

Aplicação da Lei 12.846/2013 como instrumento para afastar a participação de licitante sancionado com impedimento de licitar/contratar por outro ente federativo

Tese submetida à Comissão Científica da 49ª edição do Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – Tema: “Sustentabilidade e direito ao futuro: o papel da Advocacia Pública”.

XLIX CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL

2023

RESUMO

Este artigo pretende analisar as dificuldades que se põe à Administração no seu processo de contratação que, por vezes, atrai atores mal-intencionados, sem preocupação com o adimplemento. Em situação em que não é possível inabilitar o licitante com base na lei de licitações, deve o operador analisar a Lei nº 12.846/93, para verificar a possibilidade de antecipação dos efeitos das sanções, a fim de afastar licitante com atuação fraudulenta.

Palavras-chave: Administração Pública- Licitação- Impedimento de Licitar- Lei Anticorrupção- Antecipação dos efeitos da suspensão/interdição de atividades.

1. INTRODUÇÃO

A noção de sustentabilidade, normalmente, remete, quanto ao pensamento ordinário, às ideias de meio ambiente, mais precisamente ao conceito de desenvolvimento sustentável¹, isto é, aquele que busca conciliar, na maior medida possível, o crescimento com a manutenção de recursos para as gerações futuras, sem incrementar os riscos ambientais.

No entanto, não é difícil entender que a noção de sustentabilidade vai além do prisma ambiental. Remete a tudo o que se pode manter, defender por si mesmo. A advocacia pública deve ter uma preocupação com a sua sustentabilidade e com a dos Estados em que está inserida, garantindo a manutenção das condições sociais e econômicas, para que sua função constitucional, insculpida no Art. 132, seja exercida com cada vez maior qualidade. No seu mister de analisar as contratações públicas, deve garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais, a fim de que seja assegurada a eficiência do processo de contratação.

A advocacia pública tem o papel de, ao proferir seu parecer obrigatório em processos de licitação², garantir para que todo o procedimento legal esteja sendo seguido,

¹ THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 56 e ss.

² Art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/93: “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”. Art. 53 da Lei nº 14.133/2021: “Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação”.

buscando que as condições do edital e do contrato sejam vantajosas para a Administração, de modo que possa atingir a finalidade que pretende com o certame.

Ocorre que a prática demonstra que não é incomum que participem de licitações contratantes descomprometidos/mal-intencionados ou mesmo que buscam algum tipo de vantagem indevida. Assim, é dever do gestor, juntamente com seus órgãos de consultoria, pensar em mecanismos que possam servir para afastar esse tipo de participante.

De uma maneira geral, um edital e um contrato realísticos e bem-feitos podem servir para afastar muitos “*players*” temerários. No entanto, pode ser que, mesmo assim, algum licitante aventureiro participe e consiga apresentar a melhor proposta. A questão que se põe neste caso é: o que fazer? Deve a Administração contratar com esse licitante, mesmo tendo fundadas suspeitas de que não irá adimplir o contrato?

Para dar maior concretude a este trabalho, parte-se de caso prático. Imagine que uma empresa X tenha sido classificada em primeiro lugar em pregão eletrônico. Na análise da habilitação, os pregoeiros verificaram indícios de que a sociedade empresária foi criada com o intuito de burlar os efeitos das sanções de impedimento de licitar aplicadas a 7 outras pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo familiar. Os pregoeiros verificaram, ainda, outros indícios que apontam no sentido da constituição da pessoa jurídica como forma de burlar os efeitos da já citada sanção, tal como a inexistência de alguns dos endereços fornecidos como sedes das empresas. No entanto, percebem que, formalmente, há o preenchimento de todos os requisitos de habilitação financeira e técnica, não havendo outros motivos para inabilitação.

Partindo desse exemplo, este artigo pretende enfrentar alguns pontos mais consolidados na doutrina e na jurisprudência e, posteriormente, avançar para algumas situações mais sensíveis e, por fim, sugerir proposta de tese. Assim, enfrentar-se-ão: (i) a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica para expansão dos efeitos da sanção a outra sociedade do mesmo grupo familiar; (ii) os efeitos territoriais da sanção de impedimento de licitar/contratar e a impossibilidade de inabilitação de licitante já punido por outro ente federativo; (iii) a possibilidade de abertura de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) e suspensão da licitação, bem como a aplicação de medidas cautelares judiciais para afastamento da sociedade empresária da licitação até o término do PAR.

