

## EFEITOS DAS SANÇÕES APLICADAS AOS LICITANTES OU CONTRATADOS EM CASO DE TRANSFORMAÇÃO, INCORPORAÇÃO, FUSÃO, OU CISÃO DE EMPRESAS

*José Anacleto Abduch Santos*

*Advogado, Procurador do Estado do Paraná, Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela UFPR, Professor do UNICURITIBA*

### 1. Introdução

Tema controvertido no plano das contratações públicas diz respeito aos efeitos das sanções aplicadas aos licitantes e contratados em caso de alterações contratuais subjetivas, mais especificamente, em caso de incorporação, fusão, cisão ou transformação de empresas licitantes ou contratadas.

Trata-se de modificações subjetivas bastante significativas, com efeitos jurídicos relevantes que podem suscitar perplexidades e dúvidas no que diz com os efeitos das sanções, em especial as de declaração de inidoneidade, suspensão do direito de participar de licitações e de contratar e de impedimento de licitar e de contratar com o Poder Público. Com efeito, não se trata de abordagem de interesse meramente teórico ou acadêmico, mas de definir em concreto os limites para o Administrador Público no que concerne à participação de empresas no processo da licitação.

A premissa, como ponto de partida da análise, é a de que a aplicação de sanções é um dever, e não uma faculdade da Administração, como já deliberou o Tribunal de Contas da União:

Recurso de revisão. Contratos. Responsabilidade. O não cumprimento do contrato enseja aplicação das sanções previstas. Não se trata de decisão discricionária dos gestores. Recurso do MP provido. Contas julgadas irregulares.

12. Por fim, passo a abordar a irregularidade que tem o condão de mudar o mérito das contas de 2007 do Sesc/PI, qual seja, a não aplicação, às empresas contratadas, das sanções previstas no contrato 06/2004 e, ainda, a Resolução SESC 1012/2001, bem como “a formalização, posterior à própria rescisão unilateral do contrato, de termo de ajuste, prestação de contas e quitação com a [1] Ltda e [2], reconhecendo uma dívida de R\$250.241,93, que, por seu turno, não se mostrou devidamente justificada e detalhada de forma circunstanciada em levantamento técnico que levasse em conta, principalmente, o percentual de execução das obras quando foram abandonadas”.

13. Sobre o fato, consta dos autos que a empresa contratada e, posteriormente, a subcontratada não concluíram a obra para qual receberam pagamentos. Para a sua conclusão, inclusive, houve necessidade de contratação de uma terceira construtora. Não havendo o cumprimento total do contrato, as sanções previstas deveriam ter sido aplicadas pela direção do Sesc/PI, o que não foi feito.

14. Ademais, não cabe arguir que a decisão de se aplicar, ou não, as penalidades cabíveis estaria afeta à competência discricionária dos gestores, ao contrário, era sua.

15. Considero, portanto, em conformidade com a Secex/PI e o MP/TCU, que a ocorrência é suficiente para macular as contas do gestor relativas ao exercício de 2007. Como demonstrado, não foram respeitados pelo responsável os dispositivos legais que vinculavam a contratação, a saber: o contrato 06/2004 e a própria Resolução SESC 1012/2001.

9.2. julgar irregulares as contas de [...] então Presidente do Conselho Regional e diretor regional do Sesc/PI, relativas ao exercício de 2007; (AC nº 2.916-42/13-P)

Se a premissa é a de que aplicar sanções constitui um dever do administrador, se deve concluir que conferir a elas os devidos efeitos também o é. A análise que segue pretende produzir breves reflexões sobre a extensão dos efeitos das sanções aplicadas em relação a licitantes e contratados em caso de fusão, transformação, incorporação e cisão de empresas.

## 2. Sanções administrativas no âmbito das contratações públicas e seus efeitos

No que diz com as contratações públicas há diversos regimes jurídicos aplicáveis em caso de cometimento de infração administrativo-contratual por parte de licitantes ou de contratados. Os principais regimes jurídicos são os da Lei nº 8666/93 (lei geral de licitações), da Lei nº 10.520/02 (lei do pregão), da Lei nº 12.462/11 (RDC) e o da Lei nº 12.842/13 (lei anticorrupção). Afora a lei anticorrupção, que não o prevê, as demais normas preveem sanções que tem como efeito impedir a participação do punido em licitações ou de impedir que seja contratado (ou de, em certos casos, se manter contratado) pela Administração Pública por um prazo determinado.

Neste sentido, a Lei nº 8666/83 prevê no artigo 87 as sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos (inciso III); e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade (inciso IV). A Lei nº 10.520/02, no artigo 7º, prevê sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios pelo prazo de até cinco anos. E a Lei nº 12.462/11, por seu turno, no artigo 47, prevê a sanção similar à prevista na lei do pregão, de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, bem como determina aplicáveis às licitações e contratos por ela regidos o regime sancionatório da Lei nº 8666/93 (admitindo pois, a aplicação das sanções de suspensão temporária de participar em licitações e impedimento de contratar com a Administração por até dois anos e de declaração de inidoneidade).

