



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 15.166 - BA (2002/0094265-7)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
RECORRENTE : G E G MÓVEIS MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA
ADVOGADO : ARX DA COSTA TOURINHO
T.ORIGEM : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
IMPETRADO : SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA
RECORRIDO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : BRUNO ESPINEIRA LEMOS

EMENTA

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

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

- Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator". Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2003 (data do julgamento)

Ministro Castro Meira
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 15.166 - BA (2002/0094265-7)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
RECORRENTE : G E G MÓVEIS MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA
ADVOGADO : ARX DA COSTA TOURINHO
T.ORIGEM : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
IMPETRADO : SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA
RECORRIDO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : BRUNO ESPINEIRA LEMOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Cuida-se de Recurso Ordinário Constitucional interposto por G E G Móveis, Máquinas e Equipamentos Ltda, com fundamento no art. 105, II, "b", da Constituição da República, desafiando Acórdão proferido pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

O mandado de segurança foi proposto contra ato do Secretário de Administração do Estado da Bahia, que fez expedir a Portaria n.º 650/2000, de 12/09/2000, a qual estendeu à ora Recorrente os efeitos da declaração de inidoneidade para licitar emitida contra a empresa COMBAIL LTDA, que se apresenta composta pelo mesmo quadro societário.

Liminar indeferida à fl. 56.

No mérito, a segurança foi denegada sob o argumento de que, no caso *sub judice*, "os sócios tentam burlar a lei, mediante a constituição de nova sociedade, com os mesmos objeto comercial e endereço, para, desta forma, continuarem a participar das licitações públicas. É evidente a possibilidade de abuso de direito." O Acórdão recorrido apresenta-se assim ementado (fl.129):

“MANDADO DE SEGURANÇA. IMPEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A Administração Pública deve praticar os seus atos, norteados pelo Princípio da Moralidade.”

Irresignada, a Recorrente interpõe o presente Recurso, em que sustenta, em síntese, que o Acórdão objurgado contraria o princípio da legalidade, vez que a lei não faculta à Administração Pública a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica para estender sanções administrativas a outra sociedade empresária com idêntico quadro societário, faculdade somente conferida às autoridades judiciárias no que tange às relações de consumo, a teor do disposto no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Em suas contra-razões, o Estado da Bahia sustenta a legalidade do ato administrativo impugnado, com espeque na teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Alega, ainda, que o ato sancionador atacado foi precedido de processo administrativo, em que restaram assegurados os Princípios Constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

No Parecer de fls. 173/179, o Ilustre Subprocurador-Geral da República opinou pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

improvemento do Recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 15.166 - BA (2002/0094265-7)

EMENTA

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 à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93), de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

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

- Recurso a que se nega provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): A discussão travada nos autos gira em torno da possibilidade de estender a uma sociedade empresária, na esfera administrativa e com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, os efeitos de uma sanção aplicada pela Administração Pública a outra sociedade formada pelos mesmos sócios e com mesmo objeto social.

A Recorrente alega ausência de previsão legal que autorize o Estado da Bahia a aplicar, em situação fática como a presente, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Aduz, também, que somente o Judiciário, nas situações envolvendo relação de consumo, e com base no art. 28 do CDC, poderia desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade para atingir a figura de seus sócios.

A solução da presente controvérsia demanda, em primeiro plano, a análise do processo de constituição da sociedade recorrente, para que então seja possível afirmar-se, com razoável margem de certeza, se agiu ou não em fraude à lei. Em segundo plano, torna-se não menos importante a análise sobre a possibilidade de aplicação, na esfera administrativa, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, à margem de previsão legal específica e sem pronunciamento judicial neste sentido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à primeira questão, as informações contidas nos autos dão conta de que a Recorrente é uma empresa de "fachada", constituída com o único objetivo de fraudar a aplicação de sanção administrativa imposta à sociedade COMBAIL LTDA, que foi declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, por ter apresentado documento falso em processo licitatório. Assim, a ora Recorrente apresenta o mesmo quadro societário, o mesmo objeto social e o mesmo endereço da empresa COMBAIL LTDA, o que, de certa forma, é dado mais que suficiente para caracterizar fraude à lei e permitir a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