2. DA ADMISSÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

No que diz respeito à possibilidade jurídica de inabilitar a licitante em razão de sanções aplicadas a outras pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo familiar, tem-se como primeiro obstáculo a personalidade jurídica distinta, o que não permite, em um primeiro momento, que se estendam os efeitos das penalidades aplicadas a uma pessoa jurídica a outra diversa.

Todavia, o art. 50, *caput* do Código Civil autoriza a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade pelo juiz em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. O §1º do mesmo dispositivo, por sua vez, define o desvio de finalidade como sendo a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência³ no sentido da possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica diretamente pela Administração, naquelas hipóteses em que se verifica a constituição de uma nova sociedade, com o mesmo objeto social, mesmos sócios e mesmo endereço, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, por detectar, em tais casos, abuso de forma e fraude à lei de licitações.

³ STJ, 2ª Turma, RMS 15166/BA, Rel. Min. Castro Meira, DJ 8.9.2003: “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, 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”.

No Acórdão 1831/2014, o Plenário do TCU, ao enfrentar situação análoga, fixou parâmetros para identificar a ocorrência de abuso da personalidade jurídica:

"O abuso da personalidade jurídica evidenciado a partir de fatos como (i) a completa identidade dos sócios-proprietários de empresa sucedida e sucessora, (ii) a atuação no mesmo ramo de atividades e (iii) a transferência integral do acervo técnico e humano de empresa sucedida para a sucessora permitem a desconsideração da personalidade jurídica desta última para estender a ela os efeitos da declaração de inidoneidade aplicada à primeira, já que evidenciado o propósito de dar continuidade às atividades da empresa inidônea, sob nova denominação. (...) No caso vertente, anotou o relator, há "muito mais elementos de convicção acerca da existência de tentativa de burla ao disposto na Lei 8.666/1993 do que a hipótese delineada no acórdão mencionado". Em seu entendimento, "três características fundamentais permitem configurar a ocorrência de abuso da personalidade jurídica neste caso: a) a completa identidade dos sócios-proprietários; b) a atuação no mesmo ramo de atividades; c) a transferência integral do acervo técnico e humano". Prosseguindo, anotou que, embora a legislação civil garanta às pessoas jurídicas existência distinta da de seus donos, "tal proteção não abrange os casos de abuso, a exemplo de simulações que operam à margem da lei, como a aqui examinada". Nesses termos, considerando que os elementos colhidos em contraditório não foram capazes de afastar "os indícios de que a incorporação foi realizada exclusivamente com o intuito de possibilitar a supressão da pena administrativa anteriormente aplicada", o Plenário acolheu a proposta do relator, julgando procedente a Denúncia e cientificando os órgãos competentes de que a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública imposta à incorporada se estende à empresa incorporadora"⁴.

Esses entendimentos foram contemplados na Lei nº 14.133/2021 que, em seu Art. 160, dispôs que *"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, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito,*

⁴ TCU, Plenário, Acórdão 1.831/2014, Rel. Min. José Múcio Monteiro, j. 09.07.2014.

com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia”.

Assim, é razoavelmente pacificado que, uma vez evidenciado o abuso da personalidade jurídica, revela-se juridicamente possível, em tese, a desconsideração da personalidade jurídica pela Administração para fins de extensão dos efeitos da sanção aplicada a outra empresa do mesmo grupo societário.

3. EFEITOS TERRITORIAIS DO IMPEDIMENTO DE LICITAR

Verificada a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, com a extensão da sanção a outra sociedade do mesmo grupo, o questionamento recai se essa expansão seria suficiente para inabilitar a sociedade empresária teoricamente primeira classificada em certame licitatório.

A sanção de impedimento de licitar e contratar encontra previsão no art. 7º da Lei nº 10.520/02⁵, guardando paralelo com o Art. 87, III da Lei nº 8.666/93, que indicava a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração.