Em síntese, mesmo porque não é este o objeto principal da análise, o entendimento jurisprudencial e doutrinário no que tange aos efeitos das sanções é o a seguir descrito:

**2.1 Sanção de declaração de inidoneidade:** opera efeitos perante toda a Administração Pública, entendida como administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive, as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do Poder Público e das fundações por ele instituídas ou mantidas, bem como órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e da Defensoria Pública quando no exercício de funções administrativas. É a mais grave das sanções, porque produz efeitos perante toda a Administração Pública nacional. Questão que tem sido recorrente diz respeito à extensão dos efeitos da declaração de inidoneidade em relação a contratos em execução. Houve tempo em que se chegou a interpretar que se uma pessoa física ou jurídica era declarada

inidônea para ser contratada, devia ser reputada inidônea também para se manter contratada, o que levava à conclusão de que deveriam ser rescindidos todos os contratos administrativos por ela firmados e em execução. Posteriormente se concluiu que tal proceder poderia, ao reverso de proteger o interesse público, causar graves prejuízos para a Administração Pública e para a sociedade.

O entendimento hoje uniforme, seja no âmbito do Poder Judiciário, seja no âmbito do Tribunal de Contas da União, é no sentido de que a declaração de inidoneidade opera efeitos *ex nunc*, ou, para o futuro, não alcançando contratos firmados antes de sua aplicação:

*A sanção de declaração de inidoneidade, prevista no art. 46 da Lei 8.443/92, produz efeitos ex-nunc, não afetando, automaticamente, contratos em andamento celebrados antes da aplicação da penalidade.*

Pedido de Reexame interposto por sociedade empresária requereu a reforma do acórdão que a declarou inidônea para participar de licitação na Administração Pública Federal por seis meses, por ter apresentado declaração inverídica de que atendia às condições para usufruir das vantagens previstas na Lei Complementar 123/06, beneficiando-se indevidamente do tratamento diferenciado destinado a microempresas e empresas de pequeno porte. O relator não conheceu do Pedido de Reexame, em razão de sua intempestividade e da ausência de apresentação de fatos novos. Contudo, teceu considerações acerca do argumento da recorrente de que “a administração pública poderá sofrer as consequências da sanção aplicada à empresa, ‘uma vez que poderá haver interrupções no fornecimento de produtos e serviços’, considerando que ela tem vários contratos administrativos em andamento”. Sobre a questão, destacou o relator que “a jurisprudência do TCU é clara, com base em julgados do Supremo Tribunal Federal, de que a sanção de declaração de inidoneidade produz efeitos ex-nunc, não afetando, automaticamente, contratos em andamento celebrados antes da aplicação da sanção (Acórdãos 3.002/2010, 1.340/2011 e 1.782/2012, todos do Plenário)”. O Tribunal, ao acolher o voto do relator, decidiu não conhecer do Pedido de Reexame. (Acórdão nº 432/2014-Plenário, TC 028.979/2012-5, relator Ministro Aroldo Cedraz, 26.2.2014)

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFEITOS EX NUNC DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE: SIGNIFICADO. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO (MS 13.964/DF, Dje DE 25/05/2009).

1. Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade “só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento” (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJe de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de “licitar ou contratar com a Administração Pública” (Lei 8.666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.
2. No caso, está reconhecido que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmados pelas impetrantes.
3. Mandado de segurança denegado, prejudicado o agravo regimental. (MS nº 14002/DF)

PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO INEXISTENTE – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE – EFEITOS.

1. O aresto embargado (após intenso debate na Primeira Seção) examinou de forma devida o ato impugnado, adotando o entendimento de que a sanção de inidoneidade deve ser aplicada com efeitos “ex nunc”.
2. Aplica-se a Teoria da Encampação quando a autoridade hierarquicamente superior apontada coatora, ao prestar informações, defende o mérito do ato impugnado.
3. A rescisão imediata de todos os contratos firmados entre a embargada e a Administração Pública, em razão de declaração de inidoneidade, pode representar prejuízo maior ao erário e ao interesse público, já que se abrirá o risco de incidir sobre contrato que esteja sendo devidamente cumprido, contrariando, assim, o princípio da proporcionalidade, da eficiência e obrigando gasto de verba pública com realização de novo procedimento licitatório. Interpretação sistemática dos arts. 55, XIII e 78, I, da Lei 8.666/93.
4. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos, apenas para prestar esclarecimentos. (EDcl no MS nº 13101/DF)

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – INIDONEIDADE DECRETADA PELA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO – ATO IMPUGNADO VIA MANDADO DE SEGURANÇA.

