

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 32.494 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
IMPTE.(S) : **PNG BRASIL PRODUTOS SIDERURGICOS S/A E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA E OUTRO(A/S)**
IMPDO.(A/S) : **PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**
IMPDO.(A/S) : **RELATOR DO Tc Nº 000.723/2013-4 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

EMENTA: PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E DESCONSIDERAÇÃO *EXPANSIVA* DA PERSONALIDADE JURÍDICA. “DISREGARD DOCTRINE” E RESERVA DE JURISDIÇÃO: EXAME DA POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MEDIANTE ATO PRÓPRIO, AGINDO “PRO DOMO SUA”, DESCONSIDERAR A PERSONALIDADE CIVIL DA EMPRESA, EM ORDEM A COIBIR SITUAÇÕES CONFIGURADORAS DE ABUSO DE DIREITO OU DE FRAUDE. A COMPETÊNCIA INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A DOUTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. INDISPENSABILIDADE, OU NÃO, DE LEI QUE VIABILIZE A INCIDÊNCIA DA TÉCNICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM SEDE ADMINISTRATIVA. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: SUPERAÇÃO DE PARADIGMA TEÓRICO FUNDADO NA DOUTRINA TRADICIONAL? O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO,

CONDICIONANTE DA LEGITIMIDADE E DA VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS. O ADVENTO DA LEI Nº 12.846/2013 (ART. 5º, IV, “e”, E ART. 14), AINDA EM PERÍODO DE “VACATIO LEGIS”. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O POSTULADO DA INTRANSCENDÊNCIA DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MAGISTÉRIO DA DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO CAUTELAR E CONFIGURAÇÃO DO “*PERICULUM IN MORA*”. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA.

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado com o objetivo de questionar a validade jurídica de deliberação que, emanada do E. Tribunal de Contas da União (Processo TC-000.723/2013-4), acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado:

“REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO, NA MODALIDADE PREGÃO, PROMOVIDA PELA VALEC S/A, PARA AQUISIÇÃO DE TRILHOS. IRREGULARIDADES GRAVÍSSIMAS. NULIDADES. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR PARA PARALISAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS. OITIVA DE TODOS OS PARTICIPANTES DO PROCESSO. REVOGAÇÃO DO PREGÃO PELA VALEC, POSTERIORMENTE À DEMONSTRAÇÃO PELO TCU DAS NULIDADES. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO COM UMA ÚNICA POSSIBILIDADE DE FORNECEDOR, DADA A MAGNITUDE DO OBJETO. INEQUÍVOCO DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO. PRÁTICA DE ATOS COM ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SIMULAÇÃO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXTENSÃO DA SANÇÃO APLICADA, COM FUNDAMENTO

NO ART. 7º DA LEI DO PREGÃO, PARA EMPRESA VINCULADA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO POR MÚLTIPLOS FUNDAMENTOS. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA.

.....
- *A aplicação da sanção prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 – que institui o pregão como modalidade de licitação, para aquisição de bens e serviços comuns – impede a participação do licitante em procedimentos licitatórios e a celebração de contratos com todas as entidades do respectivo ente estatal, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, implicando seu descredenciamento dos sistemas de cadastramento de fornecedores, pelo prazo de até cinco anos, com extensão a toda a esfera do órgão ou entidade que a aplicou.*

- *A sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 deixa explícita a vontade do legislador, no sentido de efetivamente punir as empresas que cometam ilícitos administrativos, não somente na restritíssima esfera da entidade que promoveu a licitação e sofreu os efeitos da conduta lesiva da licitante, mas de alijá-la de todas as licitações promovidas nas respectivas esferas federal, estadual, do DF e municipal, por até 5 anos, sem prejuízo das multas e das demais cominações legais, constituindo sanção gravíssima que materializa a jurisprudência do STJ em relação a similar dispositivo da Lei 8.666, cuja interpretação, no TCU, mereceu do Plenário visão bem mais restritiva.*

