

Desconsideração da Personalidade Jurídica e a nova Lei de Licitações

Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei 14.133/2021

Desde os primórdios, o ser humano tende a se associar para o exercício de diversas atividades comuns. Se unem com a atenção voltada a fins não econômicos e também para fins econômicos, como as atividades empresárias, de maneira geral.

Neste intuito, modernamente, as pessoas naturais criam pessoas jurídicas para a realização das ações inerentes a este grupo. Não seria razoável que cada componente desta “associação” assumisse obrigações em seu nome, responsabilizando-se patrimonialmente por todo o empreendimento.

Daí a necessidade de criação de uma pessoa diferente daquelas que a compõe ou criaram para relacionar-se juridicamente e atingir os objetivos colimados.

Tal providência gera maior segurança para as pessoas que se associam para determinada finalidade, vez que terão seu patrimônio pessoal preservado em face dos negócios entabulados pela pessoa jurídica, que responderá com seu próprio

patrimônio.

A *regra de ouro*, portanto, no ordenamento pátrio é a autonomia patrimonial. Significa dizer que o patrimônio da pessoa física não pode ser confundido com o patrimônio da pessoa jurídica, sob pena de faltar a segurança jurídica adequada a quem estabelece pessoa jurídica para negócios de maneira geral.

A profa. Maria
Helena Diniz[1]
elucida tal situação:

A pessoa jurídica é uma realidade autônoma, capaz de direitos e obrigações, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não tem nenhum vínculo, agindo por si só, comprando, vendendo, alugando, etc., sem qualquer ligação com a vontade individual das pessoas físicas que dela fazem parte.

Neste sentido, a Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) ao acrescentar o art. 49-A ao Código Civil, deu especial enfoque a essa autonomia, não deixando dúvidas quanto à sua essencialidade. O dispositivo dispõe que a *pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores*. Justificando a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas sob o argumento de que se trata de *instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a*

geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

Ocorre que esta separação e autonomia patrimonial pode servir, em algumas hipóteses, como *escudo* para o cometimento de diversos ilícitos. Não são poucos os exemplos de pessoas físicas que se utilizam irregularmente da pessoa jurídica para se beneficiar ilicitamente e ao mesmo tempo proteger seu patrimônio pessoal, de eventual responsabilização cível.

Para estes casos, a chamada desconsideração da personalidade jurídica tem seu lugar.

A desconsideração é a possibilidade de se afastar, temporariamente e para medidas específicas, a personalidade da pessoa jurídica para ser possível atingir o patrimônio dos sócios e administradores responsáveis pelo ato.

A questão, inicialmente, é bem simples. Caso algum sócio ou administrador utilize a pessoa jurídica para cometer determinado ilícito, por exemplo lesar credores, o seu patrimônio pessoal não estará protegido em eventual responsabilização, tendo em vista a possibilidade da desconsideração acima mencionada.

Aparentemente, este instituto seria a *salvação da lavoura* para aqueles que possuem negócios não adimplidos por pessoa jurídica. Ocorre que tal medida é exceção. A autonomia

patrimonial é a regra.

Por este

motivo, a desconsideração somente será utilizada em situações específicas

dispostas em lei, sob pena, de desnaturar-se o próprio sentido da pessoa

jurídica, que, como mencionado anteriormente, tem a finalidade de garantir

segurança jurídica e favorecer a livre iniciativa.

O Código Civil

estabelece em seu art. 50 que a desconsideração terá espaço em caso de *abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial*.

O artigo de lei

supra, originalmente, deixava margem à interpretação do alcance das expressões

desvio de finalidade e confusão patrimonial, o que permitia, de certa forma,

maior abrangência à aplicação da desconsideração.

Com a

promulgação da Lei de Liberdade Econômica, que nasceu para proteger essa livre

iniciativa, de base constitucional, o art. 50 do Código Civil foi alterado.

Esta alteração teve como escopo delinear de maneira bem clara e objetiva as

hipóteses e conceitos ligados à desconsideração da personalidade jurídica. Evitando-se

o alargamento das hipóteses de cabimento.

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do

Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I – cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II – transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III – outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874,

de 2019)

Como se vê, a Lei de Liberdade Econômica ao estabelecer objetivamente os conceitos de desvio de finalidade e de confusão patrimonial buscou eliminar ou, pelo menos, diminuir interpretações diversas que possam afetar a chamada autonomia patrimonial, repise-se, regra no ordenamento pátrio.

Outro ponto a se observar, e não poderia ser diferente, é que cabe ao Judiciário na análise do caso concreto a verificação dos requisitos para aplicação do instituto, amparado pela ampla defesa e contraditório, ínsito ao processo judicial.

Outras legislações que tratam sobre o assunto, caminham no mesmo sentido, como o Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90) em seu art. 28, a CLT (DL 5.452/43 – Consolidação das Leis do Trabalho) no art. 855-A e o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) nos arts. 133 a 137, que trata sobre o procedimento judicial propriamente dito.