1. Empresa que, em processo administrativo regular, teve decretada a sua inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, com base em fatos concretos.
2. Constitucionalidade da sanção aplicada com respaldo na Lei de Licitações, Lei 8.666/93 (arts. 87e 88).
3. Legalidade do ato administrativo sancionador que observou o devido processo legal, o contraditório e o princípio da proporcionalidade.
4. Inidoneidade que, como sanção, só produz efeito para o futuro (efeito **ex nunc**), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento.
5. Segurança denegada. (MS nº 13101/DF)

**2.2. Sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos:** Defende-se que esta sanção opera efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade que a aplicou, na esteira do entendimento esposado pelo Tribunal de Contas da União:

*O edital da licitação, ao estabelecer vedações à participação no certame, deve ser suficientemente claro no sentido de que a penalidade de suspensão para licitar e contratar, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93, tem abrangência restrita ao órgão ou entidade que aplicou a sanção.* Representação sobre pregão eletrônico promovido pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) para contratação de empresa especializada em gestão da informação apontou suposta irregularidade em item do edital que, após alteração na sua redação original, estabeleceu a vedação de participação na licitação de “pessoas jurídicas declaradas suspensas de participar de licitações e impedidas de contratar com a Administração, de acordo com a legislação vigente”. Segundo a representante, mesmo após a alteração, esse item “ofende a natureza de competitividade do procedimento licitatório, bem como representa estrita desobediência à jurisprudência pacificada do Tribunal de Contas da União, no sentido de que a penalidade de impedimento de contratar se restringe ao órgão ou entidade que aplicou a sanção”. Em juízo de mérito, o relator anotou que a nova redação do item questionado não representara ofensa ao caráter competitivo do certame. Acrescentou que a alteração promovida pelo MDS “teve o intuito de seguir a atual jurisprudência desta Corte de Contas, segundo a qual a sanção constante do art. 87,

inciso III, da Lei 8.666/1993, é aplicável apenas no âmbito do órgão sancionador, em outras palavras, o vocábulo 'Administração' significa no presente caso o MDS". Contudo, registrou que "mesmo com a nova redação, muito embora esta seja semelhante ao texto legal, ainda há margem para interpretações variadas". Nesse sentido, propôs recomendação ao MDS para que, nos próximos editais, faça constar "expressa referência ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, ao invés do vocábulo 'Administração'. Tal recomendação tem o intuito de dar a interpretação adequada ao dispositivo legal, bem como informar ao licitante o alcance da sanção em questão". O Tribunal, acolhendo a tese do relator, considerou a representação parcialmente procedente. (Acórdão nº 2.556/2013-Plenário, TC 022.990/2013-5, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 18.9.2013)

*A sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração) tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que a cominou. Agravo interposto pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) contra decisão cautelar que determinara a correção do edital do Pregão Eletrônico 122/ADCO/SR/CO/2012 de modo a ajustá-lo ao disposto no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, ou seja, para que a penalidade ali prevista alcance apenas as empresas suspensas por aquela estatal, consoante o entendimento do Acórdão 3.243/2012-Plenário. Argumentou a recorrente que: (i) a jurisprudência do TCU não estaria pacificada nos termos da citada decisão; (ii) diante da dúvida objetiva, seria tecnicamente impróprio falar-se em **fumus boni iuris**; (iii) a aplicação retroativa do novel entendimento atentaria contra o princípio da segurança jurídica consubstanciado no art. 2º, **caput**, da Lei 9.784/1999. O relator refutou todos os argumentos, esclarecendo que "o Tribunal pacificou a sua jurisprudência em considerar que a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, que impõe a 'suspensão temporária para participar em licitação e impedimento para contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos', tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que a aplicou" e restabeleceu "o entendimento já consolidado na sua jurisprudência, no sentido de fazer a distinção nítida entre as sanções previstas nos aludidos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/1993, conforme Acórdão 3.243/2012 – TCU – Plenário". O Plenário acompanhou o relator e negou provimento ao Agravo. (Acórdão nº 1.017/2013-Plenário, TC 046.782/2012-5, relator Ministro Aroldo Cedraz, 24.4.2013)*

Contudo, necessário registrar que o Superior Tribunal de Justiça confere à sanção os mesmos efeitos da pena de declaração de inidoneidade:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.
- A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.
- A limitação dos efeitos da "suspensão de participação de licitação" não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública. (STJ – Resp nº 151.567 – RJ)

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO.

1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.

