Doutrina

LICITAÇÃO - 03 | 19 | JUN | 2011

Título: **A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM FACE DE IMPEDIMENTOS PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÕES E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LIMITES JURISPRUDENCIAIS**

Autor: **Jessé Torres Pereira Júnior/ Marinês Restelatto Dotti**

Por: Jessé Torres Pereira Junior

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Autor, entre outras, das obras Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública (8ª. ed.); Controle judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável (2. ed.); e Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas, em coautoria com Marinês Restelatto Dotti.

Marinês Restelatto Dotti

Advogada da União, Especialista em Direito do Estado e Direito e Economia pela UFRGS.

Sumário: 1. Introdução. 2. Hipóteses de impedimentos de participar de licitações e de contratar com o estado. 2.1 Impedimento decorrente de conflito de interesses. 2.1.1 Parente de servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou do responsável pela licitação. 2.1.2 Enteado de dirigente competente para a autorização e homologação da licitação. 2.2 Impedimento por efeito de sanção administrativa. 2.3 Cadastro único de fornecedores proibidos de participar de licitações e de celebrar contratos administrativos. 3. A desconsideração da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*). 3.1 Origem. 3.2 Aplicabilidade. 3.3 Positivação no ordenamento jurídico. 3.3.1 Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Código Tributário Nacional. 3.3.2 Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Consolidação das Leis Trabalhistas. 3.4 Desconsideração da personalidade jurídica em julgados do Supremo Tribunal Federal. 3.5 Desconsideração da personalidade jurídica em julgados do Tribunal de Contas da União. 3.6 Requisitos que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica. 4. Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações e contratações administrativas. 4.1 Extensão, por ato administrativo, do impedimento de participar de licitação e de contratar com o poder público à sociedade constituída com o propósito de fraudá-lo. 5. Conclusão.

1. Introdução

A experiência da gestão pública conhece o expediente de constituir-se uma sociedade empresarial nova, com o propósito de contornar a incidência de normas definidoras de hipóteses que proíbem a participação de pessoas físicas ou jurídicas em licitações e contratações com a Administração Pública, seja em razão de vínculos indutores de impedimentos legais ou por efeito de penalidades aplicadas a sociedades anteriores.

A só previsão legal do impedimento ou do efeito da penalidade não tem bastado para dissuadir os impedidos ou os punidos de, mediante tal expediente da constituição de sociedade diversa, intentar, não raro logrando êxito, participar de licitações ou de contratar obras, serviços ou compras com a

Administração Pública. Ao contrário, a existência do impedimento ou da penalidade parece estimular a fraude.

Decerto que à base desse expediente - ora tosco, ora refinado, em seus métodos de execução - está o princípio geral de direito segundo o qual a capacidade jurídica que se reconhece às sociedades empresárias regularmente constituídas, para assumir direitos e obrigações, decorre de personalidade própria, que não se confunde com a da pessoa física de seus sócios, seguindo-se que o patrimônio daquelas não responde por obrigações destes e vice-versa. Resulta que o impedimento ou o efeito da penalidade não alcançaria o impedido ou o punido se este passasse a participar de licitações ou contratações por meio de sociedade diversa daquela sujeita ao impedimento ou ao efeito da penalidade.

No direito privado, o abuso, perpetrado pela pessoa física dos sócios, consistente em empunhar como escudo a personalidade jurídica da sociedade, com o fim de livrarem-se de obrigações, gerou a chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que, a princípio em sede doutrinária e jurisprudencial, depois incorporada ao direito legislado, admite que o patrimônio de todos responda pelos encargos descumpridos. Assim é no direito brasileiro desde a década de 1970, quando foram dados os primeiros passos para a sua aplicação em casos concretos, sobretudo em relações de índole comercial. Daí a cogitação de importar-se para as relações de direito público a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A passagem da tese à prática encontrou inúmeros obstáculos, na evolução quase cinquentenária da aplicação da teoria no direito privado. A mesma tendência se observa na importação desta para a seara do direito público, que se vem intensificando nos últimos dez anos. Por isto que os tribunais, judiciais e de contas, vêm construindo, em suas decisões, as regras e condições sob as quais cabe desconsiderar a personalidade jurídica de sociedades empresárias que, nada obstante impedidas, participam de licitações e contratam com a Administração, dando azo a situações que, se não claramente ilegais, contravêm aos princípios da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, que tutelam a administração direta e indireta de todos os poderes de qualquer das esferas da federação, a teor do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

O presente estudo almeja descortinar esse processo evolutivo da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nas licitações e contratações da Administração Pública, destacando os limites com que a jurisprudência dos tribunais judiciais e de contas a vem balizando. Em seu atual estágio, admite-se a desconsideração, desde que preenchidos certos requisitos, que os gestores devem conhecer e respeitar, sob pena de, visando coibir a fraude, darem ensejo a excessos também prejudiciais ao interesse público.

2. Hipóteses de impedimentos de participar de licitações e de contratar com o estado

A Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Republicana de 1988, e institui normas gerais sobre licitações e contratos no âmbito dos órgãos da Administração direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelece proibições a que pessoas físicas ou jurídicas participem de licitações ou contratem com o estado.

Considerando-se que todo certame seletivo público traduz opção (política pública traçada pela CR/88, art. 37, incisos II e XXI) que democratiza o acesso aos cargos e empregos públicos (concurso) ou aos

contratos administrativos (licitação), na medida em que todos os candidatos ou concorrentes são admitidos à disputa, vencendo-a aqueles que, à vista de exigências editalícias isonômicas, comprovarem maior aptidão ou melhor proposta, todas as proibições à participação constituem exceções que hão de ser implementadas na conformidade dos princípios e normas que as definam.

Mas a antiga tese de que ditas exceções não comportam interpretações analógicas ou extensivas, como próprio de todo impedimento ou suspeição que incompatibiliza o agente público com o exercício de função exigente de isenção ou imparcialidade (cf. Humberto Theodoro Junior, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 202. Ed. Forense, 12ª edição, 1993), vem cedendo à compreensão de que, além das normas positivadas, também os princípios ministram os parâmetros necessários à configuração de hipóteses de impedimento. Ou seja, este permanece sendo, ontologicamente, exceção à regra geral da ampla participação em competições seletivas públicas (concursos e licitações) e na celebração de contratos administrativos, porém a configuração do impedimento à participação e à contratação pode emergir tanto da incidência de norma vedativa específica quanto de princípios reitores da função administrativa estatal, flexibilizando-se, destarte e em termos, o recurso hermenêutico à analogia e à extensão.

É que o instituto jurídico do impedimento tem por núcleo conceitual a isenção ou imparcialidade do sujeito, seja este agente público ou pessoa física ou jurídica que pretenda servir à administração pública mediante vínculo contratual. Se o sujeito tem comprometida a sua imparcialidade para bem desempenhar a função, deve ser impedido de fazê-lo. E o conceito de imparcialidade vem sendo depurado, em busca de maior sintonia com os princípios da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, notas dominantes do estado democrático de direito.

No campo do direito processual, em que se consolidaram vetustas hipóteses legais de impedimento ou suspeição do juiz e de outros auxiliares da prestação jurisdicional (Código de Processo Civil, artigos 134-138), já se verifica a evolução do conceito de imparcialidade, como faz ver Alexandre Freitas Câmara, *verbis*: "A imparcialidade que se espera do juiz é a que resulta da ausência de qualquer interesse pessoal do juiz na solução da demanda a ele apresentada. Não se pode admitir que um processo seja submetido a um juiz ligado a alguma das partes por laços de parentesco ou amizade (ou mesmo de inimizade), ou que tenha interesse, econômico, jurídico ou de outra ordem, na vitória de qualquer das partes. O juiz deve ser alguém estranho às partes, sob pena de se desobedecer ao princípio do juiz natural, que exige não só um órgão com competência constitucional preestabelecida, mas também um juiz imparcial, sob pena de se violar a garantia do processo justo" (*Lições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 49. Ed. Lumen Juris, 20ª edição, 2010).

Basta, no texto supra transcrito, que se leia "agente público" onde se lê "juiz" para que se alcance o teor de imparcialidade que deve nortear a condução dos procedimentos licitatórios e contratuais da Administração Pública, bem como as decisões que serão tomadas no curso de seus respectivos processos. De certo modo, as autoridades que presidem esses processos são os "juízes" administrativos - mais uma decorrência do princípio do "**julgamento** objetivo", regente de todos os certames seletivos públicos (Lei n° 8.666/93, artigos 3º, *caput*, 40, VII, e 45) - da aplicação de recursos públicos e da consecução dos interesses públicos que deve deles resultar, daí não se admitir que tenham qualquer interesse que não seja o público, a exigir-lhes isenção e imparcialidade em relação aos participantes, que, por evidente, são titulares de interesses privados. _

Para os fins deste estudo, importa conhecer-se, previamente, o casuísmo legal na definição das hipóteses que, ao se materializarem em situação concreta, produzem o efeito jurídico legítimo de impedir pessoa física ou jurídica de participar de licitação ou de contratar com a Administração

Pública.

Importa porque, como se verá, a possibilidade de desconsiderar-se a personalidade jurídica pressupõe, sempre, o seu uso abusivo, que se consumará, ou não, conforme se comprove que o sujeito sabia encontrar-se em situação de impedimento e ainda assim a desafiou, por meio do escuso expediente de manipular a personalidade de pessoa jurídica diversa, ou tergiversando sobre o sentido da norma ou dos princípios que o censuram.

2.1 Impedimento decorrente de conflito de interesses

A primeira categoria de hipóteses de impedimento de participar de licitações e de contratar com o estado tem sede no art. 9º da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

"*Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:*

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação."