Sempre houve relevante debate na doutrina e na jurisprudência sobre os limites da extensão das penalidades- inclusive da declaração de inidoneidade-, tendo várias correntes se formado a respeito do tema.

⁵ 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 Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Uma primeira, defendida no âmbito do TCU⁶, faz distinção entre os termos “Administração” e “Administração Pública”, com base nos Arts. 6º, XI e XII e 87, III e IV da Lei nº 8.666/93. A pena de suspensão produziria efeitos limitados à entidade que a aplicou, não desbordando para outras esferas da federação.

Uma segunda posição guarda pertinência com a jurisprudência do STJ, no sentido de que tanto a sanção de impedimento quanto a de inidoneidade impossibilitam a participação em certames de quaisquer órgãos ou entidades. A ideia em essência guarda correspondência no princípio constitucional da moralidade- Art. 37, caput- e na noção de que a Administração Pública é una, existindo apenas descentralizações territoriais, de serviços ou por colaboração. Nesse sentido, aponta a Egrégia Corte da cidadania:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR. ALCANCE DA PENALIDADE. TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). **2. De acordo com a jurisprudência do STJ, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública** (MS 19.657/DF, rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe

⁶Vide TCU, Acórdão 3439/2012, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, j. 10.12.2012: ““a penalidade de suspensão temporária/impedimento de contratar, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, incide sobre a Administração, isto é, somente em relação ao órgão ou à entidade contratante, nos termos em que decidiu o Tribunal no Acórdão 3243/2012-Plenário”. Essa posição também guarda aceitação na doutrina, v. PEREIRA JR., Jessé Torres. Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.790.

23/08/2013).

3. Agravo desprovido⁷.

Por fim, uma terceira posição se inclinava no sentido de que nenhuma das penalidades poderia produzir efeitos para além do ente público que a havia cominado, sob pena de violação ao princípio federativo. Em suas lições, Flávio Amaral Garcia⁸ abona a referida linha, apontando que, em se tratando de sanções, a interpretação deve ser restritiva e, caso se permitisse a aplicação com efeitos extracontratuais em hipóteses absolutamente não necessárias, poder-se-ia ver agravados os custos de transação, além de colocar em risco o princípio da preservação da empresa.

Se, durante a vigência da Lei nº 8.666/93, ainda residia alguma polêmica sobre a matéria- embora predominasse a primeira posição-, a situação parece sanada com as previsões dos §4º e 5º do Art. 156 da Lei nº 14.133/2021. O impedimento impossibilitará o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos. Já a declaração de inidoneidade impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.

Diante disso, ainda que a autoridade competente ateste a presença dos requisitos caracterizadores do abuso da personalidade jurídica para fins de sua desconsideração, não será possível inabilitar a empresa do mesmo grupo econômico. A extensão dos efeitos da sanção de impedimento de licitar e contratar aplicada por outro ente federativo não traria como consequência a impossibilidade de participar do certame.

Parece pertinente apontar que, durante a vigência da Lei nº 8.666/93, poderia uma empresa concorrente, com base na jurisprudência do STJ, requerer a inabilitação de outra, talvez com algum grau de êxito. Por sua vez, a Administração só poderia manejar a via judicial para requerer a exclusão de licitante caso não tivesse se autovinculado em seus editais. Se houvesse previsão expressa da possibilidade de participação, a utilização

⁷ STJ, 1ª Turma, AIRESP1382362, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJE 31/03/2017.

⁸ GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 418.

da via judicial seria verdadeira violação à boa-fé objetiva, na modalidade vedação ao comportamento contraditório⁹, para além da violação à vinculação ao instrumento convocatório.

Posto este cenário, vale retomar o caso abordado na introdução. Os pregoeiros verificaram indícios de que a sociedade empresária foi criada com o intuito de burlar os efeitos das sanções de impedimento de licitar aplicadas a 7 outras pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo familiar. Os pregoeiros verificaram, ainda, outros indícios que apontam no sentido da constituição da pessoa jurídica como forma de burlar os efeitos da já citada sanção, tal como a inexistência de alguns dos endereços fornecidos como sede das empresas.