2. Recurso especial provido (STJ – REsp nº 174.274/SP – 2ª T)

**2.3 Sanção de impedimento de licitar e de contratar prevista no artigo 7º da Lei nº 10.520/02:** No que tange aos efeitos da sanção de impedimento de licitar e de contratar prevista na lei do pregão, já se firmou o entendimento no sentido de que operam em relação a todo o ente federado ao qual pertence o órgão ou entidade que a aplicou:

*A sanção de impedimento de licitar e contratar pautada no art. 7º da Lei 10.520/02 (Lei do Pregão) produz efeitos não apenas no âmbito do órgão/entidade aplicador da penalidade, mas em toda a esfera do respectivo ente federativo (União ou estado ou município ou Distrito Federal). Embargos de Declaração opostos contra decisão prolatada pelo Plenário do TCU – pela qual fora considerada improcedente representação formulada por sociedade empresária contra sanção de impedimento para licitar e contratar com toda a administração pública federal – apontara possível omissão no julgado, consistente na não apreciação de argumento formulado pela recorrente acerca de possível equivalência das punições previstas no art. 7º da Lei 10.520/02 e no art. 87 da Lei 8.666/93. Na inicial, arguira a representante a legalidade da restrição a ela imposta no Sicaf de licitar e contratar com quaisquer órgãos federais, com base no art. 7º da Lei 10.520/02. Em seu entendimento, a punição deveria se restringir à entidade específica da administração que lhe aplicou a sanção. Em juízo de mérito, relembrou o relator que, segundo a jurisprudência predominante no TCU, “quando se aplica a punição baseada no art. 87, inciso III, da Lei de Licitações, a proibição de contratar adstringe-se à entidade sancionadora”. Nesse sentido, o que “o embargante pleiteia é justamente o paralelismo de entendimento relativo à aplicação do sobredito art. 87 da Lei 8.666/93 e do art. 7º da Lei 10.520/02”. O relator anotou que o caso requeria uma avaliação específica da interpretação conferida ao art. 7º da Lei 10.520/02, pelo qual – para os ilícitos que enumera – o licitante “ficará **impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios** e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 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”. Sobre o assunto, relembrou que o posicionamento doutrinário majoritário é que a punição pautada na Lei do Pregão aplica-se para todo o ente federativo aplicador da sanção. Assim, a aplicação da referida pena “torna o licitante ou o contratado impedido de licitar e contratar com a União, o que quer dizer: impedido de licitar e contratar com todos os seus órgãos respectivamente subordinados, bem como com as entidades vinculadas, nomeadamente, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, além do descredenciamento do licitante ou do contratado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF). O licitante ou contratado impedido, nessas condições, não estará proibido de participar de licitações e contratar com órgãos e entidades da Administração Pública estadual, municipal ou do Distrito Federal”. O Plenário, acompanhando a proposta formulada pelo relator, acolheu parcialmente os embargos, promovendo alterações no acórdão recorrido, mantendo o juízo pela improcedência da representação original, desta vez, com base em entendimentos esposados na jurisprudência do TCU, no sentido de que a sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/02 produz efeitos no âmbito interno do ente federativo que a aplicar. (Acórdão nº 2.081/2014-Plenário, TC 030.147/2013-1, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 6.8.2014)*

*A sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador, enquanto a prevista no art. 7º da Lei 10.520/02 produz efeitos no âmbito do ente federativo que a aplicar. Representação versando sobre pregão eletrônico promovido pelo Serviço Federal de Processamento de Dados – Regional de São Paulo (Serpro/SP) apontara possível restrição à competitividade decorrente de disposição editalícia vedando a participação de empresas “que estejam com o direito de licitar e contratar suspenso com o SERPRO e/ou outros órgãos da Administração Pública, bem como tenham sido declaradas inidôneas pela mesma”. Em juízo de mérito, realizadas as oitivas regimentais após concessão da cautelar pleiteada pelo representante, o relator esclareceu que o Plenário do TCU vem “reafirmando a ausência de base legal para uma interpretação da norma que amplie os efeitos punitivos do art. 87, inciso III [suspensão temporária*

de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos], da Lei 8.666/1993 a todos os entes e órgãos da Administração Pública (Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012, 3.465/2012, 842/2013, 739/2013, 1.006/2013 e 1.017/2013, todos do Plenário)". A propósito, lembrou que o voto condutor do Acórdão 3.439/2012-Plenário sintetizou os elementos nos quais se funda a posição do TCU sobre a matéria: "a) as sanções do art. 87 da Lei 8.666/93 estão organizadas em ordem crescente de gravidade e, ao diferenciar aspectos como duração, abrangência e autoridade competente para aplicá-las, o legislador pretendia distinguir as penalidades dos incisos III e IV [declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública]; b) em se tratando de norma que reduz o direito de eventuais licitantes, cabe interpretação restritiva; c) o art. 97 da Lei de Licitações, ao definir que é crime admitir licitação ou contratar empresa declarada inidônea, reforça a diferenciação entre as penalidades de inidoneidade e suspensão temporária/impedimento de contratar, atribuindo àquela maior gravidade". Noutro giro, versando agora sobre os limites de sanção correlata prevista na Lei do Pregão (Lei 10.520/02, art. 7º – impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), e diante da possibilidade de que o Serpro/SP venha a conferir demasiado alcance a esse dispositivo, consignou o relator que "a jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos do Plenário 739/2013, 1.006/2013 e 1.017/2013) é firme no sentido de que tal penalidade impede o concorrente punido de licitar e contratar apenas no âmbito do ente federativo que aplicou a sanção, em consonância com o que dispõe o art. 40, inciso V e §3º, da IN SLTI 2/2010". Nesse sentido, e tendo em vista que as falhas verificadas não comprometeram efetivamente a competitividade do certame e tampouco frustraram o objetivo da contratação, o Plenário do TCU, acolhendo a proposta do relator, considerou parcialmente procedente a representação, revogando a cautelar expedida e cientificando o Serpro/SP de que "a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador, enquanto a prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 produz efeitos apenas no âmbito interno do ente federativo que a aplicar". (Acórdão nº 2242/2013-Plenário, TC 019.276/2013-3, relator Ministro José Múcio Monteiro, 21.8.2013)