Em tese, poder-se-ia anuir em que o autor do projeto guardaria isenção em sua elaboração, de modo a não lograr qualquer vantagem caso viesse a participar do procedimento licitatório a seguir instaurado para contratar a execução do projeto elaborado. Também o servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação, que detivesse informações privilegiadas sobre o seu regulamento, poderia resistir a fazer uso dessas informações com o fim de beneficiar-se. No entanto, é tão indissociável da natureza humana prevalecer-se dessa situação que a Lei nº 8.666/93 houve por bem de evitar a mera possibilidade de que isso ocorresse. O conflito de interesses é evidente: o da Administração está em manter sob reserva aquelas informações, rente ao disposto no art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.666/93 ("A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, **salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura**" - o grifo não consta do original); o do autor do projeto ou o do servidor

ciente do regulamento antes de sua publicidade oficial estaria em tirar o maior proveito pessoal de seu conhecimento. É a possibilidade do conflito entre o público e o privado que alicerça o impedimento.

2.1.1 Parente de servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou do responsável pela licitação

O art. 9º da Lei nº 8.666/93 não estendeu a proibição a parente do servidor ou dirigente do órgão ou entidade pública ou do responsável pela licitação. Parente também pode ser tecnicamente habilitado ao desempenho, a contento, da função pública ou da execução do objeto contratual. Todavia, a contratação de parente confronta com os princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia, contendo elevada probabilidade de resultar em privilégios e favorecimentos, o que justifica vedá-la. Se permitida, importaria em ato sobre o qual penderia sempre a suspeita de motivação espúria, independentemente da aptidão e idoneidade do parente. Por isto que a contratação de parente do servidor ou dirigente do órgão ou entidade pública que promove a licitação ou efetiva a contratação direta, ou de parente do responsável por esses dois procedimentos, viola os princípios da isonomia e da impessoalidade.

Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 579.951-4, rel. Min. Ayres Brito. A Corte Constitucional vedou a prática do chamado nepotismo nos três Poderes da República, expressando que não era necessária a edição de lei formal para coibir a prática do nepotismo, já que tal medida ampara-se diretamente nos princípios inscritos no art. 37 da Constituição Republicana de 1988.

Colhe-se do respectivo aresto:

"De fato, embora existam diversos atos normativos no plano federal que vedam o nepotismo, inclusive no âmbito desta Corte, tal não significa que apenas leis em sentido formal ou outros diplomas regulamentares sejam aptos a coibir a nefasta e anti-republicana prática do nepotismo. É que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e positivamente vinculantes, como ensina Gomes Canotilho.

A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma consequência jurídica, de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram. Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente se necessário.

Por oportuna, relembro aqui a conhecida e sempre atual lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual (...) violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É ainda a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda estrutura nelas esforçada.

Ora, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios abrigados no *caput* do art. 37 da Constituição, não há como deixar de concluir que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa reprovável conduta. Para o expurgo de tal prática, que lamentavelmente resiste incólume em alguns bolsões de atraso institucional que ainda existem no País, basta contrastar as circunstâncias de cada caso concreto com o que se contém no referido dispositivo constitucional".

2.1.2 Enteado de dirigente competente para a autorização e homologação da licitação

No julgamento de representação contra possíveis irregularidades em licitação conduzida por órgão da Administração Pública federal, o Plenário do Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 2.105/2008, assinou prazo ao órgão para anular o certame, e, em consequência, o contrato dele decorrente, bem como realizar a audiência do ex-dirigente, em razão de "*participar indiretamente da licitação referente ao edital da Concorrência nº 350/2006, por meio de seu enteado, [...] sócio da sociedade empresária [...], integrante do consórcio vencedor da licitação, em descumprimento ao disposto no art. 9º, inciso III, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 [...];*".

A linha de defesa do responsável objetou: (a) "*não se aplicam as hipóteses exaustivas de proibição de celebração de contratos administrativos, previstas no art. 9º da Lei nº 8.666/1993, à contratação de parente de servidor de entidade contratante*"; (b) "*não há lacuna no rol de proibições do art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 e do art. 18, inciso II, da Lei nº 9.784/1999, que possa ser preenchida pela aplicação dos princípios gerais do direito e da analogia, conforme Lei de Introdução ao Código Civil, sob pena de usurpar a vontade do legislador ordinário*".

O voto do relator redarguiu que a interpretação sistemática e analógica do art. 9º, III, §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.666/93 legitima elastecer-se a hipótese de vedação da participação indireta de servidor ou dirigente de órgão e entidade com o prestador dos serviços, sem que tal exegese desvirtue a finalidade da norma legal, qual seja a da preservação dos princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da isonomia.

Para o relator, o fato de a lei considerar participação indireta a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos de obras e bens, incluindo-se, nessa proibição, os membros da comissão de licitação - e do pregoeiro, na modalidade licitatória do pregão, por evidente simetria -, "*não exclui a possibilidade de referida vedação ser estendida, por aplicação analógica, ao dirigente que autoriza e homologa o certame licitatório*". De acordo com o relator, "*não é lícito ao juiz deixar de aplicar o direito sob o argumento do non liquet - inexistência de norma legal expressa e específica*", isso porque a própria Lei de Introdução ao Código Civil o autoriza a integrar a norma legal, de maneira a dar-lhe completude e solucionar a lide.

Ainda conforme o relator, a desobediência às vedações albergadas no art. 9º da Lei nº 8.666/93 "*tem natureza eminentemente de ilícito formal, vale dizer, independe da concretização de dano de direcionamento ou de favorecimento indevido à contratada, ao contrário do que pretende fazer crer o então dirigente do [...]*".

Entendeu a Corte de Contas da União que a autoridade responsável pela autorização e homologação da licitação, no caso concreto, tinha o poder de influir em questões técnicas que pudessem favorecer o consórcio do qual participava a empresa do seu enteado, e também de interferir na condução e fiscalização do contrato resultante da licitação, vale dizer, faltava-lhe a indispensável isenção, "*o que*

já seria suficiente para caracterizar seu impedimento". O Plenário, nos termos do voto do relator, decidiu rejeitar as razões de justificativa da referida autoridade, para ao final aplicar-lhe multa (Acórdão nº 1893/2010, Plenário, Processo nº 020.787/2007-5, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues).

2.2 Impedimento por efeito de sanção administrativa

O impedimento[1] de participar de licitação e contratar com o estado, por efeito de sanção aplicada, encontra previsão na legislação que se arrola a seguir. Tratando-se de efeito de penalidade administrativa - somente imponível ao cabo de processo regular, vale dizer, com as garantias da ampla defesa e do contraditório -, o impedimento, aqui considerado, é que dá efetividade à sanção. Sem o efeito do impedimento, a só imposição da penalidade constituiria censura moral, sem repercussão material relevante. De efeito, de nada valeria declarar-se alguém inidôneo sem o consequente impedimento de, por isto mesmo, continuar a participar de licitações e de contratar com a Administração.

O impedimento por efeito de penalidade administrativa conta com expressa previsão em nada menos do que sete leis específicas.

Na Lei n° 8.666/93, que institui normas gerais sobre licitações e contratos administrativos:

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

(...)

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

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

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados."

Na Lei n° 10.520/02, que instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a modalidade licitatória do pregão, para aquisição de bens e serviços comuns:

"*Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato,*

deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no SICAF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4° desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais."

Na Lei n° 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União)[3]:

"*Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal*".

Na Lei n° 8.884/94, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia:

"*Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: (...) II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;*"

Na Lei nº 10.683/03, que define a competência da Controladoria-Geral da União:

"*Art. 18. (...) § 1º À Controladoria-Geral da União, por seu titular, sempre que constatar omissão da autoridade competente, cumpre requisitar a instauração de sindicância, procedimentos e processos administrativos outros, e avocar aqueles já em curso em órgão ou entidade da Administração Pública Federal, para corrigir-lhes o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível.*"

Na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa):

"*Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:*

I - na hipótese do art. 9°, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário,

pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos."

Art. 12.

Na Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas sobre eleições:

"*Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.*

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição.

§ 2º A doação de quantia acima do limite fixado neste artigo sujeita a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica que ultrapassar o limite fixado no § 1º estará sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa."

Na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente:

"*Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º: [...]*

XI - restritiva de direitos. [...]

§ 8º As sanções restritivas de direito são: [...]

V - proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos."

2.3 Cadastro único de fornecedores proibidos de participar de licitação e de celebrar contratos administrativos

A implantação de um cadastro único de fornecedores proibidos de licitar e contratar com o estado é importante ferramenta a ser posta à disposição do gestor público, com o fim de viabilizar o intercâmbio de informações entre os distintos cadastros existentes no âmbito dos diversos órgãos e entidades da Administração Pública.

O Tribunal de Contas da União realizou auditoria na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com o objetivo de conhecer o conjunto de sistemas informatizados que compõem ou subsidiam o portal www.comprasnet.gov.br, no qual são realizados os pregões eletrônicos dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG). Um dos seus módulos é o Sistema de Cadastramento Unificado de

Fornecedores - SICAF. Ao apreciar o relatório produzido pela equipe de auditoria, o voto do Relator destacou que o SICAF "*não contempla o registro de ocorrências, a exemplo das impeditivas de contratar, de órgãos ou entidades não integrantes do Sisg e que optaram por ter cadastro próprio, nos termos da Lei nº 8.666/93, art. 34, § 2º. O fato possibilita a contratação de pessoa impedida de licitar e contratar com a Administração Pública, a exemplo das sanções previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93*". Em razão disso, o relator propôs e o Plenário determinou à Secretaria auditada que:

"9.2.9. de forma a possibilitar o intercâmbio de informações de ocorrências de licitantes entre os distintos cadastros de fornecedores, notadamente as impeditivas de licitar e contratar, implemente procedimentos de envio remoto, por exemplo, utilizando *web services*;

9.3. recomendar à Casa Civil da Presidência da República que promova ações com vistas a propor projeto legislativo com o objetivo de tornar efetivas as sanções suspensivas e de declaração de inidoneidade a fornecedores previstas na legislação, tendo em vista a falta de obrigatoriedade de alimentação de um cadastro único de sancionados pelos diversos órgãos e entidades das esferas administrativas;

9.4. comunicar à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que as sanções a fornecedores definidas na Lei nº 8.666/93, art. 84, inciso IV, e na Lei nº 10.520/2002, art. 7º, podem não ser efetivas, devido à ausência da obrigatoriedade de alimentação de cadastro único de ocorrências de fornecedores pelos diversos órgãos e entidades das esferas administrativas;" - Acórdão nº 1647/2010, Plenário, Processo TC-012.538/2009-1, rel. Min. Benjamin Zymler.