Se a inabilitação com base nas diversas sanções de impedimento de licitar não seria possível- uma vez que aplicadas por entes distintos- o que poderia o gestor fazer para evitar a contratação com uma empresa que, muito provavelmente, não adimpliria o objeto?

Uma medida cabível e a alcance dos pregoeiros seria uma verificação atenta aos requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira previstos no edital. Nesse sentido leciona Ronny Charles:

“uma vez que a maioria destes fraudadores costuma utilizar “laranjas”, evitando a participação direta em mais de uma sociedade, talvez seja mais eficiente, em alguns casos, como instrumento para coibir tais embustes. A exigência séria e planejada de requisitos de qualificação técnica (art. 30) e qualificação econômico-financeira”¹⁰.

No entanto, não seria de se estranhar se a empresa constituída com intuito fraudatório possuísse todos os requisitos de habilitação técnica e econômica necessários. Nesses casos, seria obrigatório que a Administração a contratasse e, apenas se

⁹ SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

¹⁰ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Lei de licitações públicas comentada*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p.968.

inadimplido, fizesse a convocação eventual do segundo colocado ou do remanescente? É justamente essa questão que passamos a enfrentar à luz da Lei nº 12.846/2013, uma vez que a lei anticorrupção aparenta trazer um caminho para a resolução de tal tipo de controvérsia.

IV. POSSIBILIDADE DE ABERTURA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO E SUSPENSÃO DA LICITAÇÃO

A partir dos grandes escândalos de corrupção investigados na primeira década deste século e, diante necessidade de proteção da moralidade, o legislador nacional, na esteira das normativas internacionais, editou a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

O art. 2º da lei estatui um amplo comando de responsabilização, dispondo que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos na lei, praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Em alguma medida, parece que os operadores do direito ainda não guardam maior familiaridade com suas disposições e potenciais. Quanto às previsões da Lei federal nº 12.846/2013, esta apresenta duas modalidades de responsabilização. A primeira estritamente administrativa, e que pode redundar em duas sanções: a multa, e a publicação extraordinária da decisão condenatória, previstas no Art. 6º da normativa.

No entanto, na forma do Art.18, a responsabilização na esfera administrativa não afasta a possibilidade de sancionamento na esfera judicial. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º da lei, as advocacias públicas e o Ministério Público, poderão requerer, em juízo, as seguintes sanções: I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades

públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Assim, o operador deve atentar-se que as esferas de responsabilização são independentes entre si, havendo apenas a condicionante para o Ministério Público que, a fim de requerer a aplicação das sanções do Art. 6º da Lei n.º 12.846/2013, deverá comprovar a mora da administração pública na apuração do processo administrativo de responsabilização (PAR). Há que se destacar que o Ministério Público, como regra, pode requerer as sanções judiciais independentemente da existência do PAR.

A administração, por sua vez, para aplicar as sanções do Art. 6º, deveria realizar a apuração preliminar e o processo correspondente. Ocorre que a Lei n.º 12.846/2013 não obriga que a responsabilização judicial pela administração ocorra somente após o desfecho do PAR, embora essa conclusão fosse a mais elementar, diante da necessidade de apuração interna do ocorrido. Assim, uma premissa importante para esta tese é a de que a atuação judicial da advocacia pública para pedir as sanções do Art. 19 da Lei Anticorrupção, como regra, ocorrerá após a apuração do PAR. De maneira excepcional e devidamente motivada, ausente obrigação legal de se esperar a conclusão dos trabalhos administrativos, é possível o ingresso da ação referida no Art. 18.

No que diz respeito à possibilidade de instauração de Processo Administrativo de Responsabilização a partir de uma contratação, destaca-se a necessidade de que seja verificada a existência de indícios mínimos de atos lesivos praticados contra a administração pública, com a subsunção da conduta praticada pela pessoa jurídica a uma daquelas descritas no art. 5º da Lei n.º 12.846/2013. Na hipótese tratada nesta tese, o Art. 5º, IV, expressamente aponta como ato lesivo “criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo”. A norma busca inibir que empresas burlam restrições à licitação, por meio da criação de outra pessoa jurídica, protegendo a efetividade da aplicação das sanções.