### **3. Modificações societárias admitidas pelo sistema jurídico - transformação, incorporação, fusão, e cisão de empresas – e os efeitos das sanções aplicadas a licitantes ou contratados**

Primeiramente se deve destacar que o sistema jurídico admite modificações societárias. Vale dizer, há normas expressas autorizando modificações societárias que, em certa medida, são bastante comuns entre as empresas independentemente do segmento ou atividade econômica a que se dediquem.

As modificações societárias mais relevantes são: transformação, incorporação, fusão e cisão da sociedade. Essas espécies de modificações societárias são regidas pelo Código Civil Brasileiro (art. 1.113 a 1.122) e pela Lei nº 6.404/74.<sup>1</sup>

#### **3.1 Efeitos das sanções em caso de transformação de empresas**

No dizer de Márcia Carla Pereira Ribeiro e Marcelo Bertoldi "transformação é a operação pela qual uma sociedade passa de uma espécie para outra, sem que isso signifique a extinção da sociedade anterior e criação de uma nova"<sup>2</sup>... e "nesse movimento, a

<sup>1</sup> Já entendeu o Superior Tribunal de Justiça que "as disposições sobre incorporações, fusão e cisão previstas no CC não se aplicam às sociedades anônimas. As disposições da LSA sobre essa matéria aplicam-se por analogia às demais sociedades naquilo em que o CC for omissivo" (Jornada I STJ 70. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 686.

<sup>2</sup> *Curso Avançado de Direito Comercial*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 341.

sociedade, como pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações, permanece inalterada, modificando-se, tão somente sua estrutura jurídica, que deixa de seguir determinadas normas relacionadas com o âmbito de responsabilidade de seus sócios, forma de sua administração, de captação de recursos, de admissão e demissão de sócios, de destinação de lucros, de demonstração de seus resultados, etc.”.<sup>3</sup>

No caso da transformação, dada a peculiar característica de que ela somente produz alteração no que tange à espécie de sociedade, se deve entender que permanecem inalterados os efeitos das sanções aplicadas. Assim, a transformação não opera qualquer modificação em relação aos efeitos das sanções. A empresa produto da transformação continua a sofrer integralmente os efeitos da sanção aplicada pela Administração Pública.

### **3.2. Efeitos das sanções em caso de incorporação de empresas**

Incorporação “é a operação de concentração societária em que uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que as sucede em todos os direitos e assume todas as suas obrigações, mediante a chamada sucessão universal”.<sup>4</sup>

O artigo 1.116 do Código Civil Brasileiro dispõe que “na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos”. Nessa hipótese, pois, há disposição expressa do Código Civil Brasileiro no sentido de que a incorporadora sucede as empresas que são absorvidas em todos os direitos e obrigações.

A pessoa jurídica incorporadora, com autorização legal, sub-roga-se em direitos e obrigações da pessoa jurídica incorporada, que desaparece do mundo material e jurídico.

Neste contexto, seria possível afirmar que uma sanção aplicada em desfavor da pessoa jurídica incorporada produz efeitos em relação à pessoa jurídica incorporada? Quer parecer que não. A lei civil é bastante clara ao dispor que a pessoa incorporadora sucede a pessoa incorporada em todos os direitos e obrigações. Contudo, uma sanção não tem natureza jurídica de obrigação, na acepção técnico-jurídica. A sanção é a consequência legalmente prevista pelo cometimento de um ilícito (seja qual for a natureza dele). A sanção pode ser tida como consequência do descumprimento de uma obrigação, mas com ela não se confunde. Sequer se poderia aduzir que se trata de uma obrigação acessória. Tem natureza jurídica distinta e autônoma em relação às obrigações. Não se pode então, entender que a sanção se inclui na noção de obrigação de que trata o artigo 1.116 do Código Civil Brasileiro ao referir à sucessão de direitos e obrigações no caso de incorporação de empresas.

No plano das sanções, vigora como garantia fundamental, extensível às pessoas jurídicas, a norma-princípio prevista no artigo 5º, XLV da Constituição da República, que preceitua que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de

<sup>3</sup>BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 341.