Fácil perceber a utilidade que teria tal cadastro único de fornecedores penalizados e, por conseguinte, impedidos de participar de licitações e de contratar com a Administração. Não apenas para garantir a efetividade da medida, como, também, para subsidiar o exame da pertinência da desconsideração da personalidade jurídica em casos concretos, como a seguir se verá.

Também daria passo inicial para distinguir, por contraste indiciário, os quadros societários em que estariam os mesmos sócios de pessoas jurídicas anteriormente impedidas de licitar e de contratar com a Administração Pública, daqueles em que figurariam terceiros, a encobrir os antigos sócios impedidos, ou seja, o que o jargão popular batizou de "laranjas" (pessoas que aparecem como sócias de direito, sem o serem de fato, nem terem ciência dessa situação, muito menos formação e meios para assumirem os respectivos encargos).

3. A desconsideração da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*)

3.1 Origem

Suzy Elizabeth Cavalcante Koury[4] leciona sobre a origem da *Disregard Doctrine*:

"A partir do século XX foi-se tornando cada vez maior a preocupação da doutrina e da jurisprudência com a utilização da pessoa jurídica para fins diversos daqueles tipicamente considerados pelos legisladores, razão pela qual passaram a buscar meios idôneos para reprimi-la.

Dentre esses meios, VERRUCOLI recorda a chamada teoria da soberania, elaborada pelo alemão HAUSMANN e desenvolvida na Itália por MOSSA, que, segundo ele, constitui um precedente da *Disregard Doctrine.*

De fato, a teoria da soberania, da mesma forma que a *Disregard,* não se baseava em nenhuma norma expressa nos ordenamentos em que foi criada e desenvolvida, consistindo, na verdade, em uma afirmação de princípios considerados de maior importância histórica.

Essa teoria visava a imputar ao controlador de uma sociedade de capitais as obrigações assumidas pela sociedade controlada e por ela não satisfeitas, relevando-se, assim, a substância das relações em detrimento da sua estrutura formal. Em que pese o grande avanço por ela representado, tal teoria não alcançou grande repercussão no plano prático.

Mas foi no âmbito da *common law*, principalmente a norte americana, que se desenvolveu, inicialmente na jurisprudência, a desconsideração da personalidade jurídica.

Com efeito, no ano de 1809, no caso *Bank of United States v. Deveaux*, o juiz Marshall, com a intenção de preservar a jurisdição das cortes federais sobre as *corporations*, já que a Constituição Federal americana, no seu art. 3º, seção 2ª, limita tal jurisdição às controvérsias entre cidadãos de diferentes estados, conheceu da causa.

Como bem assinala WORMSER, não cabe aqui discutir a decisão em si, a qual foi, na verdade, repudiada por toda a doutrina, e sim ressalvar o fato de que já em 1809 …as cortes levantaram o véu e consideraram as características dos sócios individuais.

Aproveitamos a referência a essa decisão, a mais antiga por nós conhecida, para desfazer duas inverdades acerca do famoso caso inglês *Salomon v. Salomon & Co*.

A primeira delas diz respeito à sua qualificação como o verdadeiro e próprio *leading case da Disregard Doctrine* por vários autores. Na realidade, o caso em questão foi julgado em 1897, portanto, oitenta e oito anos após a primeira manifestação da jurisprudência americana, só sendo possível, assim, considerá-lo como *leading case* no Direito inglês.

Além disso, apesar de o juiz de 1º grau e da Corte de Apelação terem desconsiderado a personalidade jurídica da companhia criada por Salomon, juntamente com 6 (seis) pessoas da sua família, reputando-a como uma extensão da atividade pessoal dele, uma verdadeira *agent* ou *trustee* de Salomon, que continuava sendo o verdadeiro proprietário do estabelecimento que falsamente transferira à sociedade, a decisão foi reformada pela *House of Lords*, sob a alegação de que a companhia havia sido validamente constituída e que Salomon era seu credor privilegiado por ter-lhe vendido o estabelecimento e recebido, por isso, obrigações garantidas por hipoteca.

VERRUCOLI destaca que a relevância atribuída a esse precedente teve, na verdade, uma influência bastante negativa sobre a possibilidade de desenvolvimento da *Disregard Doctrine* no Direito inglês, a ponto de o princípio da separação de subjetividades jurídicas e de responsabilidade patrimonial nele consagrado vir sendo rigorosamente aplicado desde então, salvo algumas exceções.

Portanto, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica vem-se desenvolvendo a partir do século XIX, havendo várias obras a seu respeito, ressaltando-se as de SERICK e VERRUCOLI, aqui constantemente citadas, algumas leis que a tomam por base e inúmeras decisões judiciais que a aplicam na prática.

Essa disseminação no seu uso faz com que ela seja conhecida por diferentes expressões. Assim é que, fala-se em *piercing the corporate veil, lifting the corporate veil, cracking open the corporate shell*, nos Direitos inglês e americano; *superamento della personalitá giuridica*, no Direito italiano;

Durchgriff der juristichen Person, no Direito Alemão; *teoria de la penetración ou desestimación de la personalidad,* no Direito argentino*; miseá l'écart de la personnalité morale,* no Direito francês."

3.2 Aplicabilidade

Tal como hoje consagrada, a desconsideração da personalidade jurídica é aplicável nos casos em que se desvia a pessoa jurídica de sua legítima finalidade, o que caracteriza abuso de direito, com o fim de lesar terceiros ou violar a lei, a configurar fraude. Abuso e fraude são, portanto, os requisitos da aplicação. À falta de qualquer deles, não se admite a desconsideração.

A legislação pátria afinal acolheu a teoria, tendo-a por acenável em hipóteses tais como as de falência, insolvência ou encerramento das atividades da sociedade empresária, se e quando de qualquer forma a personalidade jurídica desta for manejada como obstáculo ao ressarcimento de credores ou instrumento para a prática de ilicitude.

Tornou-se norma legal expressa a de que a personalidade jurídica de uma entidade empresarial, embora inconfundível com a pessoa de seus sócios, não pode ser por estes invocada com o fim de esquivarem-se de responsabilidades por ato praticado com abuso de poder, por meio de fraude ou para prejudicar terceiros em nome da sociedade.

Nos casos mais comuns, a desconsideração da personalidade jurídica é aplicada para afastar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e envolver o patrimônio particular dos sócios, de modo a que tal patrimônio particular responda pelas obrigações da sociedade. A desconsideração torna os sócios responsáveis, de forma solidária e ilimitada, desde que hajam praticado ato ilícito (civil ou penal), em abuso e fraude contra direito de terceiros, e usando a pessoa jurídica como barreira ou imunidade.

A jurisprudência das cortes judiciais[5] vem evoluindo no sentido de admitir, também, a chamada desconsideração inversa, que é a que imputa à sociedade responsabilidade por obrigações não cumpridas pelos sócios.

Seja na desconsideração propriamente dita ou na invertida, os tribunais tendem a dispensar ação autônoma para a aplicação da medida excepcional, mas assentam que somente nos casos de abuso de direito, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que será ela legítima e conforme ao direito.

3.3 Positivação no ordenamento jurídico

Prescindiria de positivação (inscrição no direito legislado mediante norma escrita) a aplicação da teoria da desconsideração, uma vez que ao estado-juiz compete verificar se o direito está sendo adequadamente realizado e aplicá-lo no caso concreto - direito subjetivo individual fundamental garantido pela CR/88, art. 5º, XXXV ("A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"). Nada obstante, o legislador houve por bem de albergar a teoria da desconsideração no ordenamento normativo brasileiro.

A iniciativa pioneira coube ao Código de Defesa do Consumidor, cujas regras foram copiadas e estendidas a relações outras que não as de consumo.

Eis o rol de leis cujas normas prevêem a desconsideração da personalidade jurídica, no atual direito positivo brasileiro:

Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor):

"*Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de 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. [...]*

§ 5° Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Lei nº 8.884/94 (denominada Lei Anti-truste), que trata da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica:

"*Art. 18 A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de 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.*"

Lei nº 9.605/98 (dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente):

"*Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.*"

Lei nº 10.406/02 (Código Civil Brasileiro):

"*Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.*"

3.3.1 Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Código Tributário Nacional

A desconsideração da personalidade jurídica não encontra previsão expressa na Lei nº 5.172/66 (CTN). É inegável, no entanto, a simetria de efeitos produzidos pela desconsideração com a responsabilização solidária dos sócios por atos em que intervieram ou por omissões de que foram responsáveis, no caso de liquidação de sociedade de pessoas, em face da impossibilidade de exigir-se do contribuinte o cumprimento da obrigação tributária principal.

Recorde-se o teor do art. 134 do CTN: "*Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: [...] VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.*"

A Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, acrescentou parágrafo único ao art. 116 do CTN, ensejando que a administração fiscal exercite a chamada interpretação econômica do fato gerador, para desconsiderar a forma jurídica de atos ou negócios praticados com fraude à lei e nítido

intuito de sonegação fiscal.