- *Também por imposição dos princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos, a Administração Pública pode desconsiderar a personalidade jurídica de sociedades constituídas com abuso de forma e fraude à lei, para a elas estender os efeitos da sanção administrativa, em vista de suas peculiares circunstâncias e relações com a empresa suspensa de licitar e contratar com a Administração.*

- *Por múltiplos fundamentos, o caso concreto ostenta nítido conteúdo de nulidades insanáveis, tratando-se de hipótese de declaração de nulidade de todo o*

procedimento e não de revogação, ocorrente apenas por razões de interesse público.”

(Acórdão nº 2593/2013, Rel. Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES – grifei)

A parte ora impetrante *sustenta* que essa deliberação, **além de transgredir** os diplomas normativos que dispõem **sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica**, **também ofendeu** o texto da Constituição da República, **notadamente** os seus arts. 1º, inciso IV, 5º, inciso XLV, e 71, **assinalando** que o E. Tribunal de Contas da União **teria atuado além dos limites** de sua competência institucional, **apoiando-se**, os autores do presente “*writ*”, **nas seguintes alegações:**

“(...) o Acórdão nº 2.593/2013 – TCU, inovando em relação ao objeto inicial do processo, julgou procedente a representação para estender à Impetrante uma sanção administrativa (de suspensão do direito de licitar) que fora aplicada pela ECT a outra pessoa jurídica, a empresa Dismaf – Distribuidora de Manufaturados Ltda.

Essa questão surgiu nos autos do processo administrativo por iniciativa da área técnica do TCU. Ao opinar pelo deferimento da medida cautelar, o auditor da Corte de Contas alegou que a Impetrante teria os mesmos sócios, o mesmo endereço e mesmo fornecedor de trilhos da empresa Dismaf, o que, segundo entendeu, permitiria concluir que a PNG (Impetrante) ‘integra o mesmo grupo da Dismaf’.

.....
4.2. Em 26.8.2013, após a Impetrante refutar as acusações de que se confundiria com a empresa Dismaf, a área técnica manifestou-se novamente, nessa ocasião sugerindo que o próprio TCU estendesse a penalidade da outra pessoa jurídica à Impetrante (doc. 09).

5. Em seguida, o processo foi julgado pelo Plenário do E. TCU, prevalecendo o voto do d. Ministro Relator, que acolheu integralmente o segundo parecer da área técnica e concluiu por estender à empresa Impetrante penalidade à qual está submetida outra pessoa jurídica, a

empresa Dismaf – Distribuidora de Manufaturados Ltda. (doc. 10). Esse é o ato coator combatido pelo presente 'writ'.

6. A deliberação do E. TCU, com todo o respeito, é flagrantemente ilegal e viola direito líquido e certo dos Impetrantes.

6.1. Primeiro, a Corte de Contas não dispõe de competência constitucional ou legal para estender ou ampliar a abrangência de sanções administrativas aplicadas por outros entes públicos.

6.2. Depois, o ato coator partiu de premissas equivocadas (com respeito) ao se valer da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que não encontra no caso concreto os pressupostos elementares indispensáveis à sua aplicação. A prova documental reunida pelo TCU conduz ao resultado oposto ao do ato ora impugnado.

6.3. Por fim, é inequívoco que o ato coator viola o direito à livre iniciativa dos Impetrantes, pessoas físicas e jurídica autônomas e distintas da empresa Dismaf e dos seus respectivos sócios.” (grifei)

Busca-se, na presente sede cautelar, a concessão de provimento liminar, para “determinar a imediata suspensão do item 9.4. do Acórdão nº 2.593/2013 – TCU – Plenário, que sancionou ilegalmente a empresa Impetrante” (grifei).