O Estado da Bahia, no Parecer de fls. 25/31, traz aos autos alguns dados complementares que corroboram a atuação fraudulenta da Recorrente, como, v.g., a *"continuidade de passivos a descoberto de natureza tributária ou trabalhista da sociedade anteriormente punida, continuidade dela sem baixa na JUCEB, ou com sua baixa seguida da constituição da nova sociedade, uso do mesmo acervo de equipamentos, móveis e utensílios, com ou sem sua aquisição à sociedade punida, identidade ou predominância dos mesmo empregados, sobretudo a nível gerencial ou administrativo."*

Assim, não há como negar que as informações carreadas aos autos pelo Estado da Bahia militam, inegavelmente, em desfavor da sociedade Recorrente. Uma empresa constituída com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com sede no mesmo endereço, dificilmente, conseguirá provar que não agiu em fraude à lei, para furtar-se dos efeitos danosos de uma sanção administrativa. Parece claro, no presente caso, que a Recorrente valeu-se do "véu da pessoa jurídica" - para usar de metáfora já consagrada - , com o evidente intuito de fraudar a lei e descumprir uma punição administrativa que lhe havia sido imposta.

Firmado o entendimento de que a Recorrente foi constituída em nítida fraude à lei e com abuso de forma, resta a questão relativa à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, na esfera administrativa, sem que exista um dispositivo legal específico a autorizar a adoção dessa teoria pela Administração Pública.

A atuação administrativa deve pautar-se pela observância dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. E esses princípios, quando em conflito, devem ser interpretados de maneira a extrair-se a maior eficácia, sem permitir-se a interpretação que sacrifique por completo qualquer deles.

Se, por um lado, existe o dogma da legalidade, como garantia do administrado no controle da atuação administrativa, por outro, existem Princípios como o da Moralidade Administrativa, o da Supremacia do Interesse Público e o da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público, que também precisam ser preservados pela Administração. Se qualquer deles estiver em conflito, exige-se do hermeneuta e do aplicador do direito a solução que melhor resultado traga à harmonia do sistema normativo.

A ausência de norma específica não pode impor à Administração um atuar em desconformidade com o Princípio da Moralidade Administrativa, muito menos exigir-lhe o sacrifício dos interesse públicos que estão sob sua guarda. Em obediência ao Princípio da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Legalidade, não pode o aplicador do direito negar eficácia aos muitos princípios que devem modelar a atuação do Poder Público.

Assim, permitir-se que uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público, afronta aos mais comezinhos princípios de direito administrativo, em especial, ao da Moralidade Administrativa e ao da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público.

A concepção moderna do Princípio da Legalidade não está a exigir, tão-somente, a literalidade formal, mas a inteligência do ordenamento jurídico enquanto sistema. Assim, como forma de conciliar o aparente conflito entre o dogma da legalidade e o Princípio da Moralidade Administrativa é de se conferir uma maior flexibilidade à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a permitir o seu manejo pela Administração Pública, mesmo à margem de previsão normativa específica.

Convém registrar, por oportuno, que a aplicação desta teoria deve estar precedida de processo administrativo, em que se assegure ao interessado o contraditório e a mais ampla defesa, exatamente como realizado no caso dos autos. Ao prejudicado restará sempre aberta a porta do Judiciário, para que então possa provar, perante um órgão imparcial, a ausência de fraude à lei ou de abuso de forma, afastando, por conseguinte, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. No presente caso, a Recorrente não se desincumbiu desse ônus probatório.

Ademais, como bem lançado no Parecer Ministerial acostado às fls. 173/179, o abuso de um instituto de direito não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico. Seria uma grande incongruência admitir-se a validade jurídica de um ato praticado com fraude à lei, assim como seria desarrazoado permitir-se, com base no Princípio da Legalidade, como é o caso dos autos, a sobrevivência de um ato praticado à margem da legalidade e com ofensa ao ordenamento jurídico. Não pode o direito, à guisa de proteção ao Princípio da Legalidade, atribuir validade a atos que ofendem a seus princípios e institutos.

Neste diapasão, acompanhe-se o escólio do Ilustre Professor Lamartine Correia de Oliveira (RT n.º 06, pág. 052):

"(...) o desconhecimento da forma da pessoa jurídica em casos de fraude à lei não passa de aplicação específica do princípio geral segundo o qual o abuso de um instituto jurídico não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

(...)

Provado o intuito de fraude à norma legal, será perfeitamente defensável decisão que desconheça a pessoa jurídica."

Vale a pena registrar, para concluir, a prática rotineira da Administração Fazendária, que desconsidera atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte ou responsável com o intuito de dissimular a ocorrência do fato gerador, passando a tributar a situação com base em sua realidade econômica subjacente, como instrumento eficiente no combate à evasão fiscal.

Desta feita, se o contribuinte simula uma doação para fugir à incidência da alíquota



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

superior do Imposto de Renda, de competência federal, permitindo, com tal simulação, a incidência do imposto estadual sobre doações, de alíquota reduzida, poderá a Receita Federal desconsiderar o negócio simulado, passando a tributar a situação com base em sua realidade econômica. Nessa situação, assim como no caso dos autos, a Administração desconsidera uma forma jurídica (o contrato de doação) e passa a tributar a situação com base na realidade econômica subjacente (aquisição de renda), garantindo-se, por esse meio, a preservação do interesse maior da coletividade.

A doutrina dominante, de há muito tem admitido que a Administração Fiscal proceda com a chamada interpretação econômica do fato gerador, para desconsiderar a forma jurídica de atos ou negócios praticados com fraude à lei e com nítido intuito de sonegação fiscal. É bem verdade que sempre existiu uma certa resistência por parte de alguns doutrinadores, extremamente afetos ao formalismo exacerbado dos institutos jurídicos, em aceitar a adoção da teoria da interpretação econômica do fato gerador. Objetivando obviar as discussões e as resistências infundadas, eis que veio a lume o art. 116, parágrafo único do CTN, acrescentado pela Lei Complementar n.º 104/2001, que apresenta a seguinte redação:

"Art. 116 - Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária."

Ninguém duvida que à Administração Fazendária sempre foi facultada, antes mesmo da entrada em vigor do parágrafo único, do art. 116 do CTN, a possibilidade de desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte ou responsável com o intuito de dissimular a ocorrência do fato gerador. Assim, o Poder Público sempre dispôs de um mecanismo eficaz de combate à evasão fiscal, na medida em que a própria Administração Fazendária, desde que permitido ao contribuinte ou responsável o exercício do contraditório e da mais ampla defesa, poderia, sem o socorro do Judiciário e à margem de autorização legal específica, desconsiderar a forma jurídica de um ato ou negócio praticado, na busca de sua realidade econômica. O art. 116, parágrafo único, do CTN veio, apenas e tão-somente, positivizar uma prática antiga da Administração Tributária, admitida pelo Judiciário, mesmo à margem de previsão legal específica.

Analogamente, como forma de garantir à Administração Pública um mecanismo eficaz de combate à fraude, é de admitir-se, em homenagem aos Princípios da Moralidade Administrativa e da Indisponibilidade do Interesse Público, possa a Administração desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade constituída em fraude à lei e com abuso de forma, mesmo à margem de previsão legal específica e sem a interveniência do Poder Judiciário, graças à executoriedade dos atos administrativos, desde que, repita-se, tenha sido assegurado ao administrado a mais ampla defesa em processo administrativo regular.

Adotar-se posicionamento contrário àquele veiculado no Acórdão recorrido, traria o risco de tornar ineficaz toda e qualquer sanção administrativa imposta às pessoas jurídicas. Como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não são exigidas maiores formalidades na constituição de uma pessoa jurídica, uma sociedade punida com uma sanção administrativa, facilmente se furtaria da incidência de seus efeitos com a simples constituição de uma nova sociedade, sem que a Administração nada pudesse fazer no combate deste procedimento fraudatório.

Com estas breves considerações, estando o Acórdão recorrido em sintonia com o entendimento aqui adotado, **nego provimento ao recurso.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2002/0094265-7

RMS 15166 / BA

Número Origem: 242362

PAUTA: 07/08/2003

JULGADO: 07/08/2003

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FRANCIULLI NETTO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ EDUARDO DE SANTANA**

Secretária

Bela. **BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : G E G MÓVEIS MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA
ADVOGADO : ARX DA COSTA TOURINHO
T.ORIGEM : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
IMPETRADO : SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA
RECORRIDO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : BRUNO ESPINEIRA LEMOS

ASSUNTO: Administrativo - Licitação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 07 de agosto de 2003

BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA
Secretária