Eis a vigente redação do art. 116, parágrafo único, do CTN: "*A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.*"

Assim, se o contribuinte simula doação para fugir à incidência de alíquota superior do imposto de renda, de competência federal, permitindo, com tal simulação, a incidência do imposto estadual sobre doações, de alíquota reduzida, poderá a Receita Federal desconsiderar o negócio simulado, passando a tributar a situação com base em sua realidade econômica. Nessa situação, a Administração desconsidera uma forma jurídica (o contrato de doação) e passa a tributar o negócio jurídico simulado com base na realidade econômica subjacente (aquisição de renda), garantindo-se, por esse meio, a preservação do interesse público a que corresponde a correta incidência da exação tributária.

À administração fazendária sempre foi facultada, antes mesmo da vigência do parágrafo único do art. 116 do CTN, a possibilidade de desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte ou responsável tributário com o intuito de dissimular a ocorrência do fato gerador. O estado sempre dispôs de mecanismo eficaz de combate à evasão fiscal, na medida em que ao fisco, assegurado ao contribuinte ou responsável o exercício do contraditório e da ampla defesa em processo administrativo, se reconhecia o poder-dever de desconsiderar a forma jurídica de ato ou negócio praticado sob disfarce, na busca de sua realidade econômica. O art. 116, parágrafo único, do CTN veio tão só positivar antigo instrumento de administração tributária.

3.3.2 Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Consolidação das Leis Trabalhistas

Dispõe o artigo 2º, § 2º, da CLT:

"*Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.*"

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial[6], obtemperou que "A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - *disregard doctrine* -, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei nº 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas."

O mencionado dispositivo da CLT não veicula, em verdade, hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. Apenas excepciona a autonomia resultante da formação de grupos empresariais, determinando a solidariedade das várias empresas integrantes do grupo, sem cogitar de abuso ou fraude.

Segue-se não se cuidar, propriamente, de desconsideração da personalidade, que pressupõe abuso e fraude, mas de simples solidariedade: a uma, porque não se verifica a ocorrência de hipótese alguma que justifique sua aplicação; a duas, porque reconhece e afirma a existência de personalidades

distintas; a três, porque se trata de responsabilidade civil com responsabilização solidária das sociedades pertencentes ao mesmo grupo.

Tal norma trabalhista não se ocupa do uso da pessoa jurídica, almejando, apenas, como da índole desse sistema normativo especial, proteger o empregado, impondo, como garantia de seus direitos, a responsabilidade solidária dos diversos integrantes do grupo empresarial, independentemente de fraude ou abuso. Não se suprime, sequer momentaneamente, a personalidade jurídica, sendo apenas ampliados e compartilhados os riscos da atividade econômica.

3.4 Desconsideração da personalidade jurídica em julgados do Supremo Tribunal Federal

Os julgados do STF têm reconhecido a possibilidade jurídica da intercomunicação dos patrimônios das pessoas jurídicas e das pessoas físicas de seus sócios, destacando que a responsabilidade destes (sócios) passa a ser ilimitada nas hipóteses de conduta dolosa ou culposa, da violação de lei ou do contrato social, situações que possibilitam a desconsideração da personalidade jurídica.

Trazem-se à colação excertos dos seguintes julgados:

"Reputa-se lícita a sociedade entre cônjuges, máxime após o Estatuto da mulher casada. O sócio não responde, em se tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, pelas obrigações fiscais da sociedade, quando não se lhe impute conduta dolosa ou culposa, com violação da lei ou do contrato. Hipótese em que não há prova reconhecida nas decisões das instancias ordinárias de a sociedade haver sido criada objetivando causar prejuízo à Fazenda, tampouco restou demonstrado que as obrigações tributárias resultaram de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou dos estatutos, por qualquer dos sócios." (RE nº 108.728/SP);

"Como anotado no despacho inicial, a desconsideração da personalidade jurídica para extensão dos efeitos da falência não depende de ação autônoma e, uma vez lançada, abre a possibilidade de defesa.

No caso concreto, há elementos de convicção que apontam para a confusão patrimonial, independentemente dos diferentes objetivos sociais, como demonstrou a síndica. Ficou provado que a agravante foi constituída como sociedade anônima e dois meses depois adquiriu imóvel da empresa agora falida, por valor muito superior, nominalmente, ao de seu capital social, sem prova da origem ou da destinação. Não há dúvida de que Filtros Logan foi esvaziada para prejudicar seus credores, passando imóveis para a Abesa e a industrialização e comércio de acessórios e serviços correlatos para a empresa PNP, todas se confundindo patrimonialmente entre si (v. fls. 107/121, 128/131, 163/167 e 169/242).

Bem ponderou, a propósito, o procurador de justiça que o objetivo social da agravante não é simplesmente civil e que se mostram presentes os requisitos da desconsideração das personalidades jurídicas e de extensão dos efeitos da falência." (AI-AgR nº 475.564).

3.5 Desconsideração da personalidade jurídica em julgados do Tribunal de Contas da União

O TCU imputou, com supedâneo na desconsideração da personalidade jurídica, responsabilidade e aplicou penalidade de multa a ex-sócios de entidade empresarial por usufruírem pessoalmente de recursos públicos ilicitamente auferidos de órgão municipal contratante (superfaturamento de preços). Veja-se excerto do Acórdão nº 189/2001, Plenário:

"Dos fatos:

a) a empresa [...], em 1994, emitiu notas fiscais relativas a um suposto fornecimento de mercadorias para merenda escolar, verificando-se, depois, que as mesmas eram do tipo "calçadas" (fls. 15/18);

b) a empresa [...] tem como único negócio o comércio de frangos, inclusive como fazem prova inventários de mercadorias de 1993 e 1994 (fls. 24/25) e os registros de entradas (fls. 33/45), portanto o que torna provável o não recebimento dos bens que constam nas notas fiscais citadas acima, fato que, nos autos, não foi abordado;

c) como se percebe, o dinheiro do pagamento foi sacado na própria agência, em linguagem mais corriqueira "na boca do caixa" (fls. 59/60), pelos favorecidos que assinam no verso [...];

d) feito um comparativo de preços (fls. 93/94), demonstrou-se que o superfaturamento chegava a 280% em cruzeiros e 193,9%, se calculados em URV, lembrando que pesa, além disso, a provável hipótese de não entrega dos bens. Estando este em indícios e aquele provado, deu-se, a partir daqui, preferência pela irregularidade do sobrepreço (fls. 85);

e) interessante notar que a reunião da Comissão de Licitação foi realizada às 10h do dia 28.02.94 (fls. 122), sagrando vencedora a empresa [...] (não se verificando nem opinando pela paridade do preço com os de mercado). No mesmo dia foi homologado o certame pelo então prefeito (fls. 123). No mesmo dia 28.02.94 foi emitido empenho (fls. 51). No mesmo dia, 28.02.94, foram emitidas as notas fiscais pela [...] (fls. 15 e 17). No mesmo dia os insumos foram recebidos (?) na municipalidade (fls. 15 e 17 - vide atestes). No mesmo dia foi feita a ordem de pagamento (fls. 50). Apenas o cheque foi sacado, mesmo assim no dia seguinte (01.03.94), fls. 59/6;

f) outro fato de nota: a grafia que data o ateste da nota fiscal (fls. 52) parece ser a mesma que data a homologação do certame (fls. 123);

g) mais um elemento digno de nota: a única concorrente na Tomada de Preços nº 01/94 foi uma empresa de frutos do mar (fls. 128);

h) através da Decisão 68/98 - Plenário (fls. 153), foi determinada a conversão do processo em TCE e a citação, solidária, de [...] (ex-prefeito) e [...] (então presidente da Comissão de Licitação);

i) o Exmo. Sr. Ministro-Relator Guilherme Palmeira, em despacho saneador (fls. 171), faz incluir no rol de solidários os demais membros da Comissão de Licitação [...] e a Firma [...], na pessoa de seu representante legal;

j) citada a empresa [...], fatos novos aparecem aos autos com sua resposta (fls. 224/236), em resumo: que os recursos oriundos do pagamento feito à empresa jamais ingressaram em sua contabilidade e, portanto, em seu patrimônio; que em 1996 entrou na sociedade [...]; em maio de 1997, o novo sócio assumiu o controle total da empresa (fls. 225); que o antigo sócio deixou dívidas, ocultas quando da transação, bancárias, fiscais etc; que a empresa [...] encontra-se em sérias dificuldades financeiras.

Do Direito:

Como se observa, os antigos proprietários da empresa [...] agiram com as mais diversas modalidades de fraude: superfaturamento, venda de bens que nunca existiram legalmente, emissão de notas fiscais "calçadas". Ademais, retiraram o dinheiro referente ao pagamento diretamente no caixa do

banco, não o fazendo ingressar em proveito da empresa. Está provado, portanto, que as ações foram em benefício próprio.

Por outro lado, observa-se que a empresa [...] encontra-se em dificuldades financeiras. Sabe-se que quando se parcelam dívidas bancárias ou débitos fiscais, há que se dar como garantia bens em hipoteca ou outra forma de gravame que altere a plenitude do direito de propriedade, principalmente o da disposição. Tais dificuldades estão sendo objeto de diligências para confirmação (primeiramente junto ao cartório de imóveis para verificar hipotecas ou outros ônus reais, mais tarde, junto à Receita Federal para verificar a existência de parcelamento de débito, o que por si só demonstrará garantias necessárias).