<sup>4</sup> BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 342.

reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

O denominado princípio constitucional da pessoalidade da sanção impõe que se interprete pela inviabilidade, por determinação constitucional, de extensão dos efeitos de sanções aplicadas à pessoa jurídica incorporada para a pessoa jurídica incorporadora.

Desta feita, se no caso da incorporação de empresas desaparece a pessoa jurídica incorporada, com ela desaparece a sanção administrativa que lhe foi imposta. A pessoa jurídica incorporadora não sofre, pois, os efeitos das sanções aplicadas em relação à pessoa jurídica incorporada.

Deve-se ressaltar, contudo, os casos de fraude contra a Administração Pública. O princípio da pessoalidade da sanção, bem como a própria proteção conferida aos sócios pela figura da pessoa jurídica somente operam efeitos plenos quando os institutos jurídicos de referência (no caso em exame a incorporação de empresas) forem adotados ou utilizados para os fins que lhes foram designados pela lei ou pela Constituição. Assim, o princípio da pessoalidade é garantia fundamental que impede no plano geral, o cometimento de uma injustiça – no seu sentido técnico e filosófico -, ou seja, que alguém que não tenha cometido ilícito qualquer possa sofrer as consequências sancionatórias como se o tivesse cometido.

Esta proteção jurídico-constitucional não pode alcançar, contudo, as condutas dolosas orientadas concretamente a tangenciar ou evitar o cumprimento de uma sanção. Tome-se um exemplo: uma determinada pessoa jurídica que integra um grupo econômico sofre sanção de declaração de inidoneidade pelo cometimento de ilícito administrativo-contratual. Para que o grupo econômico possa continuar a perceber os proveitos da atuação em concreto desta empresa punida, opera-se uma incorporação, fazendo desaparecer do mundo jurídico a empresa incorporada, e possibilitando que concreta e materialmente (embora juridicamente já inexistente a empresa incorporada) possam continuar a se realizar os negócios originalmente a cargo da incorporada.

Assim, nas hipóteses de desvio de finalidade da utilização da incorporação de empresas, se deve operar com a mesma racionalidade que autoriza a já usual desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso de personalidade jurídica (desvio de finalidade ou confusão patrimonial) e fazer alcançar os efeitos da sanção aplicada à pessoa jurídica incorporada à pessoa jurídica incorporadora. Evidente que tal extensão demanda suficiente prova da fraude, mediante o devido processo legal, com as garantias do contraditório e da ampla defesa.

De fato, a constituição de uma nova pessoa jurídica – empresa – tem reiteradas vezes sido feita como instrumento para burlar ou tangenciar a aplicação de sanção por cometimento de ilícito administrativo-contratual.

Não é incomum que os sócios de uma pessoa jurídica punida com sanção de declaração de inidoneidade, suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração, ou de impedimento de licitar e de contratar, objetivando desviar, tangenciar ou evitar os efeitos das sanções (ficar afastado do mercado das contratações públicas), constituam novas pessoas jurídicas, muitas vezes com mesmos sócios e mesmo endereço

daquela obstada de participar de licitações e de contratar com o Poder Público por força da sanção sofrida.

Tal conduta é absolutamente irregular, ilegal e imoral. De modo a evitar que os sócios de empresas punidas possam se valer de prerrogativas inexistentes — como a da proteção da pessoa jurídica —, tem-se admitido a desconsideração da personalidade jurídica de empresas punidas, de modo a estender aos sócios os efeitos das sanções — o que, na prática, impede que empresa que tenha no seu quadro social pessoa física que é também sócio e pessoa jurídica em cumprimento de sanção administrativa possa participar de licitações e de contratar com o Estado.

A pessoa jurídica está legitimada a exercer os atributos da capacidade para a consecução dos fins sociais e estatutários para os quais foi criada. Nos estritos termos desses limites vigora o véu protetor da *societas distat a singulis*, conferindo aos sócios a proteção que impede, e mesmo veda, sejam os atos da sociedade confundidos com os seus próprios atos.

Contudo, o manto protetor da pessoa jurídica somente operará efeitos se, e somente se, a conduta dos sócios ou dirigentes da pessoa jurídica se mantiver nos limites da legalidade e da legitimidade. O que se verifica em concreto é que o véu protetor da pessoa jurídica por vezes é utilizado para ocultar ou proteger o sócio de responsabilidade que lhe deveria ser atribuída por conduta ilícita ou irregular.