O fato de a sanção de suspensão temporária da participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração não abranger o ente contratante, não parece impedir que seja iniciada a investigação preliminar/ Processo Administrativo de Responsabilização, verificados indícios mínimos da conduta. A administração pode

apurar se a sociedade empresária foi constituída com o fim de burlar sanção, seja para licitar em seu Estado, seja em outro ente federativo, garantindo a incolumidade das contratações. É importante ter-se em mente que estamos tratando de sancionamentos diversos. O primeiro foi um inadimplemento que deu origem ao impedimento de licitar restrito ao ente aplicador. O segundo foi uma violação à lei anticorrupção- com a criação de sociedade empresária para fraudar licitação- e neste ponto, por se tratar de lei nacional, pode deflagrar a iniciativa investigatória por qualquer ente¹¹.

A investigação preliminar/PAR, atestando a existência de indícios mínimos, poderá determinar medida cautelar¹² apta a evitar prejuízo à administração, na forma do Art. 10 da Lei nº 12.846/2013. Assim, ainda que não fosse possível inabilitar a empresa, em havendo indícios mínimos razoáveis e convencida a Administração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, é dado à autoridade máxima do órgão ou entidade ao menos suspender os efeitos do ato objeto do PAR/investigação preliminar, qual seja a licitação, até a apuração definitiva e eventual aplicação das sanções do Art. 6º e 19.

V. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANTECIPADA DA SANÇÃO DE SUSPENSÃO/INTERDIÇÃO DAS ATIVIDADES

Ocorre que entendemos ser possível ir além. Em situações excepcionais, em que haja relevantes indícios de que a sociedade empresária foi constituída com intuito

¹¹ Apontando problema análogo sob a perspectiva da desconsideração da personalidade jurídica, TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Lei de licitações públicas comentada*. 14º ed. Salvador: Juspodivm, 2023, p.853: “uma delas é que, diferentemente do que ocorre em outras aplicações do instituto (nos processos cíveis, trabalhistas ou fiscais, por exemplo), em relação ao ambiente licitatório, a autoridade que aplicará a sanção original e a que avaliará eventual desconsideração da personalidade jurídica, na prática, pode não ser a mesma”.

¹² HEINEN, Juliano. *COMENTÁRIOS À LEI ANTICORRUPÇÃO. 1 ED.* Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 206: “A comissão poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação(artigo 10, §2º). Por exemplo, pode-se sugerir que determinada autoridade suspenda os pagamentos de um contrato que possui seu equilíbrio econômico-financeiro alterado fraudulentamente, a fim de prejudicar os cofres públicos. Essa ferramenta jurídica é profícua, porque permite evitar a ocorrência de maiores danos ao erário. Deve, no caso, é claro, ser admitida toda a parcimônia quando certa atividade estatal está sob suspeita. Nada impede que as medidas cautelares possam ser requeridas, também, na petição inicial de eventual ação judicial a ser intentada. Em todo o caso, a regra em questão reclama uma atividade hermenêutica complementar, uma vez que não indicou nenhum requisito para indeferimento da cautelar. Significa dizer que o dispositivo deve ser complementado pelos processos de integração e/ou interpretação. No caso, pensa-se que a melhor solução consiste em tomar por base as condições necessárias para o deferimento das medidas cautelares judiciais, quais sejam, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*”.

fraudatório e haja efetivo perigo da demora decorrente da mera suspensão do processo licitatório- em se comprovando a inviabilidade de se aguardar o término do PAR para atender aquela pretensão de contratação pela Administração- parece ser possível que a advocacia pública maneje os instrumentos judiciais necessários para conferir a antecipação de tutela da sanção do Art. 19, II, qual seja, a suspensão/interdição parcial de atividades¹³, impedindo que o licitante mal intencionado continue naquele certame. Essa conclusão é uma decorrência da premissa já fixada de que as instâncias da lei anticorrupção são separadas e o legislador federal não obrigou que se aguardasse a finalização do PAR para que houvesse o ingresso com a ação judicial.