Sabe-se que, quando da execução forçada, o credor deve pedir a intimação dos credores pignoratício, hipotecário, anticrético ou usufrutuário (art. 615 do CPC). Como ensina Greco Filho, "tem por finalidade cientificá-los para que exerçam os seus direitos, porque, se não se fizer a intimação, a alienação do bem onerado ou gravado será ineficaz em relação ao credor privilegiado". Ora, penhora de bem gravado, dados os efeitos da sequela, tornarão sua alienação em hasta pública extremamente dificultosa (quem gostaria de adquirir um imóvel hipotecado a um banco?), e mais, há que se verificar a preferência dos créditos fiscais sobre os advindos das condenações do TCU, caso chamados.

Intimados na execução os credores e ante a situação econômica da empresa, é de se esperar que alguns peçam a insolvência da mesma, gerando a classificação dos créditos em ordem de preferência, não se atraindo, no entanto, as execuções fiscais em curso, por expressa disposição legal (art. 187 do CTN e Lei 6.830/80).

É notório, ainda, que a relação da qual participaram a empresa [...] e a Prefeitura de [...] (com recursos federais) é de consumo, aplicando-se, ao caso, os mandamentos do Código de Defesa do Consumidor, em especial:

"Art. 28 O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de 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.

....

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

Entretanto, o CDC não está sozinho nessa luta. A Lei n.º 8.884, de 11.06.94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica (Lei Anti-truste), também trata do assunto, podendo aqui ser utilizada em combinação, através da análise sistemática do direito:

"Art. 18 A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de 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."

É exatamente nesta concepção moderna do direito que queríamos chegar para defender a aplicação ao caso da teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica, visto que no caso ocorreram fraude, ilícitos diversos, superfaturamento, benefício pessoal do fruto da ilicitude, troca de proprietários na empresa, dificuldades financeiras etc.

A tese tem sido debatida doutrinariamente por sua utilidade no atendimento ao princípio da Justiça, que, no dizer de Paulo de Barros Carvalho (in Curso de Direito Tributário), "é uma diretriz suprema", é um sobreprincípio, nenhum outro o sobrepuja, "ainda porque para ele trabalham".

Nos Estados Unidos, a desconsideração da personalidade jurídica é aplicada nos casos em que a pessoa jurídica é mero instrumento para cometer fraude, provada através de atos e fatos incompatíveis com um propósito honrado, que sirvam, desta forma, para derrotar a conveniência pública, justificar mal ou defender crime. É a doutrina da *disregard of legal entity* (desconsideração da entidade legal).

No dizer de Rubens Requião: "pretende a doutrina penetrar no âmago da sociedade, superando ou desconsiderando a personalidade jurídica, para atingir e vincular a responsabilidade do sócio."

Os Tribunais brasileiros vêm acolhendo a referida tese, senão vejamos:

ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA "AD CAUSAM". SÓCIOS. TEORIA DA "DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA". DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO DECORRENTE DO FALECIMENTO DE MENOR QUE NÃO TRABALHAVA.

2. Acolhimento da teoria da "desconsideração da personalidade jurídica". O Juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros.

(STJ - RIP: 878.864 Decisão: 22-09-1998 - RESP Nº 158.051/RJ, ANO 1998, TURMA:4)

....

Concluindo, não é de justiça e conforme o direito contemporâneo esquecer os fatos insertos nos autos para não aplicar ao verdadeiro culpado as penalidades cabíveis, principalmente porque, se não aplicada a regra da desconsideração da personalidade jurídica, poder-se-á estar inviabilizando a execução, não punindo o verdadeiro infrator, impossibilitando a aplicação de sanções outras que não o débito (multa, por exemplo) àqueles que praticaram os ilícitos, usufruíram pessoalmente das verbas ilicitamente auferidas (já que não contabilizaram na empresa e sacaram diretamente no banco), e que não figurarão nos autos, dificultando a apuração da responsabilidade dos mesmos e consequente encaminhamento dos fatos ao Ministério Público Federal para as ações de direito, enfim, uma série de consequências jurídicas capazes de tornar este processo inefetivo e injusto.

Assim sendo, propomos a citação pessoal de [...], para que respondam pelo superfaturamento de preços, ou recolham, no prazo de 15 dias, aos cofres do FNDE a importância de CR$ 12.390.573,86, a contar de 28.02.94, com os acréscimos legais até a data do efetivo pagamento, tendo como acessórios os fatos da emissão de notas calçadas e da demonstração contábil de que os bens, supostamente fornecidos à Prefeitura Municipal de [...], jamais ingressaram ou saíram dos estoques da Empresa [...], impossibilitando, portanto, sua entrega, aliado ao fato de que os produtos comercializados jamais fizeram parte de seu objetivo social. Esclarecer, ainda, aos citados, o caráter solidário da citação, bem como informando-se da aplicação, aos mesmos, do instituto da

desconsideração da personalidade jurídica, fulcrado no art. 28, *caput* e § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, c/c o art. 18 da Lei nº 8.884/94.

[...]

- as citações doutrinárias e os precedentes jurisprudenciais colacionados pelos responsáveis não têm qualquer referência com a questão da competência para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica;

- a *disregard doctrine* foi acolhida pela legislação pátria de forma abrangente, sendo admitidas várias hipóteses para a aplicação da desconsideração: a falência, a insolvência, o encerramento de atividades, quando de qualquer forma a personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento, e, de forma simples, a utilização da sociedade para a prática de atos ilícitos;

- no presente caso, além das práticas ilícitas perpetradas pelos ex-proprietários [...], a situação atual da empresa apresenta obstáculos ao ressarcimento (sua sede está hipotecada junto ao Banco do Nordeste do Brasil e há indícios da existência de débitos previdenciários - fls. 265 e 269/270). [...]

Acórdão [...]

Considerando a pertinência da medida de desconsideração da personalidade jurídica da empresa fornecedora dos produtos, haja vista os diversos ilícitos comprovadamente praticados por seus administradores à época; [...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea "c", 19 e 23, inciso III, da Lei nº 8.443/92, em:

a) julgar irregulares as presentes contas e condenar os [...], solidariamente, ao pagamento da quantia de CR$ 12.370.573,86 (doze milhões, trezentos e setenta mil, quinhentos e setenta e três cruzeiros reais e oitenta e seis centavos), fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que os responsáveis comprovem, perante o TCU (art. 165, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, entidade sucessora da extinta FAE, corrigida monetariamente e acrescida dos encargos legais pertinentes, calculados a partir de 28/02/94 até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;" (Processo nº 675.295/1994-7, rel. Min. Guilherme Palmeira).

Aditam-se outros julgados do TCU referentes à desconsideração da personalidade jurídica:

"6. O recorrente argumenta que a citação deveria ter sido dirigida à pessoa jurídica da [...], e não a ele, pessoa física. Indica, em reforço a sua argumentação, o Acórdão nº 322/97 TCU - 2ª Câmara.

6.1 Aduz, em seguida, não estar demonstrada a presença dos requisitos que autorizariam a desconsideração da personalidade jurídica, pois a [...] não teria sido utilizada como escudo para o cometimento de fraude, tendo havido, no máximo, descumprimento contratual justificável.

6.2 Assim, requer o recorrente o reconhecimento da nulidade da citação do Sr. [...] e de todos os atos processuais a ela posteriores, inclusive do Acórdão recorrido.

Análise

7. Para deslinde da questão é oportuno trazer à baila o percuciente parecer exarado pelo Ministério Público junto ao TCU em sede do processo nº TC 400.146/1995-9 (Acórdão nº 145/2000 - Plenário):

A responsabilidade do sócio-quotista, neste caso, pode ser ilimitada porque se excedeu no exercício da titularidade da empresa, praticando atos ilícitos.

Nesse sentido, o art. 10 do Decreto nº 3.708, de 1919, dispõe que os sócios-gerentes ou que derem nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiro solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.

Ainda o art. 16 do mesmo Decreto: As deliberações dos sócios, quando infringentes do contrato social ou da lei, dão responsabilidade ilimitada àqueles que expressamente hajam ajustado tais deliberações contra os preceitos contratuais ou legais.

Rubens Requião, com habitual proficiência, in Curso de Direito Comercial, Editora Malheiros, V. 2, 21ª ed., p. 360, asseverou: (...) é necessário insistir na explicação de que a limitação da responsabilidade do sócio não equivale à declaração de sua irresponsabilidade em face dos negócios sociais e de terceiros. Deve ele ater-se, naturalmente, ao estado de direito que as normas legais traçam, na disciplina do determinado tipo de sociedade de que se trate. Ultrapassando os preceitos de legalidade, praticando atos, como sócio, contrários à lei ou ao contrato, tornam-se pessoal e ilimitadamente responsáveis pelas consequências de tais atos.

De mesmo entendimento, Eloy Paulo Schwelm *in* Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada, Ed. Universitária de Direito, 1ª ed., p. 9, *ex literis*: Salientamos que tanto as sociedades por quotas de responsabilidade limitada como as sociedades por ações, têm a característica de não confundirem o seu patrimônio com o de seus sócios, de vez que só em casos especialíssimos é que o patrimônio dos seus membros pode ser comprometido, como no caso do excesso de mandato, violação de contrato ou de qualquer texto legal.

Enfatize-se, ainda, que a desconsideração da personalidade jurídica está prevista nos art. 134, inciso VII, do Código Tributário Nacional, no art. 28, *caput* e parágrafo 5º do Código de Defesa do Consumidor, bem como nas Leis nº 4.595/64 (Lei do Sistema Financeiro) e 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações).