Sendo esse o contexto, passo a examinar a postulação cautelar deduzida pela parte ora impetrante. E, ao fazê-lo, entendo relevante destacar, desde logo, aspectos significativos da presente controvérsia mandamental, tais como as questões pertinentes **(a) à competência institucional do Tribunal de Contas da União, **(b) à teoria da desconsideração** da personalidade jurídica, **(c) à possibilidade**, ou não, de ser ela aplicável em sede administrativa e **(d) à compatibilidade** da desconsideração expansiva da personalidade jurídica **com os princípios da legalidade e da intranscendência** das sanções administrativas e das medidas restritivas de ordem jurídica.**

O E. Tribunal de Contas da União, **ao proferir** o acórdão objeto do presente mandado de segurança, **assim se pronunciou** sobre o tema **concernente à doutrina da desconsideração expansiva da personalidade jurídica**:

“75. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem por objetivo coibir o uso indevido da pessoa jurídica, levada a efeito mediante a utilização da pessoa jurídica contrária a sua função social e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, afastando, assim, a autonomia patrimonial para chegar à responsabilização dos sócios da pessoa jurídica e/ou para coibir os efeitos de fraude ou ilicitude comprovada. (...).

76. A doutrina e a jurisprudência dos tribunais já consideram que um desdobramento dessa teoria é a possibilidade de estender os seus efeitos a outras empresas, diante das circunstâncias e provas do caso concreto específico. Trata-se da teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica da sociedade, terminologia utilizada pelo Prof. Rafael Mônaco (...).

77. Com a teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica, é possível estender os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica aos ‘sócios ocultos’ para responsabilizar aquele indivíduo que coloca sua empresa em nome de um terceiro ou para alcançar empresas de um mesmo grupo econômico (...).

80. No âmbito administrativo, a doutrina e a jurisprudência vêm firmando entendimento de ser viável a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a extensão de seus efeitos para afastar a possibilidade de uma empresa que tenha sido suspensa ou impedida de participar de licitação ou contratar com a Administração Pública, ou ainda, declarada inidônea, possa ter seus sócios integrando, direta ou indiretamente, outra pessoa jurídica que participe de licitação com o Poder Público.” (grifei)

Tenho para mim, em juízo de mera deliberação (em afirmação compatível, *portanto*, com esta fase de *incompleta cognição*), **que o E. Tribunal de Contas da União, ao exercer o controle de legalidade** sobre os procedimentos licitatórios **sujeitos** à sua jurisdição, **possuiria atribuição para estender a outra** pessoa **ou** entidade **envolvida** em prática **comprovadamente** fraudulenta **ou** cometida em colusão com terceiros a **sanção administrativa** que impôs, *em momento anterior*, a **outro** licitante (ou contratante), **desde** que reconheça, *em cada situação que se apresente*, a **ocorrência** dos pressupostos **necessários** à aplicação *da teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, **pois** essa prerrogativa **também comporia** a esfera de atribuições institucionais **daquela** E. Corte de Contas, **que se acha instrumentalmente** vocacionada a **tornar efetivo** o exercício das **múltiplas e relevantes** competências que lhe foram **diretamente** outorgadas **pelo próprio texto** da Constituição da República.

Isso significa que a atribuição **de poderes explícitos** *ao Tribunal de Contas, como enunciados* no art. 71 da Lei Fundamental da República, **supõe** que se lhe reconheça, *ainda que por implicitude*, a titularidade de meios **destinados** a viabilizar a adoção **de medidas** vocacionadas *a conferir real efetividade* às suas deliberações finais, **permitindo, assim, que se neutralizem** situações de lesividade, *atual ou iminente*, ao erário e ao ordenamento positivo.

Impende considerar, *no ponto*, **em ordem a legitimar** esse entendimento, **a formulação** que se fez em torno **dos poderes implícitos**, cuja doutrina, **construída** pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCULLOCH vs. MARYLAND (1819), **ênfatiza** que a outorga **de competência expressa** a determinado órgão estatal *importa em deferimento implícito*, a esse mesmo órgão, **dos meios necessários** à integral realização **dos fins** que lhe foram atribuídos.

