econômica, desconsideração da personalidade jurídica e a figura do grupo econômico: efeitos práticos. **Migalhas**, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322550/a-lei-da-liberdade-economica--desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-a-figura-do-grupo-economico--efeitos-praticos>. Acesso em: 17 jun. 2023.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**, Curitiba Juruá, 2004.

GUEDES, Francisco Augusto Zardo. Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos: Inovações da lei 14.133/21. **Migalhas**, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/346095/infracoes-e-sancoes-em-licitacoes-e-contratos-administrativos>. Acesso em: 17 jun. 2023.

DANIEL, Juliana; GUZZO, Monique. A nova Lei de Licitações e a desconsideração da personalidade jurídica. **Revista Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-16/opiniao-lei-licitacoes-personalidade-juridica>. Acesso em: 17 jun. 2023.

HELLMANN, Lucas. **Entenda a declaração de inidoneidade para licitações**. São Paulo: Schiefler Advocacia, 2022. Disponível em: <https://schiefler.adv.br/declaracao-de-inidoneidade/> Acesso em: 15 jun. 2023.

OLIVEIRA, Fernando Antônio Sodré de. **O Direito de Punir do Estado em Thomas Hobbes**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/9067/OLIVEIRA%2C%20FERNANDO%20ANTONIO%20SODRE%20DE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jun. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Guilherme Emerenciano Massa. **Os limites da extensão dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica: uma análise sob a ótica do sócio minoritário**. Recife, 2023.

LEWANDOVSKI, Tatiane. Inexecução do contrato administrativo. **Migalhas**, 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/32182/inexecucao-do-contrato-administrativo>. Acesso em: 17 jun. 2023.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I, 2ª Edição. Campinas: Bookseller, 2000.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de; SOUZA, André Pagani de; CASTRO, Daniel Penteadado de; MOLLICA, Rogerio. Requisitos impostos pelo Código Civil para a desconsideração da personalidade jurídica não mudaram com o CPC de 2015. **Migalhas**, maio, 2018. Disponível em: <https://encr.pw/TTDip>. Acesso em: 16 jun. 2023.

MEIRELES, André Basualdo. Sanções Administrativas nas Licitações Públicas. **Repositório Universitário da Ânima (RUNA)**. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/4036>. Acesso em: 17 jun. 2023.

MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio **Bandeira de**. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOSIMANN, Francisco Norival. **A desconsideração da personalidade jurídica em face da subcapitalização societária**. 2018. Graduação (Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://encr.pw/DmEmp>. Acesso em: 16 jun., 2023.

MOREIRA, Rogério de Meneses Fialho. A desconsideração administrativa da personalidade jurídica na Lei Anticorrupção. **Migalhas**, 2021. Disponível em:

https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/11/B46C514C1BC38F_UNIMAR-DESCONSIDPJ-LEIANTICORR.pdf. Acesso em: 17 jun. 2023.

MUSSALEM, Waleska Bertolini. Aspectos Materiais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. e Territ.**, Brasília, v. 23, p. 01-240, jan./dez./2004.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. 5. edição. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Sanções administrativas nas contratações públicas. *In*: TORRES, Ronny Charles L. de. **Licitações Públicas**: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Curitiba: Negócios Públicos, 2016. p. 104.

PUCETTI, Renata Fiori. **Infrações e sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos**. São Paulo. 2010.

RAMOS, Guilherme Werneck. **Análise Crítica aos Limites para a Desconsideração da Personalidade Jurídica Inversa**. Graduação (Direito). Universidade de Brasília Faculdade de Direito. Brasília, 2011. Disponível em: <https://11nq.com/pVnfw>. Acesso em: 16 jun. 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal De Contas Da União. **Acórdão nº 2.218/2011**, 1ª Câmara. Relator: Min. José Múcio Monteiro. Sessão Ordinária de 12/04/2011. Ementa: Pedido de reexame. Representação. Licitação. Edital. Cláusula impeditiva de participação de interessados suspensos por ente distinto da administração pública. Sanções aplicadas à pessoa jurídica. Alcance dos efeitos. Determinações. Interposição de recurso. Conhecimento. Negado provimento. Disponível: <https://encurtador.com.br/eLEXZ>. Acesso em: 17 jun. 2023.

SANTOS, Ivonildo Reis. Direito Civil: das Pessoas Jurídicas. **Jurídico Certo**, 2015. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/ivonildo-reis-santo/artigos/direito-civil-das-pessoas-juridicas-1682>. Acesso em: 16 jun. 2023.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Traité de droit romain**. Tome 1. Ed. Hachette Livre Bnf. 1855.

SCHIEFLER ADVOCACIA. **Licitações públicas e contratos administrativos**. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://schiefler.adv.br/>. Acesso em: 17 jun. 2023.

SCHÜTZ, Carlos Henrique. **Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Direito Positivo no Brasil**. 2018. Graduação (Direito). Faculdade Raízes. Anápolis (GO), 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1192/1/CARLOS%20HENRIQUE%20SCH%3%9CTZ.pdf>. Acesso em: 16 jun.2023.

SILVA, André Felipe Xavier da Silva. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito do processo administrativo**: A permissão legal de aplicação da teoria pela Lei 14.133/2021. 2021. Graduação (Direito). Florianópolis, 2021. Disponível em: <https://encr.pw/rfB9i>. Acesso em: 16 jun. 2023.

SILVA, Elaine Ramos da. Desconsideração da Personalidade Jurídica de Sociedades Comerciais: Uma Análise Comparativa dos Sistemas Brasileiro e Alemão. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. **Revista da Faculdade de Direito**. n. 22, p. 135–151, set., 2002. Disponível em: <file:///C:/Users/Bruno%20Andrade/Downloads/72639-Texto%20do%20artigo-301401-1-10-20170415.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2023.

SILVA, André Felipe Xavier da. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito do processo administrativo**: A permissão legal de aplicação da teoria pela Lei 14.133/2021. Florianópolis, 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **A visão do STJ sobre a teoria de imprevisão nas relações contratuais**. 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/26032023-A-visao-do-STJ-sobre-a-teoria-de-imprevisao-nas-relacoes-contratuais.aspx#:~:text=A%20teoria%20da%20imprevis%C3%A3o%20diz,a%20480%20do%20C%C3%B3digo%20Civil>. Acesso em: 17 jun. 2023.

SOUZA, Grégory Freitas de. **Aplicação do Instituto da Desconsideração da personalidade jurídica aos grupos econômicos à luz da Lei nº 13.874/2019**. Graduação (Bacharel em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina. Tubarão/SC, 2020. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/15461/1/TCC%20GREGORY%20final%20word%20RIUNI.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2023.

WALD, Arnold. **Direito Civil**: introdução e parte geral. 10. Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIEIRA, Vanderson Roberto. Infrações e Sanções Administrativas nas Licitações e Contratos Administrativos. **Revista Processus de Estudos de Gestão, jurídicos e Financeiros**, ano i, vol. i, n.1, jan./mar., 2010. Disponível em: <https://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/15/12>. Acesso em: 17 jun. 2023.

ZANITELLI, Leandro Martins. “Abuso da pessoa jurídica e desconsideração”. In: Martins-Costa, J. (org.). **A reconstrução do Direito privado. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 248, 2002,