A jurisprudência tem ratificado e confirmado a disposição legal e doutrinária:

Nenhuma responsabilidade pessoal assume o diretor pelas obrigações que contrair em nome da sociedade, em virtude do ato regular da gestão, e de evidência que não pode responder com os seus bens por qualquer prejuízo que a sociedade venha a causar a terceiro. Para que o administrador seja responsável civilmente é necessário que o ato por ele cometido seja considerado ilícito pelo Direito. (2º TACJVSP, Apelação nº 46.705, 2ª Câmara, publicado em ADCOAS, Boletim n. 5º, ano X, p. 789).

Na sociedade por quotas de responsabilidade limitada, a responsabilidade pessoal do sócio, portanto, é limitada, desde que decorrente de atos lícitos e compatível com o seu objeto; fora disso, pode sofrer elastecimento, com a adoção da Teoria da Despersonalização da Pessoa Jurídica.

Sobre o assunto, trazemos excerto do esclarecedor Voto do Exmo Ministro-Substituto José Antônio Barreto de Macedo, Relator do TC 349.013/1995-0, prolatado na Sessão de 6/11/1997, Decisão nº 290/97 - 2ª Câmara:

2. Sobre a responsabilidade dos sócios-gerentes nas sociedades por cotas, ensina Rubens Requião que para os atos que praticar violando a lei e os estatutos, de nada serve ao sócio-gerente o anteparo da pessoa jurídica da sociedade. Sua responsabilidade pessoal e ilimitada emerge dos fatos, quando resultarem de sua violação ou do contrato, causando sua imputabilidade civil e penal (*in* Curso de Direito Comercial, V. 1, Ed. Saraiva, 22ª Edição, p. 358).

3. Tal importância merece a matéria, que no Direito Comercial foi criada, inicialmente nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, a doutrina da Desconsideração da Personalidade Jurídica da sociedade mercantil Disregard of Legal Entity, sobre a qual discorre o Professor Fran Martins (in Curso de Direito Comercial, Ed. Forense, 22ª edição, p. 216): Constatado o fato de que a personalidade jurídica das sociedades servia a pessoas inescrupulosas que praticassem em benefício próprio abuso de direito ou atos fraudulentos por intermédio das pessoas jurídicas, que revestiam as sociedades, os tribunais começaram a desconhecer a pessoa jurídica para responsabilizar os praticantes de tais atos.

Esse procedimento chegou ao Brasil, tendo a jurisprudência várias decisões a respeito, como se vê do estudo do Prof. Rubens Requião (o primeiro jurista a tratar do assunto no Brasil), inserto no seu livro Aspectos Modernos do Direito Comercial (Ed. Saraiva, 1977, p. 67 e segs.):

4. Diversas decisões há nos tribunais brasileiros sobre a matéria (vg., Acórdão de 13/3/1990, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 0001695, DJ de 2/4/1990).

7.1 Convém frisar que, no caso em comento, o Sr. [...] foi apontado como o responsável por desvio e distribuição irregular de livros didáticos integrantes do PNLD/91 (subitem 2.2 retro). O recorrente ultrapassou, portanto, os preceitos de legalidade, praticando atos contrários à lei e ao contrato, tornando-se, com isso, pessoal e ilimitadamente responsável pelas consequências de tais atos. Assim, embora se possa cogitar que a melhor linha de atuação do Tribunal, para a obtenção de maiores garantias à recomposição do prejuízo causado aos cofres públicos, seja, sempre, em casos como os que agora se discute, optar pela citação solidária da pessoa jurídica com as pessoas físicas de seus sócios, entendemos não ser o caso de se negar validade à citação de f. 282/283, tendo em vista que o sócio majoritário foi chamado a responder pelos atos por ele praticados que redundaram em prejuízo ao erário.

7.2 Cabe registrar, ainda, que o Acórdão nº 322/1997 TCU - 2ª Câmara, citado pelo recorrente, não se aplica ao presente caso, uma vez que trata de concessão fraudulenta de empréstimo bancário, que beneficiou determinada empresa privada e não a pessoa física inicialmente chamada aos autos para se defender. Nesse caso, obviamente, a pessoa jurídica, beneficiária direta do empréstimo, não poderia deixar de ser citada.

7.3 Pelo exposto, temos por improcedente a pretensão do recorrente de tornar nula a citação de f. 282/283." - Acórdão nº 381/2002, Segunda Câmara, Processo nº 724.013/1993-8, Relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti.

Ainda:

"Sumário. REPRESENTAÇÃO FORMULADA COM FULCRO NO ART. 113, § 1º, DA LEI DE LICITAÇÕES. EMPRESA CONSTITUÍDA COM O INTUITO DE BURLAR A LEI. FRAUDE EM LICITAÇÃO. AUDIÊNCIA. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE LICITANTE. NULIDADE DO CERTAME E DA CONTRATAÇÃO.

1. Confirmado que a empresa licitante foi constituída com o nítido intuito de fraudar a lei, cabe desconsiderar a sua personalidade jurídica de forma a preservar os interesses tutelados pelo ordenamento jurídico.

2. Deve ser declarada a nulidade de licitação cujo vencedor utilizou-se de meios fraudulentos." - Acórdão nº 928/2008, Plenário. Processo nº 003.533/2006-1, Relator Min. Benjamin Zymler.

3.6 Requisitos que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica

Nada osbtante a sua clara e reiterada admissão, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ainda suscita dúvidas em sua aplicação. Em julgamento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (Resp nº 1.098.712-RS), o relator, Min. Aldir Passarinho Junior, sublinhou a necessidade de cautela. A turma deu provimento a recurso especial interposto pelos sócios de uma sociedade empresária e reformou acórdão de Tribunal de Justiça estadual. Em síntese, a recorrida (a sociedade empresária) dirigiu ação monitória aos recorrentes, pela emissão de cheques não pagos (houve falência e arrecadação de bens particulares de sócios-diretores da empresa). Os sócios argumentaram que, embora possível a execução, a sentença de primeira instância, que acolhera a pretensão da credora, deveria haver considerado se se caracterizara, ou não, desvio de finalidade ou confusão patrimonial (entre o patrimônio da empresa e o dos sócios), conforme estabelece o artigo 50 do Código Civil, o que não aconteceu. De acordo com o relator do recurso, a Justiça estadual não identificou motivos objetivos que autorizassem a desconsideração da personalidade jurídica, razão pela qual deu provimento ao recurso. Extrai-se do voto do relator:

"Tenho que razão assiste aos recorrentes.

Embora desnecessária ação autônoma para a desconsideração da personalidade jurídica, seus efeitos violentos e extensivos aos bens de seus sócios exigem, para o deferimento, a constatação de desvio da finalidade empresarial ou confusão patrimonial entre a sociedade e seus sócios, como já se decidiu. A saber:

"*FALÊNCIA. ARRECADAÇÃO DE BENS PARTICULARES DE SÓCIOS-DIRETORES DE EMPRESA CONTROLADA PELA FALIDA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DISREGARD DOCTRINE). TEORIA MAIOR. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ANCORADA EM FRAUDE, ABUSO DE DIREITO OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. RECURSO PROVIDO.*

1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - disregard doctrine -, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas.

2. A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a "teoria maior" acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua configuração.

3. No caso dos autos, houve a arrecadação de bens dos diretores de sociedade que sequer é a falida, mas apenas empresa controlada por esta, quando não se cogitava de sócios solidários, e mantida a arrecadação pelo Tribunal a quo por possibilidade de ocorrência de desvirtuamento da empresa

controlada, o que, à toda evidência, não é suficiente para a superação da personalidade jurídica. Não há notícia de qualquer indício de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, circunstância que afasta a possibilidade de superação da pessoa jurídica para atingir os bens particulares dos sócios.

4. Recurso especial conhecido e provido."

4. Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações e contratações administrativas

Em vista da inexistência de norma legal expressa nesse campo do direito positivo brasileiro, é legítima a aplicação da teoria desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações e contratações administrativas?

Alinhando-se a outros autores de nomeada, Ricardo Watanabe[7] entende que sim, *verbis*:

"A atuação administrativa deve se pautar pela observância dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. O art. 37 da Constituição Federal prevê expressamente que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Daí a indagação: com base no princípio da legalidade, aplica-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, apesar de não haver norma específica prevendo tal conduta da Administração Pública?

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que o princípio da legalidade obriga a administração pública a somente agir, no exercício de sua atividade funcional, conforme expressa previsão na lei. A Administração Pública não possui vontade pessoal.

No entanto, além do princípio da legalidade, existem outros aplicáveis especificamente às licitações, quais sejam: isonomia; publicidade; impessoalidade; moralidade; probidade administrativa; vinculação ao instrumento convocatório e adjudicação compulsória (Lei nº 8.666/93).

No caso de fraude no procedimento licitatório, há evidente ofensa ao princípio da moralidade. Uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, que venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público, afronta os princípios de direito administrativo.

No particular, se, num lado, há o princípio da legalidade como controle da atuação administrativa, noutro, existem princípios (como o da moralidade administrativa e o da indisponibilidade do interesse público) que também hão de ser respeitados pela Administração Pública.

Diante de tal conflito, no intuito de se extrair a maior eficácia da atuação do Poder Público no caso concreto, deve-se proceder à ponderação, de modo que se atinja a melhor solução, harmonizando os referidos dogmas, sem que a aplicação de um deles acarrete o sacrifício de outro.

Não por outra razão, o princípio da legalidade tem sido tratado numa concepção moderna, que não exige tão somente a literalidade formal, mas a análise sistemática do ordenamento jurídico vigente.

Destarte, o simples fato de não haver norma específica autorizando a desconsideração da personalidade jurídica não pode impor à Administração que permita atos que afrontem a moralidade administrativa e os interesses públicos envolvidos. Embora não haja regra legal específica, deve-se empregar a analogia e os princípios gerais de direito (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 7º). Daí porque aplica-se, com uma maior flexibilidade, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa.