Cabe assinalar, ante a sua extrema pertinência, **o autorizado magistério** de MARCELLO CAETANO (“Direito Constitucional”,

vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense), **cuja observação**, no tema, **referindo-se** aos processos de hermenêutica constitucional, **assinala** que, **“Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos”** (grifei).

A Suprema Corte, **ao exercer o seu poder de indagação constitucional – consoante adverte** CASTRO NUNES (“Teoria e Prática do Poder Judiciário”, p. 641/650, 1943, Forense) –, **deve ter presente, sempre**, essa técnica lógico-racional, **fundada** na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, **através dela, conferir eficácia real** ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, **como a de que ora se cuida, consideradas** as atribuições do Tribunal de Contas da União, como **expressamente** relacionadas no art. 71 da Constituição da República.

Essa compreensão do tema tem sido manifestada pelo Supremo Tribunal Federal **em julgamentos, colegiados e monocráticos** (**MS 24.510/DF**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **MS 26.094/DF**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **MS 26.547-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **nos quais** esta Corte, **apoiando-se, precisamente, na doutrina** dos poderes implícitos, **reconhece** que a Alta Corte de Contas **dispõe dos meios necessários** à plena concretização de suas atribuições constitucionais, **ainda que não referidos, explicitamente**, no texto da Lei Fundamental.

É por isso que, em juízo de sumária cognição, **parece-me revestir-se** de legitimidade constitucional a **possibilidade teórica** de aplicação da **“disregard doctrine”**, **que permitiria ao Tribunal de Contas da União adotar** as medidas **necessárias** ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, **diretamente**, pela própria Constituição da República.

Registro que a posição dos que entendem **possível** a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica *por ato de índole administrativa* **foi acolhida** pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

“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, Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

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

- Recurso a que se nega provimento.”

(RMS 15.166/BA, Rel. Min. CASTRO MEIRA – grifei)

*De outro lado, **e a despeito** de o instituto da desconsideração da personalidade jurídica **somente** haver sido objeto de regulação legislativa *em tempos mais recentes*, como se verifica do Código Civil (art. 50) **e dos diversos *microssistemas legais*, como aqueles resultantes do Código de***

Defesa do Consumidor (art. 28), da Lei nº 9.615/98 (“Lei Pelé”, art. 27), da Lei Ambiental (Lei nº 9.605/98, art. 4º) e da Lei nº 12.529/2011 (art. 34), entre outros instrumentos normativos, parece-me que a ausência de autorização legal outorgando ao Tribunal de Contas da União competência expressa para promover “the lifting of the corporate veil” não violaria, aparentemente, o postulado da legalidade, **eis que a aplicação, em nosso sistema jurídico, da “disregard doctrine”, como sabemos, precedeu, em muitos anos, a própria edição dos diplomas legislativos anteriormente referidos, como resulta de decisões** proferidas por nossos Tribunais judiciais (RT 511/199 – RT 560/109 – RT 568/108 – RT 654/182-183 – RT 657/86 – RT 657/120 – RT 660/181 – RT 673/160) e reconhece o **magistério da doutrina** (RUBENS REQUIÃO, “Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica”, RT 410/1-12; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, “Direito Processual Civil e Direito Privado – Ensaio e Pareceres”, p. 162/164, item n. 5, 1989, Saraiva, v.g.).