Confirma essa conclusão o fato indubitável de o Ministério Público não precisar aguardar o Processo Administrativo de Responsabilização, podendo ingressar direto com a ação judicial e pedir as sanções do Art. 19. Se é dado ao órgão ministerial fazê-lo não parece que essa prerrogativa não caiba à advocacia pública, especialmente diante do silêncio da lei, até porque bastaria que a Administração provocasse o *parquet* se tal prerrogativa lhe fosse retirada.

Além disso, é certo que, se esses pedidos podem ser deferidos em tutela definitiva, podem ser feitos em tutela de urgência, desde que comprovados os requisitos para tanto e que a suspensão/interdição parcial das atividades para aquele certame específico é medida proporcional.

É relevante lembrar que a previsão do §3º do Art. 300 do CPC, que aponta a irreversibilidade dos efeitos da decisão como impeditivo da tutela, não é absoluta, sendo

¹³ HEINEN, Juliano. *COMENTÁRIOS À LEI ANTICORRUPÇÃO. 1 ED.* Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 258: “A referida penalidade não é novidade no âmbito administrativo, porque já era, há muito, aplicada quando evidenciada fraude em certames licitatórios (Lei nº 8.666/93, artigo 87, incisos III e IV). Tais medidas evidenciam restrições parciais ao direito de exercício da atividade econômica de fornecimento de bens e serviços aos entes estatais. Claro que essa sanção diferencia-se para com a punição prevista na Lei nº 12.846/2013, na medida em que a primeira restringe a atuação da pessoa jurídica somente quanto ao Poder Público, enquanto que a Lei Anticorrupção permite a restrição em outras searas, inclusive no limiar do mercado (segundo setor). Além disso, à lei de licitações admite que a interdição seja aplicada pela autoridade administrativa, o que não é possível pela Lei nº 12.846/2013, tendo em vista que a sanção em pauta reclama reserva de jurisdição, ou seja, somente pode ser aplicada pela via jurisdicional. Essa figura punitiva acaba por limitar a autonomia pessoal da pessoa jurídica, embora, claro, com um âmbito diferente do que a privação de liberdade de uma pessoa natural. Há, aqui, uma verdadeira desqualificação da empresa para executar certas atividades inerentes aos seus fins sociais. Ao contrário de outras sanções, ela tem por meta operar para o futuro, protegendo a coletividade contra o risco de que o agressor possa voltar acometer infrações lesivas à ordem pública, a partir de posições profissionais ou comerciais inerentes às atividades desempenhadas pela pessoa jurídica”.

este inclusive o teor do Enunciado 419 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Importa ressaltar que a matéria poderia facilmente ser resolvida em perdas e danos ao particular que conseguisse comprovar a ausência de irregularidades e que teria sido efetivamente preterido em violação ao princípio da isonomia, conforme Art. 302 do CPC. Assim, na eventual hipótese em que se prove que não houve qualquer atuação fraudulenta, poderia ser indenizado por eventuais lucros legítimos que estariam incluídos em sua proposta, então primeiro classificada.

Desse modo, entendemos que, em casos excepcionais, comprovado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* seria possível requerer a antecipação dos efeitos da tutela da sanção de interdição/suspensão para afastar licitante que tenha notório intuito fraudatário, ainda que esteja sancionado apenas com impedimento de licitar e preencha os demais requisitos de habilitação.

VI. CONCLUSÕES

A noção de sustentabilidade vai além do prisma ambiental. Remete a tudo o que se pode manter, defender por si mesmo. A advocacia pública deve ter uma preocupação com sua sustentabilidade e com a dos Estados em que está inserida, garantindo a manutenção das condições sociais e econômicas para que sua função constitucional seja exercida. Na sua tarefa de parecer obrigatório em licitações, deve garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais e orientar o gestor sobre as melhores modelagens, impedindo, se possível, a participação de contratantes descomprometidos/mal-intencionados ou mesmo que buscam algum tipo de vantagem indevida.