Ora, até com base no próprio princípio da legalidade, não parece razoável permitir o abuso de direitos e a validade de ato praticado com manifesto intuito de fraudar a lei.

Vale o escólio de LAMARTINE CORREIA DE OLIVEIRA:

(...) *o desconhecimento da forma da pessoa jurídica em casos de fraude à lei não passa de aplicação específica do princípio geral segundo o qual o abuso de um instituto jurídico não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico.* (...)

Provado o intuito de fraude à norma legal, será perfeitamente defensável decisão que desconheça a pessoa jurídica (RT 06/52).

(...)

Com efeito, no caso das licitações, havendo inequívoca intenção de fraudar a lei, parece perfeitamente plausível a desconsideração da personalidade jurídica da empresa licitante para que também sejam estendidas as sanções aos sócios, de modo que respondam solidariamente pela lesão patrimonial e sejam punidos conforme prevê a lei.

Ora, se os bens da empresa forem insuficientes ao ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público, os quais, vale dizer, foram causados pelos sócios daquela, cabível é a responsabilização destes. Não se justifica favorecê-los com a intangibilidade de seu patrimônio pessoal, como se houvessem de ser beneficiados apesar de terem afrontado o ordenamento jurídico."

4.1 Extensão, por ato administrativo, do impedimento de participar de licitação e de contratar com o poder público à sociedade constituída com o propósito de fraudá-lo

É juridicamente possível à Administração Pública, enfim, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade empresarial, para o efeito de estender-lhe a penalidade aplicada a outra, tendo sido aquela constituída ulteriormente a esta, pelos mesmos sócios e com o mesmo objeto social, no evidente intuito de ladear o impedimento decorrente da sanção e viabilizar a participação da nova sociedade em licitações e contratações com o estado?

A resposta é afirmativa. Como forma de garantir à Administração Pública instrumento eficaz de combate à fraude, é de admitir-se, em homenagem aos princípios que, na Constituição da República, tutelam a atividade administrativa do estado, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade constituída em fraude à lei e com abuso de forma, mesmo diante do fato de inexistir previsão legal específica, para o que há expressivo apoio doutrinário e se contam inúmeros precedentes na jurisprudência recente dos tribunais judiciais e de contas.

A indagação imediatamente seguinte é a de se saber se a desconsideração dispensaria a intervenção do Poder Judiciário, uma vez que, em tese, implica restrição de direito garantido pela Constituição com a maior amplitude, qual seja o do acesso isonômico a licitações e contratos administrativos. A

resposta é também afirmativa, graças à chamada auto executoriedade dos atos administrativos e desde que previamente assegurada à sociedade acusada a ampla defesa em processo administrativo regular.

De efeito.

O ato administrativo nasce com qualidades decorrentes da presença do interesse público na função estatal. São os atributos da presunção de veracidade e legitimidade, de exigibilidade e de auto executoriedade.

A auto executoriedade é a qualidade do ato administrativo que autoriza a Administração a executá-lo direta e imediatamente, independentemente de provimento judicial. Sua última *ratio* é a de evitar o dano social por meio de providências de natureza administrativa, insertas na competência da autoridade estatal.

Por isto os atos providos de auto executoriedade acham-se, com frequência, nas medidas que visam, sobretudo, à prevenção de dano social, que sobreviria sem a medida preventiva, tais como: requisição de bens para acudir a perigo público iminente (CF/88, art. 5º, XXV); preservação da finalidade que resulta da afetação de bens públicos, quando indevidamente utilizados por terceiros, de modo a desviar o bem do uso comum do povo ou de sua destinação especial (remoções de favelas em logradouros públicos ou áreas de proteção ambiental); atos de polícia administrativa em geral (*vg*., destruição de alimentos impróprios para o consumo público, deferimento ou indeferimento de licenças, seja para edificar, para localizar e funcionar atividade profissional, ou para circular com veículos automotores pela via pública).

No direito público, a auto executoriedade é a regra, mesmo quando não expressamente prevista em lei. No direito privado, é exceção somente admissível diante de expressa previsão legal (*vg*., desde o Código Civil de 1916, art. 160 - atos praticados em legítima defesa ou no regular exercício de um direito, destruição de coisa alheia para remover perigo iminente -; 502 - desforço possessório ; 558 - direito de vizinhança, corte de galhos e raízes pelo proprietário do terreno por eles invadido, todos reproduzidos em disposições equivalentes no Código Civil de 2002).

Os atos administrativos desprovidos de auto executoriedade referem-se aos direitos e garantias fundamentais que circulam na ordem constitucional e, por isto, somente se sujeitam à ordem administrativa em situações excepcionais. De ordinário, a auto executoriedade, porque qualidade do que é administrativo, não ultrapassa o limite traçado pelos direitos fundamentais garantidos pela ordem constitucional, o principal dos quais é o direito de propriedade.

As principais exceções à auto executoriedade decorrem do confronto com o direito de propriedade, em que a vontade do proprietário pode validamente opor-se à execução do ato administrativo pela própria Administração, daí ser imperiosa a mediação da tutela jurisdicional, tais como:

(a) na desapropriação (a natureza do decreto declaratório da utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, para fins de desapropriação; ato meramente declaratório, que implementa condição para que se venha a desapropriar; a fase executória da desapropriação somente se esgota na esfera administrativa se houver acordo com o proprietário quanto ao valor do preço indenizatório; caso contrário, a fase de execução terá por sede ação especial, cujo processo judicial tem índole executória, objetivando a apuração daquele valor);

(b) na interdição de obra em curso, nos lindes da propriedade, em violação do projeto licenciado ou

sem licença (CPC, art. 934, III - ação de nunciação de obra nova); a Administração, por seu órgão de polícia edilícia, pode impor embargo administrativo e multa, mas se, ainda assim, o proprietário prossegue na obra ilegal, o Município terá de propor a ação nunciatória, vedado que auto execute o ato de impedi-lo *manu militari*;

(c) o mesmo raciocínio cabe no desfazimento de obra concluída, em que à resistência do proprietário responderá o ente público com o ajuizamento de ação demolitória, defeso que invada a propriedade e ponha abaixo a edificação que entenda clandestina ou ilegal;

(d) a cobrança da dívida ativa, constituída em processo administrativo, terá de ocorrer por meio do aforamento de executivo fiscal, incabível que a Fazenda credora auto execute a dívida.

Emerge que tais exceções se justificam porque a auto execução administrativa acarretaria, nesses atos, a postergação, acompanhada de desapossamento imediato, de atributos inerentes ao direito de propriedade garantido na Constituição, o que só se tolera sob o pálio da jurisdição, observado o devido processo legal (CR/88, art. 5º, incisos XXII, XXIV, LIV e LV).

Do ato administrativo de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária, que age com comprovado abuso de direito e pratica fraude contra a Administração, não surte supressão de direito algum, porém, ao revés, restauração de direito que o abuso e a fraude pretenderiam eliminar. Pondere-se que a sociedade fraudadora estava impedida de participar de licitação e de contratar, cabendo à Administração, no exercício regular de seus poderes-deveres de atender à ordem jurídica, fazer prevalecer o impedimento nesta previsto. A cautela que se impõe à Administração estará em comprovar o abuso e a fraude, em processo administrativo no qual garanta a ampla defesa e o contraditório. Não comprovados o abuso e a fraude, impedimento não haverá à participação e à contratação, ainda que a conduta da sociedade pudesse parecer equivocada.

O Superior Tribunal de Justiça referendou a extensão dos efeitos da penalidade administrativa de proibição à empresa constituída ulteriormente com o propósito de fraudar a lei, conforme se depreende da ementa do julgamento proferido no RMS nº 15.166-BA, *verbis:*

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

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações, n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

- A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular."

Anotem-se as considerações do Relator, Min. Castro Meira:

"A discussão travada nos autos gira em torno da possibilidade de estender a uma sociedade empresária, na esfera administrativa e com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, os efeitos de uma sanção aplicada pela Administração Pública a outra sociedade formada pelos mesmos sócios e com mesmo objeto social.

A Recorrente alega ausência de previsão legal que autorize o Estado da Bahia a aplicar, em situação fática como a presente, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Aduz, também, que somente o Judiciário, nas situações envolvendo relação de consumo, e com base no art. 28 do CDC, poderia desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade para atingir a figura de seus sócios.

A solução da presente controvérsia demanda, em primeiro plano, a análise do processo de constituição da sociedade recorrente, para que então seja possível afirmar-se, com razoável margem de certeza, se agiu ou não em fraude à lei. Em segundo plano, torna-se não menos importante a análise sobre a possibilidade de aplicação, na esfera administrativa, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, à margem de previsão legal específica e sem pronunciamento judicial neste sentido.

Quanto à primeira questão, as informações contidas nos autos dão conta de que a Recorrente é uma empresa de fachada, constituída com o único objetivo de fraudar a aplicação de sanção administrativa imposta à sociedade COMBAIL LTDA, que foi declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, por ter apresentado documento falso em processo licitatório. Assim, a ora Recorrente apresenta o mesmo quadro societário, o mesmo objeto social e o mesmo endereço da empresa COMBAIL LTDA., o que, de certa forma, é dado mais que suficiente para caracterizar fraude à lei e permitir a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

O Estado da Bahia, no Parecer de fls. 25/31, traz aos autos alguns dados complementares que corroboram a atuação fraudulenta da Recorrente, como, *v.g.*, a *continuidade de passivos a descoberto de natureza tributária ou trabalhista da sociedade anteriormente punida, continuidade dela sem baixa na JUCEB, ou com sua baixa seguida da constituição da nova sociedade, uso do mesmo acervo de equipamentos, móveis e utensílios, com ou sem sua aquisição à sociedade punida, identidade ou predominância dos mesmos empregados, sobretudo a nível gerencial ou administrativo.*

Assim, não há como negar que as informações carreadas aos autos pelo Estado da Bahia militam, inegavelmente, em desfavor da sociedade Recorrente. Uma empresa constituída com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com sede no mesmo endereço, dificilmente conseguirá provar que não agiu em fraude à lei, para furtar-se dos efeitos danosos de uma sanção administrativa. Parece claro, no presente caso, que a Recorrente valeu-se do véu da pessoa jurídica - para usar de metáfora já consagrada -, com o evidente intuito de fraudar a lei e descumprir uma punição administrativa que lhe havia sido imposta.