Não constitui demasia relembrar, neste ponto, na linha de pioneiro estudo realizado, em 1969, pelo saudoso Professor RUBENS REQUIÃO (“Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica”, RT 410/1-12), **a lição definitiva** de FÁBIO ULHOA COELHO (“Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa”, vol. 2/60, item n. 2, 16ª ed., 2012, Saraiva) **a respeito** da matéria ora em análise, **na qual enfatiza a desnecessidade de legislação específica para viabilizar a aplicação, em nosso sistema jurídico, da “disregard doctrine”:**

“Na doutrina brasileira, ingressa a teoria no final dos anos 1960, numa conferência de Rubens Requião (1977:67/86). Nela, a teoria é apresentada como superação do conflito ente as soluções éticas, que questionam a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar sempre os sócios, e as técnicas, que se apegam inflexivelmente ao primado da separação subjetiva das sociedades. Requião sustenta, também, a plena adequação ao direito brasileiro da teoria da desconsideração, defendendo a sua

utilização pelos juízes, independentemente de específica previsão legal. Seu argumento básico é o de que as fraudes e os abusos perpetrados através da pessoa jurídica não poderiam ser corrigidos caso não adotada a 'disregard doctrine' pelo direito brasileiro. De qualquer forma, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que a desconsideração da personalidade jurídica não depende de qualquer alteração legislativa para ser aplicada, na medida em que se trata de instrumento de repressão a atos fraudulentos. Quer dizer, deixar de aplicá-la, a pretexto de inexistência de dispositivo legal expresso, significaria o mesmo que amparar a fraude." (grifei)

É importante acentuar que a aplicação do instituto da desconsideração ("*disregard doctrine*"), **por parte** do Tribunal de Contas da União, **encontraria suporte legitimador não só** na teoria dos poderes implícitos, **mas, também,** no princípio constitucional da moralidade administrativa, **que representa** um dos vetores **que devem conformar e orientar** a atividade da Administração Pública (CF, art. 37, "*caput*"), **em ordem a inibir** o emprego da fraude **e a neutralizar** a prática do abuso de direito, **que se revelam comportamentos incompatíveis** com a essência ética do Direito.

Cumprе ressaltar *que a desconsideração da personalidade jurídica constitui meio, embora de caráter extraordinário* (ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Da Desconsideração da Pessoa Jurídica – Aspectos de Direito Material e Processual", "*in*" Revista Forense, vol. 371/3-15, 7; ARRUDA ALVIM, "Desconsideração da Personalidade Jurídica", "*in*" "Direito Comercial – Estudos e Pareceres", p. 63/80, 67; JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, "Direito Societário", p. 33, 1997, Freitas Bastos, v.g.), **destinado a coibir** o abuso de direito **e a inibir** a prática de fraude **mediante indevida manipulação** do instituto da personalidade civil.

Torna-se relevante observar que a denominada "*disregard doctrine*" **representa** um importante contributo teórico **que permite** ao Estado, **agindo na perspectiva de uma dada situação concreta, afastar**, "*hic et nunc*",

de modo pontual, a personalidade jurídica de determinada entidade, em ordem a neutralizar a ocorrência de confusão patrimonial, de desvio de finalidade, de práticas abusivas e desleais ou de cometimento de atos ilícitos, além de, no plano das relações jurídicas com a Pública Administração, também prevenir ofensa ao postulado da moralidade e de resguardar a incolumidade do erário.

Cabe enfatizar que a desconsideração da personalidade jurídica, quer seja analisada sob a égide da teoria maior, quer seja discutida sob a perspectiva da teoria menor (REsp 279.273/SP, Rel. p/ o acórdão. Min. NANCY ANDRIGHI), não implica extinção da personalidade civil nem afeta a liberdade de iniciativa, pois as sociedades personificadas (*simples ou empresárias*) preservam tanto a sua autonomia jurídico-institucional, quanto a sua autonomia patrimonial em relação a terceiros.

É por essa razão que os autores advertem, ao versarem o tema da desconsideração da personalidade jurídica, que a aplicação dessa doutrina permite, como observa FÁBIO ULHOA COELHO (“Desconsideração da Personalidade Jurídica”, p. 54, 1989, RT), a superação pontual, transitória e episódica “da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica”, desde que se torne possível “verificar que ela foi utilizada como instrumento para a realização de fraude ou abuso de direito”.