Tal fato não passou despercebido de Caio Mário da Silva Pereira, que pondera

Modernamente, entretanto, o desenvolvimento da sociedade de consumo, a coligação de sociedades mercantis e o controle individual de grupos econômicos tem mostrado a distinção entre a sociedade e seus integrantes, em vez e consagrar regras de justiça social, tem servido de cobertura para a prática de atos ilícitos, de comportamentos fraudulentos, de absolvição de irregularidades, de aproveitamentos injustificáveis, de abusos de direito. Os integrantes da pessoa invocam o princípio da separação, como se se tratasse de um véu protetor. Era preciso criar um instrumento jurídico hábil a ilidir os efeitos daquela cobertura.<sup>5</sup>

A utilização para fins ilícitos da proteção conferida pelo princípio da distinção entre a sociedade e seus integrantes fez surgir um instrumento jurídico orientado a coibir ou a reprimir condutas irregulares. Informa o referido autor que, sentindo os inconvenientes dessa imunidade, o direito norte-americano engendrou a doutrina da *disregard of legal entity*, segundo a qual “se deve desconsiderar a pessoa jurídica quando em prejuízo de terceiros, houver por parte dos órgãos dirigentes a prática de ato ilícito, ou abuso de poder, ou violação de norma estatutária ou, genericamente, infração de disposição legal”.<sup>6</sup>

A distinção entre a pessoa jurídica e as pessoas dos sócios é efetiva e produz plenos efeitos jurídicos até que em “determinadas circunstâncias opera-se como que levantando ou perfurando o véu — *lifting or piercing the veil* — para alcançar o sócio, o gerente, o diretor, o administrador, e trazê-lo à realidade objetiva da responsabilidade”.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. II., p. 333.

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 334.

<sup>7</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 334.

Com a desconsideração da personalidade jurídica, a responsabilidade que era da pessoa jurídica é transferida para a pessoa do sócio, ou, no dizer de Caio Mário da Silva Pereira “a denominada *disregard doctrine* significa na essência, que em determinada situação fática, a Justiça despreza ou ‘desconsidera’ a pessoa jurídica, visando a restaurar uma situação em que chama à responsabilidade e impõe punição a uma pessoa física, que seria o autêntico obrigado ou o verdadeiro responsável, em face da lei ou do contrato”<sup>8</sup> de forma solidária.

A possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Tem previsão expressa no artigo 28 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que preceitua que “o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

O Código Civil Brasileiro também a consigna no artigo 50 que “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

A desconsideração da personalidade jurídica pode ser efetivada quando a sua utilização se der em abuso de personalidade jurídica, com o fim de evitar a responsabilização do sócio, seja de que natureza for. E a lei civil dispõe sobre o que caracteriza o abuso da personalidade jurídica: desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Abuso de personalidade jurídica constitui abuso de direito. O abuso de direito está definido no artigo 187 do Código Civil Brasileiro, que preceitua que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A pessoa jurídica tem existência para perseguir os fins legítimos expressados nos atos constitutivos ou estatutos sociais. A atuação fora dos parâmetros estabelecidos produz o desvio de finalidade: atuação para finalidade diversa daquela para a qual a pessoa jurídica foi criada. O desvio de finalidade ocorre quando a pessoa jurídica atua desbordando dos limites de seu objetivo social, com abuso de direito ou fraude nos negócios ou atos jurídicos. Vale dizer, o denominado véu protetor da personalidade jurídica somente pode ser invocado se a pessoa jurídica não o utilizar para fins ilícitos ou ilegítimos. Se este for o caso, se poderá estender os efeitos da sanção por infração administrativo-contratual aplicada à empresa

---

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 334. Informa ainda o autor que “foi o Código de Proteção e Defesa do Consumidor — Lei nº 8078/90 — que consagrou definitivamente a *disregard doctrine*, assentando no artigo 28 o princípio geral, deduzindo os requisitos de aplicação e estabelecendo as consequências, autorizando o juiz a desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade na defesa do consumidor, vítima de procedimento do produtor, nas hipóteses a que alude”.

incorporada à pessoa jurídica incorporadora. Este, inclusive, é o posicionamento do Tribunal de Contas da União:

**4. 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.**

Denúncia apresentada ao TCU apontara possíveis irregularidades relacionadas à contratação, por diversos órgãos públicos, de empresa que teria o mesmo objeto social e a mesma composição societária de outra empresa, declarada inidônea pelo Governo do Distrito Federal. Em preliminar, apontou o relator que as sociedades denunciadas possuíam, de fato, a mesma composição societária. Uma das empresas, criada anteriormente aos fatos denunciados, incorporou empresa sancionada com a declaração de inidoneidade para licitar, absorvendo todo seu acervo técnico, além de sucedê-la em contratos vigentes. Segundo o relator, a manobra “teve a intenção de contornar o impedimento legal aplicado”. A fraude, configurada “a partir da assunção do acervo técnico e humano e dos contratos”, evidencia “o propósito de dar continuidade às atividades da empresa inidônea sob nova denominação”. Nesse sentido, o relator lembrou precedente consubstanciado na ementa ao Acórdão 2.218/2011 – 1ª Câmara, com o seguinte teor: “*Presume-se fraude quando a sociedade que procura participar de certame licitatório possui objeto social similar e, cumulativamente, ao menos um sócio-controlador e/ou sócio-gerente em comum com a entidade apenada com as sanções de suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/1993*”. 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. **Acórdão 1831/2014-Plenário, TC 022.685/2013-8, relator Ministro José Múcio Monteiro, 9.7.2014.**

### 3.3. Efeitos das sanções em caso de fusão de empresas

Fusão de empresas “se apresenta como uma operação de concentração de empresas, na qual duas ou mais sociedades se unem, resultando dessa união uma nova sociedade que, diante da extinção de todas as sociedades envolvidas, as sucederá em todos os direitos e obrigações”.<sup>9</sup> Nos expressos termos do artigo 1.119 do Código Civil Brasileiro, a fusão “determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações”.