Para dar maior concretude a este trabalho, partiu-se de caso prático, em que uma empresa X foi classificada em primeiro lugar em pregão eletrônico. Na análise da habilitação, os pregoeiros verificaram indícios de que a sociedade empresária foi criada com o intuito de burlar os efeitos das sanções de impedimento de licitar aplicadas a 7 outras pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo familiar. Os pregoeiros verificaram, ainda, outros indícios que apontam no sentido da constituição da pessoa jurídica como forma de burlar os efeitos da já citada sanção, tal como a inexistência de alguns dos endereços fornecidos como sede das empresas.

É razoavelmente pacificado que, uma vez evidenciado o abuso da personalidade jurídica, revela-se possível, em tese, a desconsideração da personalidade pela Administração, para fins de extensão dos efeitos da sanção aplicada a outra empresa do mesmo grupo societário.

No entanto, ainda que se admita a desconsideração da personalidade jurídica, para o caso em questão, não será possível inabilitar a outra empresa do grupo econômico, em razão dos efeitos territoriais da sanção de impedimento de licitar e contratar aplicada por ente federativo que não o contratante.

Desse modo, a discussão que se travou neste artigo procurou endereçar soluções para que a Administração não seja impelida a contratar com sociedade empresária fraudulenta que, dificilmente, irá adimplir o objeto, mesmo que possua todos os requisitos de habilitação previstos na lei de licitações e tenha sua proposta classificada em primeiro lugar.

Na hipótese tratada nesta tese, o Art. 5º, IV da Lei 12.846/2013 expressamente aponta como ato lesivo “criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo”. A norma busca inibir que empresas burlam restrições à licitação, por meio da criação de outra pessoa jurídica, protegendo a efetividade da aplicação das sanções.

O fato de a sanção de suspensão temporária da participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração não abranger o ente contratante, não parece impedir que seja iniciada a investigação preliminar/ Processo Administrativo de Responsabilização da Lei Anticorrupção, verificados indícios mínimos da conduta. Estamos tratando de sancionamentos diversos. O primeiro foi um inadimplemento que deu origem ao impedimento de licitar restrito ao ente aplicador. O segundo foi uma violação à lei anticorrupção- com a criação de sociedade empresária para fraudar licitação- e neste ponto, por se tratar de lei nacional, pode deflagrar a iniciativa investigatória por qualquer ente.

Assim, ainda que não fosse possível inabilitar a empresa, em havendo indícios mínimos razoáveis e convencida a Administração do *fumus boni iuris* e do *periculum in*

mora, é dado à autoridade máxima do órgão ou entidade ao menos suspender os efeitos do ato objeto do PAR/investigação preliminar, qual seja a licitação, até a apuração definitiva e eventual aplicação das sanções do Art. 6º e 19.

No entanto, é possível ir além. Apontou-se que a Lei n.º 12.846/2013 não obriga que a responsabilização judicial pela administração ocorra somente após o desfecho do PAR, embora essa conclusão fosse a mais elementar, diante da necessidade de apuração interna do ocorrido. Assim, uma premissa importante deste trabalho foi a de que a atuação judicial da advocacia pública para pedir as sanções do Art. 19 da Lei Anticorrupção, como regra, ocorrerá após a apuração do PAR. De maneira excepcional e devidamente motivada, ausente obrigação legal de se esperar a conclusão dos trabalhos administrativos, é possível o ingresso da ação referida no Art. 18. Nestes casos, deve-se comprovar a inviabilidade de se aguardar o término do PAR para atender aquela pretensão de contratação pela Administração.

Assim, como proposta de tese veiculamos que, em casos excepcionais, comprovado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, seria possível requerer a antecipação dos efeitos da tutela da sanção de interdição/suspensão para afastar licitante que tenha notório intuito fraudatório, ainda que esteja sancionada apenas com impedimento de licitar e preencha os demais requisitos de habilitação. A tese central no judiciário não deve focar tanto na sanção de impedimento, mas sim na criação de pessoa jurídica com intuito fraudulento em violação à Lei Anticorrupção.

VI. BIBLIOGRAFIA

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

HEINEN, Juliano. *Comentários à lei anticorrupção*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PEREIRA JR., Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Lei de licitações públicas comentada*. 11º ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

_____. *Lei de licitações públicas comentada*. 14º ed. Salvador: Juspodivm, 2023