Resta indagar, neste ponto, se se mostra lícito à Administração Pública valer-se da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para proteger, em sede estritamente administrativa, o interesse público primário, invocando, para tanto, muito mais do que autorização legislativa, a própria autoridade que emana, diretamente, dos princípios constitucionais que regem, em nosso sistema jurídico, a atividade administrativa.

Trata-se de questão que, examinada em passagem anterior desta decisão, põe em evidência o tema da atuação administrativa do Estado em face do princípio da legalidade.

Ninguém desconhece, quanto a referido tópico, **que a atividade** da Administração Pública, **segundo** o magistério tradicional (HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 89, item n. 2.3.1, 37ª ed., 2011, Malheiros, v.g.), **constitui** atividade “*ex lege*”, **a significar – considerada tal perspectiva – que o aparelho administrativo** do Estado **apenas** poderá agir **segundo** o que dispuser a lei, **eis que**, “na Administração Pública, só é permitido fazer o que a lei autoriza”.

É certo, no entanto, **que essa concepção tem sido criticada por diversos doutrinadores** (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 29/30, item n. 1, e p. 64/65, item n. 3.3.1, 25ª ed., 2012, Atlas, v.g.) **em razão do processo de constitucionalização do Direito Administrativo**, cujo reconhecimento **permite asserir, consoante observa** GUSTAVO BINENBOJM (“Temas de Direito Administrativo e Constitucional”, p. 6, item n. II, 2008, Renovar), **que “(...) a Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa à juridicidade” (grifei).**

Vê-se, daí, que a compreensão do tema da “disregard doctrine”, **examinado** sob o ângulo dos poderes da Administração Pública, **tal seja a posição que se venha a adotar, pode importar na superação do paradigma teórico que nega** aos órgãos administrativos, **na visão da doutrina tradicional**, a possibilidade de manifestarem *vontade autônoma* **naqueles casos em que inexistir** legislação específica.

Essa discussão da matéria, **por isso mesmo, deverá considerar** a tendência **que hoje postula** “a revisão dos paradigmas teóricos do Direito Administrativo”.

Daí a observação de RICARDO WATANABE (“Desconsideração da Personalidade Jurídica no Âmbito das Licitações”), **cujo magistério**

sobre o tema, **orientando-se** no sentido que postula a revisão desse paradigma teórico, vai a seguir reproduzido:

“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.*

.....
*Destarte, o simples fato de não haver norma específica autorizando a desconsideração da personalidade jurídica **não pode impor** à Administração que permita atos que **afrotem** a moralidade administrativa e os interesses públicos envolvidos.*

(...). *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.”
(grifei)

É preciso ressaltar que a atividade estatal, **qualquer** que seja o domínio institucional de sua incidência, **está necessariamente subordinada** à observância de parâmetros ético-jurídicos **que se refletem na consagração constitucional** do princípio da moralidade administrativa.

Esse postulado fundamental, **que rege** a atuação do Poder Público, **confere substância e dá expressão** a uma pauta de valores éticos **em que se funda** a ordem positiva do Estado.

É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, **ao impor limitações** ao exercício do poder estatal, **legitima** o controle externo **de todos** os atos, **quer os emanados** do Poder Público, **quer aqueles praticados** por particulares **que venham** a colaborar *com o Estado na condição* de licitantes **ou** contratados **e que transgridam** os valores éticos **que devem** pautar o comportamento dos órgãos e agentes governamentais.