Firmado o entendimento de que a Recorrente foi constituída em nítida fraude à lei e com abuso de forma, resta a questão relativa à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, na esfera administrativa, sem que exista um dispositivo legal específico a autorizar a adoção dessa teoria pela Administração Pública.

A atuação administrativa deve pautar-se pela observância dos princípios constitucionais, explícitos

ou implícitos, deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. E esses princípios, quando em conflito, devem ser interpretados de maneira a extrair-se a maior eficácia, sem permitir-se a interpretação que sacrifique por completo qualquer deles.

Se, por um lado, existe o dogma da legalidade, como garantia do administrado no controle da atuação administrativa, por outro, existem Princípios como o da Moralidade Administrativa, o da Supremacia do Interesse Público e o da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público, que também precisam ser preservados pela Administração. Se qualquer deles estiver em conflito, exige-se do hermeneuta e do aplicador do direito a solução que melhor resultado traga à harmonia do sistema normativo.

A ausência de norma específica não pode impor à Administração um atuar em desconformidade com o Princípio da Moralidade Administrativa, muito menos exigir-lhe o sacrifício dos interesses públicos que estão sob sua guarda. Em obediência ao Princípio da Legalidade, não pode o aplicador do direito negar eficácia aos muitos princípios que devem modelar a atuação do Poder Público.

Assim, permitir-se que uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público, afronta aos mais comezinhos princípios de direito administrativo, em especial, ao da Moralidade Administrativa e ao da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público.

A concepção moderna do Princípio da Legalidade não está a exigir, tão-somente, a literalidade formal, mas a intelecção do ordenamento jurídico enquanto sistema. Assim, como forma de conciliar o aparente conflito entre o dogma da legalidade e o Princípio da Moralidade Administrativa é de se conferir uma maior flexibilidade à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a permitir o seu manejo pela Administração Pública, mesmo à margem de previsão normativa específica.

Convém registrar, por oportuno, que a aplicação desta teoria deve estar precedida de processo administrativo, em que se assegure ao interessado o contraditório e a mais ampla defesa, exatamente como realizado no caso dos autos. Ao prejudicado restará sempre aberta a porta do Judiciário, para que então possa provar, perante um órgão imparcial, a ausência de fraude à lei ou de abuso de forma, afastando, por conseguinte, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. No presente caso, a Recorrente não se desincumbiu desse ônus probatório.

Ademais, como bem lançado no Parecer Ministerial acostado às fls. 173/179, o abuso de um instituto de direito não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico. Seria uma grande incongruência admitir-se a validade jurídica de um ato praticado com fraude à lei, assim como seria desarrazoado permitir-se, com base no Princípio da Legalidade, como é o caso dos autos, a sobrevida de um ato praticado à margem da legalidade e com ofensa ao ordenamento jurídico. Não pode o direito, à guisa de proteção ao Princípio da Legalidade, atribuir validade a atos que ofendem a seus princípios e institutos.

Neste diapasão, acompanhe-se o escólio do Ilustre Professor Lamartine Correia de Oliveira (RT nº 06, pág. 052):

(...) o desconhecimento da forma da pessoa jurídica em casos de fraude à lei não passa de aplicação específica do princípio geral segundo o qual o abuso de um instituto jurídico não pode jamais ser

tutelado pelo ordenamento jurídico.

(...)

Provado o intuito de fraude à norma legal, será perfeitamente defensável decisão que desconheça a pessoa jurídica."

5. Conclusão

A definição genérica da teoria da desconsideração, posta no art. 50 do vigente Código Civil, estabeleceu a regra geral de conduta para todas as relações jurídicas, possibilitando a emenda de simulações, fraudes e outras situações em que o respeito à forma societária produziria soluções contrárias à sua função inerente e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.

Deixar de aplicá-la nas licitações e contratações administrativas, a pretexto de inexistência de específica previsão legal, ampararia e estimularia a fraude, ao invés de coibi-la.

A possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade ulteriormente constituída, para o fim de a ela estender os efeitos de penalidade aplicada à empresa anterior, respeita o princípio da moralidade, consagrado no *caput* do art. 37 da Constituição Republicana de 1988 como pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública, sendo, portanto, imoral a contratação de sociedade empresária criada no deliberado propósito de abusar do direito e de praticar a fraude. Desse modo, uma vez comprovados, em processo regular, o abuso e a fraude na constituição e na gestão da nova sociedade, deve ser esta alijada do cenário das licitações e contratações administrativas.

Tal conclusão tem sido prestigiada pelo decisório dos tribunais, inclusive com a preocupação didática de decompor os elementos estruturais da definição adotada pelo art. 50 do Código Civil, ao que dimana do voto condutor do julgamento proferido no Recurso Especial nº 948.117-MS, rel. Min. Nancy Andrighi, no STJ, aos 22.06.2010, *verbis*: "... este Superior Tribunal sedimentou o entendimento de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica dentro do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria. Por outro lado, expõe que, da análise do art. 50 do CC/2002, depreende-se que o ordenamento jurídico pátrio adotou a chamada teoria maior da desconsideração, segundo a qual se exige, além da prova de insolvência, a demonstração ou de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração) ou de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). Também explica que a interpretação literal do referido artigo, de que esse preceito de lei somente serviria para atingir bens dos sócios em razão de dívidas da sociedade e não o inverso, não deve prevalecer... a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente ao que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir, então, o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações de seus sócios ou administradores. Assim, observa que o citado dispositivo, sob a ótica de uma interpretação teleológica, legitima a inferência de ser possível a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sua modalidade inversa, que encontra justificativa nos princípios éticos e jurídicos intrínsecos à própria *disregard doctrine*, que vedam o abuso de direito e a fraude contra credores. Dessa forma, a finalidade maior da *disregard doctrine* contida no preceito legal em comento é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios...". Nenhum sentido haveria, destarte, em excluir a Administração Pública do emprego legítimo, observados os requisitos consagrados na jurisprudência dos tribunais, ao interpretar princípios e normas constitucionais e

infraconstitucionais, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, às portas desta assumir as galas de instituto jurídico aplicável em todos os segmentos, públicos e privados, de sistema jurídico do estado democrático de direito, comprometido com resultados de interesse público, tal como surte da Constituição da República de 1988 e recomenda o princípio, que permeia todo o constitucionalismo pós-moderno, da supremacia da Constituição.

---

[1] Projeto de lei (PLS 80/09) almeja incluir na Lei nº 8.666/93 norma proibitiva à participação em licitação e contratação com o Poder Público, de entidades empresariais condenadas judicialmente por assédio moral contra empregados. De acordo com o projeto de lei, para participar de licitações e contratar com o Poder Público, a entidade empresarial deve comprovar que não foi condenada por prática de coação moral contra seus empregados nos últimos cinco anos. O autor da proposta também sugere a criação do Cadastro Nacional de Proteção contra a Coação Moral no Emprego, a ser gerido por órgão do Poder Executivo. O cadastro seria referência para os gestores públicos que buscam informações qualificadas sobre a atuação dos licitantes no cumprimento de obrigações.

[2] O art. 97 da Lei n° 8.666/93 tipifica como crime a admissão à licitação ou a celebração de contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo, cominando a pena de detenção de seis meses a dois anos e multa para o agente público que assim proceder, incidindo na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

[3] Visite-se excerto do Acórdão nº 428/2010 Plenário, que trata da aplicação de penalidade de declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal: "9.1.1. a oitiva das empresas [...], para que, na pessoa dos seus representantes, apresentem defesa acerca dos fatos relatados nestes autos, que indicam participação de forma fraudulenta no âmbito de licitações realizadas pelo [...], alertando-as de que a rejeição das defesas apresentadas poderá ensejar a declaração de sua inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal, nos termos previstos no art. 46, da Lei nº 8.443, de 1992;"

Compulse-se, também, a Pet 3606/DF (STF), que decidiu conflito de atribuições entre órgão da Administração Pública federal e o TCU, no que tange à declaração de inidoneidade por fraude à licitação: "Conflito de atribuição inexistente: Ministro de Estado dos Transportes e Tribunal de Contas da União: áreas de atuação diversas e inconfundíveis. 1. A atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre da de controle interno ínsito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (CF, art. 70). 2. O poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8.443/92), não se confunde com o dispositivo da Lei das Licitações (art. 87), que - dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§ 3º) - é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente. 3. Não se exime, sob essa perspectiva, a autoridade administrativa sujeita ao controle externo de cumprir as determinações do Tribunal de Contas, sob pena de submeter-se às sanções cabíveis. 4. Indiferente para a solução do caso a discussão sobre a possibilidade de aplicação de sanção - genericamente

considerada - pelo Tribunal de Contas, no exercício do seu poder de fiscalização, é passível de questionamento por outros meios processuais."

[4] *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Forense: Rio de Janeiro. 2000. 2ª ed., p. 63-64.

[5] V. Superior Tribunal de Justiça, Recuso Especial nº 1.098.712-RS, DJ de 04/08/2010.

[6] Resp nº 1.098.712-RS, DJ de 04/08/2010.

[7] Disponível em: http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2746/Desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-ambito-das-licitacoes