A intervenção judicial para a desconsideração da personalidade jurídica é medida que se impõe, tendo em vista a excepcionalidade de sua aplicação e a presença de terceiro imparcial (Estado-Juiz) para a sua aplicação.

Ocorre que a

Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.133/2021) incorporou tal instituto na seara das contratações públicas, ao dispor em seu art. 160:

Art. 160. 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, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.

Destaque para o fato de que este dispositivo não determinou a intervenção judicial para aplicação da desconsideração, o que importa dizer, que se está diante de uma **desconsideração administrativa da personalidade jurídica**.

O dispositivo citado ratifica o princípio da Supremacia do Interesse Público e relação de verticalidade no que tange às contratações públicas.

Esta desconsideração administrativa, contudo, não é novidade na legislação. A Lei 12.846/2013, mais conhecida como Lei Anticorrupção, já previa em seu art. 14:

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.

Verifica-se,
portanto, que a Lei 14.133/2021 tratou de reproduzir esta possibilidade de
desconsideração também na legislação que trata das
contratações públicas.

Não é incomum
as notícias acerca do cometimento de ilícitos na Administração
Pública, de
maneira geral, e umas das *grandes portas*
para esta corrupção se encontra nos processos licitatórios.

É a licitação
que faz a *ponte* entre o Poder Público
e o particular para fornecimento de bens, contratação de
serviços e obras que o
Estado não pode realizar com seu próprio aparato.

A utilização de
pessoa jurídica para a atuação ilícita em contratos e
processos de licitação
certamente deve ser punido. E como a Administração dispõe de
auto-executoriedade dos seus comandos, é ele próprio
legitimado a aplicar as
sanções que determina.

Assim, cabe ao
Poder Público, apurar, julgar e aplicar sanção referente a um
ilícito em que é
a vítima imediata. Em outras palavras, o próprio ofendido,
processa, julga e
aplica a penalidade.

Para quem é

iniciante nos estudos ligados ao direito público, tal premissa poderia ser vista com estranheza, mas esta é a regra imperante.

Ocorre que, até a entrada em vigor da Lei 14.133/2021, a desconsideração da personalidade jurídica não estava entre as medidas em que o Poder Público poderia tomar administrativamente em meio às contratações públicas.

E, por outro lado, como tal medida deve ser vista como excepcionalidade, a falta de intervenção judicial poderia dar margem à utilização desmedida de tal instituto, o que criaria um ambiente de insegurança jurídica nas contratações, o que refletiria nos preços e condições de contratação.

Muitos municípios brasileiros já vinham se utilizando dessa possibilidade de desconsideração no âmbito da aplicação de sanções no processo licitatório, mesmo sem legislação específica.

Os tribunais judiciais[2], quando provocados a se manifestarem sobre essa possibilidade, quedaram por admitir a aplicação do instituto, mesmo sem dispositivo legal específico, em vista da aplicação dos princípios constitucionais regentes da Administração Pública.

O que antes

pairava no campo interpretativo e, portanto, de aplicação mais restrita, a partir da Lei 14.133/2021 ganha contornos legais. Não havendo mais dúvidas quanto à aplicação administrativa da desconsideração da personalidade jurídica, o que poderá ocorrer, por exemplo, para estender as sanções de inidoneidade ou impedimento para licitar e contratar a outra empresa criada pelos mesmos sócios daquela que sofreu a penalidade.

O que se evidencia com o disposto no art. 160 da lei, é a posição jurídica de superioridade da Administração frente ao particular, no tocante aos contratos administrativos. Enquanto nos contratos privados, as pessoas se encontram em posição de igualdade e, por isso, necessitam da intervenção judicial para aplicação de penalidades mais gravosas, posição ratificada pela Lei de Liberdade Econômica.

Na Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.133/2021) manteve-se a posição verticalizada de relação contratual entre Poder Público e particular, permitindo ao primeiro, inclusive, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, garantida a ampla defesa e contraditório.

Referências:

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol.1.- 36ª ed.- São Paulo: Saraiva

Educação, 2019

DOTTI, Marinês Restelato; PEREIRA

JÚNIOR, Jessé Torres. A desconsideração da personalidade jurídica em face de

impedimentos para participar de licitações e contratar com a Administração

Pública: limites jurisprudenciais. REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, ano

42, nº 119, p. 47-64, setembro/dezembro 2010.

Superior Tribunal de Justiça. RMS

15166. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Recorrente: G.E.G.M.M. LTDA.

Recorrido: E.B. Relator: Min. Castro Meira. 2ª Turma. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200942657&dt_publicacao=08/09/2003

[1]

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol.1.- 36ª ed.- São

Paulo: Saraiva Educação, 2019. Pág. 353

[2] RMS

15166 / BA – STJ