Impõe-se registrar, *por necessário, ainda* que esta afirmação *não envolva qualquer* manifestação conclusiva sobre a presente controvérsia mandamental, **que a possibilidade de aplicação** da desconsideração da personalidade jurídica *por órgãos administrativos, desde* que utilizada como meio de coibir o abuso de direito **e o desrespeito** aos princípios que condicionam a atividade do Estado, **tem sido reconhecida por autorizado magistério doutrinário** (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, p. 969, item n. 7.5, 25ª ed., 2012, Atlas; MARIANNA MONTEBELLO “Os Tribunais de Contas e a ‘Disregard

Doctrina”; FLAVIA ALBERTIN DE MORAES “A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Processo Administrativo Punitivo”, “in” RDA 252/45-55; SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY, “A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica: aplicação no direito administrativo”; JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR e MARINÊS RESTELATTO DOTTI, “A Desconsideração da Personalidade Jurídica em Face de Impedimentos para Participar de Licitações e Contratar com a Administração Pública: limites jurisprudenciais”; MARIANA ROCHA CORRÊA, “A Eficácia da Desconsideração Expansiva da Personalidade Jurídica no Sistema Jurídico Brasileiro”, 2011, EMERJ, v.g.), valendo referir, em face de sua precisa análise, fragmento da obra de MARÇAL JUSTEN FILHO (“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, p. 955/956, item n. 6, 15ª ed., 2012, Dialética):

“6) Desconsideração da pessoa jurídica

Tema que tem merecido pequena atenção no âmbito da contratação administrativa é o da desconsideração da pessoa jurídica, que já foi referido de passagem acima, nos comentários ao art. 9º. Trata-se de doutrina desenvolvida no âmbito do direito comparado, destinada a reprimir a utilização fraudulenta de pessoas jurídicas. Não se trata de ignorar distinção entre a pessoa da sociedade e a de seus sócios, que era formalmente consagrada pelo art. 20 do Código Civil/1916. Quando a pessoa jurídica for a via para realização da fraude, admite-se a possibilidade de superar-se sua existência. Essa questão é delicada, mas está sendo enfrentada em todos os ramos do Direito. Nada impede sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo, desde que adotadas as cautelas cabíveis e adequadas. Não se admite que se pretenda ignorar a barreira da personalidade jurídica sempre que tal se revele inconveniente para a Administração. A desconsideração da personalidade societária pressupõe a utilização ilegal, abusiva e contrária às boas práticas da vida empresarial. E a desconsideração deve ser precedida de processo

administrativo específico em que sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório a todos os interessados.” (grifei)

É importante reconhecer que a pessoa jurídica **não pode ser manipulada**, *com o ilícito objetivo* de **viabilizar** o abuso de direito e a prática de fraude, *principalmente no que concerne* aos procedimentos licitatórios, **pois essas são ideias** que se revelam frontalmente **contrárias** ao dever de moralidade e de probidade, **que constituem deveres** que se impõem à observância da Administração Pública e dos participantes. **O licitante de má-fé**, *por isso mesmo*, **deve** ter a sua conduta *sumariamente repelida* pela atuação das entidades estatais e de seus órgãos de controle, **que não podem tolerar** o abuso de direito e a fraude *como práticas descaracterizadoras* da essência ética do processo licitatório.

Vale referir, neste ponto, **a edição** de importante instrumento normativo, **qual seja a Lei nº 12.846**, publicada em 1º de agosto de 2013, **ainda** em período de “*vacatio legis*”, **que dispõe** “*sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública (...)*”, **e que disciplina**, entre outros dispositivos, **a matéria que se vem analisando:**

“Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

.....

III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV – no tocante a licitações e contratos:

.....

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

.....

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

É preciso reconhecer, presente esse contexto, que a desconsideração da personalidade jurídica, como anteriormente assinalado, **configura prática excepcional**, cuja efetivação **impõe** ao Estado a necessária observância de postulados básicos **como a garantia** do "due process of law", **que representa indisponível prerrogativa** de índole constitucional **assegurada** à generalidade das pessoas.

No que se refere à alegada violação ao art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, **não se desconhece que o postulado da intranscendência impede** que sanções e restrições de ordem jurídica **superem a dimensão estritamente pessoal** do infrator.