Situação um pouco diversa em comparação com a incorporação de empresas, é o caso da fusão de empresas. Como visto, no caso da incorporação, a pessoa jurídica

<sup>9</sup> BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 342.

incorporadora continua a ter existência jurídica, desaparecendo a pessoa jurídica incorporada. Com a fusão, desaparecem as duas ou mais sociedades originais, que se unem para formar uma nova pessoa jurídica.

Como não poderia deixar de ser, tem aplicação também neste caso, o princípio constitucional da personalidade da sanção e o véu protetor da personalidade jurídica, sob um prisma geral da liberdade de iniciativa inculpada como um dos fundamentos da ordem econômica pela Constituição Federal. Contudo, no caso da fusão de empresas, resta mais evidente que pode servir com mais eficiência e eficácia do que a incorporação para o cometimento de fraudes contra a Administração Pública.

Toda a racionalidade acima aduzida acerca da desconsideração da personalidade jurídica tem plena aplicação em caso de fusão de empresas que objetiva não um regular objetivo societário, mas o tangenciamento ou burla de aplicação de uma sanção administrativa. Nestes casos, em que houver desvio de finalidade – utilizar o instituto da fusão para fazer desaparecer uma sanção administrativa – deverá ser desconsiderada a personalidade jurídica da nova empresa e poderão ser estendidos os efeitos da sanção administrativa aplicada a qualquer uma das empresas fundidas à nova sociedade resultado da fusão.

#### **3.4. Efeitos das sanções em caso de cisão de empresas**

O ocorre a cisão “com a transferência de parcela ou do total do patrimônio da companhia para uma ou mais sociedades já existentes ou constituídas para esse fim”.<sup>10</sup> É, no dizer de Ricardo Negrão, “o processo pelo qual a companhia transfere parcelas de seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes”.<sup>11</sup> A cisão poderá ser total ou parcial. Será parcial quando ocorrer a versão de apenas parte do patrimônio da sociedade cindida, com a conseqüente redução de seu capital social na proporção do patrimônio transferido. Será total, o entanto, se o patrimônio da sociedade cindida for transferido para outras sociedades, acarretando sua extinção, nos termos do art. 219, II, da Lei nº 6.404/76”.<sup>12</sup>

Na fusão há sucessão universal com a extinção das sociedades envolvidas na operação e a criação de uma nova pessoa jurídica, que se sub-roga em todos os direitos e obrigações originalmente de titularidade das pessoas jurídicas que se fundiram.

No caso da cisão parcial, há transferência de patrimônio da empresa cindida com conseqüente redução de capital social. A cisão parcial não opera modificação subjetivo/societária na pessoa jurídica cindida. Há mera transferência patrimonial com redução de capital social. Esta operação jurídica não produz qualquer modificação em relação aos efeitos das sanções aplicadas contra a pessoa jurídica cindida, que os continua a sofrer na plenitude.

<sup>10</sup> BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 343.

<sup>11</sup> *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 455.

<sup>12</sup> BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 343.

A cisão total importa extinção da companhia cindida e distribuição de seu patrimônio entre outras pessoas jurídicas. Também neste caso, há mera operação de transferência patrimonial, sem transferência de direitos e obrigações. Não há também nesta hipótese, quer parecer, possibilidade de extensão dos efeitos das sanções aplicadas á pessoa cindida àquela que adquire o seu patrimônio.

#### 4. Conclusões

No que tange aos efeitos das sanções aplicadas pelo cometimento de infração administrativo-contratual em caso de fusão, incorporação, transformação ou cisão de empresas, como regra geral, a partir do princípio constitucional da pessoalidade da sanção, deve-se reputar que não pode haver sua transferência para pessoa que não lhe tenha dado causa e contra quem não foi a sanção originalmente imposta. Da mesma forma, como regra geral, deve haver consideração de todos os atributos jurídicos da personalidade jurídica para orientar a distribuição dos efeitos das sanções.

Entretanto, a proteção conferida pelo principio da pessoalidade da sanção e pela personalidade jurídica somente pode operar em situações de modificações societárias realizadas com propósitos legítimos e lícitos. Nos casos de desvio de finalidade podem ser estendidos os efeitos das sanções em caso de incorporação e de fusão de empresas como acima demonstrado. Já no caso de transformação ou de cisão de empresas há impeditivos jurídicos e objetivos, também acima apontados, para tal extensão de efeitos.