

Pareceres do
Homenageado

Processo nº E-14/032.263/93 - S.E. Polícia Civil

Processo nº E-14/032.263/93 - S.E. Saúde

Assunto: Licitação – Vencedor- Sucessão de Empresas – Alteração de Denominação e Composição Social com Intuito de Escapar à Punição Imposta pela Administração Contratante – Necessidade de Apuração mais Profunda – Possibilidade de Revogação da Licitação.

Senhor Procurador Geral,

I – Introdução

As Secretarias de Estado de Polícia Civil e de Saúde solicitam pronunciamento desta Procuradoria Geral do Estado acerca das providências que devem tomar quanto às licitações vencidas pela “BRASAL – EMPRESA BRASILEIRA DE ALIMENTAÇÃO LTDA.”, que seria, no dizer das ilustres autoridades signatárias das consultas, mera sucessora da empresa “JDC – EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES”, a qual estava suspensa por um ano de participação em licitações, havendo inquérito criminal para apurar irregularidades contra esta apontadas.

Segundo o que tem sido noticiado pela imprensa, conforme cópias de reportagens que instruem os autos, tudo levaria a crer que há fortes indícios de fraude com intuito específico de continuar a empresa punida a fornecer sua mercadoria à Administração Estadual.

Tais indícios seriam, por exemplo, a utilização dos mesmos funcionários, estruturas, talões de nota fiscal (com o nome da empresa punida riscado e grafado a caneta o nome da outra).

Dáí buscar-se a extensão da punição à empresa sucessora

II – A Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Responsabilidade Administrativa

Problema frequente enfrentado pela Administração é saber se a empresa declarada inidônea ou suspensa para participar de licitações ou contratar com o Estado, mediante alteração do seu contrato social ou simples extinção e constituição de “nova” sociedade, com os mesmos sócios ou “testas de ferro”, pode inviabilizar os efeitos dessas sanções administrativas.

Para o exame do tema, indispensável se faz confundir a pessoa da empresa com a dos seus integrantes.

A questão da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, através da qual afasta-se a distinção entre a pessoa da sociedade e a dos seus sócios, tem sido de acolhida ainda bastante tímida pelo Direito pátrio. Na lição do Professor JOÃO CASTILHO, não deve ser levada em conta, para um caso específico, a existência da pessoa jurídica se utiliza dessa forma com o intuito de fugir às finalidades impostas pelo Direito (CASTILHO, João – “Desconsideração da Pessoa Jurídica” - RT nº 528, pag. 24, São Paulo, 1979). Neste caso, a responsabilidade deve ser imputada à pessoa dos seus sócios ou mesmo a outra pessoa jurídica que tenha se escondido sob a forma daquela primeira.

A regra geral é a distinção entre a pessoa dos sócios e a da sociedade (Dec. 3708/19, art 10 e Código Civil, art 20). Entretanto, a *lei* tem criado exceções a essa distinção, como a responsabilidade por débitos fiscais (CTN, art 134, VII e 135, II) e trabalhistas (CLT, art 2º, §2º) bem como por indenizações devidas por infrações violadoras dos direitos do consumidor (CDC, art 28, §5º). Vê-se, portanto, que a tradição, no direito pátrio, é que a exceção, isto é, a “desconsideração”, deve ser autorizada por lei, o que, aliás, vem estabelecido no art. 173, §5º, da Constituição Federal, que diz que “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”. De resto, valem os princípios constitucionais de que a pena não ultrapassará a pessoa do delinquente e o da individualização da pena, ambas fazendo menção à lei (CF, art 5º, XLV e XLVI).

Ocorre que no Direito Administrativo não foram repetidas as disposições previstas no Direito Tributário, no Direito do Trabalho ou no Direito do Consumidor. Os artigos 73 e 74 do DL 2.300/86 não fazem qualquer referência à sucessão ou solidariedade na responsabilidade administrativa. Logo, se o princípio que norteia a ação do administrador público é o da legalidade – CF, art 37 – não cabe aplicar a terceiros a pena imposta a pessoa distinta.

Não cabe, sequer, impugnar a existência da empresa, salvo se presentes os motivos mencionados nos incisos II e III da Lei nº 4726, de 13.07.65, que, ao disporem sobre o registro do comércio, vedam o arquivamento de alteração de contratos de sociedades mercantis quando seus sócios ou dirigentes estejam respondendo a processo criminais que impeçam o exercício do comércio.

Aqui fala-se em penalidade imposta ao sócio e não à empresa. Ademais, o objeto do contrato (ou da alteração) é lícito; o motivo é que é reprovável. Entretanto, ao contrário do que ocorre no Direito Administrativo, onde o *motivo* integra o ato, para o Direito Privado, na maioria das vezes não assume maiores proporções (salvo quando vicia a vontade do agente).

Nem por isso fica a Administração à mercê do fraudador, de mãos atadas. Pode ela, após a devida apuração da fraude, declarar nulo o contrato, já que a simulação

teria viciado a sua vontade, lembrando que o Direito Administrativo não distingue o ato nulo do anulável, cominando a nulidade com efeitos *ex tunc* (retroativos), de ambos, embora com o dever de indenizar o contratado pelo que esta já houver executado até a data em que a nulidade for declarada (DL 2300/86, art 49, par. Único). Neste caso, aplica-se a parte final do art 44 do DL 2300/86, que autoriza a utilização supletiva de disposição de direito privado, como o art. 88 do Código Civil (erro quanto à pessoa).

É cabível, ainda, a *rescisão* do contrato, com base no art 68, XIII do DL 2300/86, invocando o interesse público em não celebrar o contrato ou não mantê-lo. Trata-se de manifestação do poder discricionário onde se analisa conveniência e oportunidade, sem uma enorme preocupação em caracterizar o *erro*, satisfazendo-se a Administração com os indícios.

A diferença está em que enquanto na anulação a Administração só indeniza o que já recebeu, como forma de evitar o enriquecimento sem causa – DL nº 2300/86, art 49, par. único -, na rescisão por conveniência da Administração a indenização englobará “os prejuízos regularmente comprovados”, abrangendo não só o *dano emergente* (aquilo que se perdeu efetivamente) como o *lucro cessante* (aquilo que se deixou de ganhar); este último não é indenizável na anulação.

Se o contrato não foi firmado, a situação é ainda mais simples, podendo ser *revogada a licitação* ou *anulada a adjudicação* – art 39 do DL 2300/86 -, sem qualquer ônus para o Estado.

O que importa é que uma precisa apuração dos fatos que ensejarão a aplicação da teoria da “*Disregard of legal entity*” no Direito Administrativo, valendo-se, *in casu*, de elementos da Teoria Geral dos Contratos contidos no Código Civil. Remarque-se, porém, que, como alerta RUBENS REQUIÃO em seu “Curso de Direito Comercial”, a anulação atinge *atos específicos* como, in caso, um contrato ou uma adjudicação, mas não macula a existência da sociedade ou transfere, por sucessão, a penalidade a outra imposta.

Quanto ao *direito de defesa* da empresa e/ou sócios, previsto no art 5º, LV da Constituição Federal, o próprio DL 2300/6, artigo 75, I, “c”, “d” e “e”, já prevê o seu exercício através de *recurso*, o que implica em dizer que o ato pode ser praticado antes de ouvida a parte interessada, não sendo demais lembrar que a “presunção de legalidade e legitimidade” é atributo essencial dos atos administrativos, cabendo a quem alega provar o contrário.

Destarte, uma sindicância pode fornecer os elementos motivadores, ressaltando que, sendo o *motivo* um dos elementos do ato administrativo, ficam a sua validade e exequibilidade sujeitas à sua existência.

Vê-se, pois, que, embora não havendo lei específica, é cabível, também no Direito Administrativo, a aplicação excepcional da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica para evitar prejuízo ao erário ou à qualidade do serviço público.

III – Conclusão

Isto posto, opina-se por:

- 1)Sindicância, no âmbito da S.E. Polícia Civil
- 2)*Revogação* da licitação, que não demanda motivação, se ainda não foi firmado contrato;
- 3)Rescisão de contrato, se já firmado – DL 2300/86, arts 39 e 68, XIII, respectivamente – se os agentes políticos julgarem, no exercício de poder discricionário, que não cabe a este órgão de controle da legalidade, que os *indícios* apontados já são suficientes.

Deve ser dada ciência deste pronunciamento às Secretarias consulentes.

É o parecer, s.m.j,

VISTO

De acordo.

Ao gabinete.

Em 3/5/93.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO
Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa

VISTO

Aprovo o Parecer nº 14/93—MJVS, do ilustre Procurador MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (fls. 23/29), referendado pela chefia da Procuradoria Administrativa (fls.30).

Ao Exmo Sr. Secretário de Estado de Polícia Civil.

Em 10 de maio de 1993.

RICARDO AZIZ CRETTON
Procurador Geral do Estado

Parecer nº 14/95 – MJVS - Marcos Juruena Vellela Souto

Em 05 de maio de 1995

Processo nº E-14/31.750/95.

BANERJ – SADIR – 709/95.

Assunto: Alienação de Ações de Subsidiária Integral de Sociedade de Economia Mista – Aplicação do Regime Jurídico de Direito Privado – Desnecessidade de Autorização Legislativa.

Senhor Procurador-Geral,

1.Consulta formulada em caráter urgente pela Presidência do Banco do Estado do Rio de Janeiro S.A. – BANERJ consiste em saber se a venda da Empresa Brasileira de Solda Elétrica – EBSE – subsidiária integral do Banco recebida em pagamento de dívida para com o BANERJ – Banco de Investimento S.A., incorporado pelo Banco Comercial, está ou não sujeita à autorização legislativa de que trata o art. 214 da Constituição Estadual de 1989.

2.O art. 214 da Constituição Estadual de 1989, renumerado pela Emenda Constitucional nº 4/91, tem a seguinte redação:

Art. 217 - As empresas em que o Estado detenha, ou venha a deter, direta ou indiretamente, a maioria do capital com direito a voto, são patrimônio do Estado e só poderão ser extintas, fundidas ou ter alienado o controle acionário, mediante lei.

3. Sendo as ações de tais empresas incluídas como bens públicos, seria razoável, numa primeira leitura, aceitar a necessidade de autorização legislativa para alienação desse patrimônio, já que, em princípio, os bens públicos são inalienáveis. Contudo, um rápido exame da classificação dos bens públicos (Código Civil de 1916, art. 65) já afasta a necessidade de tal autorização para toda e qualquer alienação, exigida, apenas, quando o bem é de *uso comum do povo* (ruas, praças, parques, etc.) ou de *uso especial* (prédios destinados à Administração Pública, bens empregados na prestação de serviços públicos, etc.); estes, afetados a um fim público, necessitam da autorização do legislador para retirar tal finalidade, que inexistente quanto aos chamados bens dominiais, assim definidos por HELY LOPES MEIRELLES, *verbis*:

“Bens dominiais, ou do patrimônio disponível, são aqueles que, embora integrando o domínio público como os demais, deles diferem pela possibilidade sempre presente de serem utilizados em qualquer fim, ou mesmo alienados pela Administração se