Na realidade, **essa tem sido** a percepção do tema **no âmbito** da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (**AC 266-QO/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AC 1.033-AgR-QO/DE**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AC 1.761/AP**, Rel. Min. EROS GRAU – **AC 1.936/SE**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **AC 2.228/DE**, Rel. Min. AYRES BRITTO – **AC 2.270/ES**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **AC 2.317-MC-REF/MA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ACO 925-MC-REF/RN**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ACO 970-TA/PA**, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.), **cujos pronunciamentos põem em evidência** o fato de que **medidas restritivas de**

ordem jurídica **não podem transcender** a esfera subjetiva daquele **que** **incidiu** em práticas reputadas ilícitas pela Administração Pública.

Cabe relembrar, no entanto, *por oportuno*, **a esclarecedora lição** de MARÇAL JUSTEN FILHO (“**Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**”, p. 1.014, item n. 1.5, 15ª ed., 2012, Dialética), **ao comentar essa matéria, especificamente** no que se refere ao procedimento licitatório:

“É usual submeter essa discussão à figura da desconsideração da pessoa jurídica. O tema foi versado em várias passagens anteriormente. Tem-se reputado cabível a extensão do sancionamento à pessoa física ou a terceiros na medida em que se evidencie a utilização fraudulenta e abusiva da pessoa jurídica. Isso não equivale a estabelecer que toda e qualquer penalidade administrativa será automaticamente aplicada também aos controladores e administradores. O que se reconhece é que, diante da comprovação da prática reprovável da pessoa física, que configure utilização abusiva e fraudulenta da pessoa jurídica, poderá ser admitida a extensão da penalidade também a outros sujeitos.”
(grifei)

Todas as considerações que venho de fazer, **ainda** que expostas **em sede de sumária cognição e fundadas em juízo meramente precário (sem qualquer manifestação conclusiva**, portanto, **em torno** da postulação mandamental), **levar-me-iam a denegar** o pleito cautelar ora deduzido **na presente** causa.

Ocorre, no entanto, **que razões de prudência** e o reconhecimento da plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte impetrante **impõem** que se outorgue, *na espécie*, **a pretendida** tutela cautelar, **seja porque** esta Suprema Corte **ainda não se pronunciou** sobre a validade da aplicação da “*disregard doctrine*” **no âmbito** dos procedimentos administrativos, **seja porque** há eminentes doutrinadores, **apoiados** na cláusula constitucional da **reserva de jurisdição**, **que entendem**

MS 32494 MC / DF

imprescindível a existência *de ato jurisdicional* para legitimar a desconsideração da personalidade jurídica (o que tornaria inadmissível a utilização dessa técnica por órgãos e Tribunais administrativos), **seja porque** se mostra relevante examinar o tema da **desconsideração expansiva** da personalidade civil **em face do princípio da intranscendência** das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos, **seja, ainda, porque** assume significativa importância o debate **em torno** da possibilidade de utilização da “*disregard doctrine*”, **pela própria** Administração Pública, **agindo “pro domo sua”, examinada essa específica questão na perspectiva** do princípio da legalidade.

Sendo assim, em sede *de estrita* deliberação, e *sem prejuízo* de ulterior reexame da pretensão mandamental **deduzida** na presente causa, **defiro** o pedido de medida liminar, **para suspender, cautelarmente, a eficácia do item 9.4** do Acórdão nº 2.593/2013 **do Plenário** do E. Tribunal de Contas da União.

Comunique-se, com urgência, **transmitindo-se cópia** da presente decisão à Presidência do E. Tribunal de Contas da União.

2. **Requisitem-se** informações ao E. Tribunal de Contas da União, *órgão apontado como coator*.

3. **Dê-se** ciência ao eminente Senhor Advogado-Geral da União (**Lei Complementar** nº 73/93, art. 4º, III, e art. 38, **c/c** o art. 7º, II, da Lei nº 12.016/2009 e o art. 6º, “*caput*”, da Lei nº 9.028/95).

Publique-se.

Brasília, 11 de novembro de 2013.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator