

## VOTO

Atuo nos presentes autos com fundamento no art. 27-A da Resolução-TCU 175/2005, tendo em vista haver sido designado, por meio da Portaria-TCU 88, de 22/3/2018, substituto do eminente Ministro Vital do Rêgo.

2. Trata-se de apartado do TC-018.701/2004-9, constituído em conformidade com o disposto no item 9.10 do Acórdão 1.147/2011-TCU-Plenário, proferido nos autos daquele feito, com o objetivo de apurar “a responsabilidade das empresas envolvidas nas fraudes às licitações verificadas na ‘Operação Sanguessuga’ e nas fiscalizações realizadas por este Tribunal e pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União”.

3. Após proceder à instrução do processo, a Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog), em manifestações uniformes, propõe ao Tribunal:

a) com fundamento no artigo 46 da Lei 8.443/1992, **declarar a inidoneidade** da empresa Suprema-Rio Comércio de Equipamentos de Segurança e Representações Ltda. (CNPJ: 07.150.827/0001-20), para participar de licitação na Administração Pública Federal;

b) com fundamento no artigo 46 da Lei 8.443/1992, **declarar a inidoneidade** dos Srs. Ronildo Pereira Medeiros (CPF: 793.046.561-68), Luiz Antônio Trevisan Vedoin (CPF: 594.563.531-68) e Ricardo Waldmann Brasil (CPF: 389.370.427- 20) para participarem, em nome próprio ou como sócio administrador de pessoa jurídica, de licitação na Administração Pública Federal; e

c) após o trânsito em julgado da deliberação:

c.1) efetuar comunicação à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a respeito das declarações de inidoneidade efetuadas, bem como seja solicitada àquela unidade que adote as providências necessárias à efetivação da deliberação no âmbito do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF); e

c.2) arquivar os presentes autos, com fundamento no art. 169, inciso II, do Regimento Interno do TCU.

4. De fato, restou comprovado, na apuração empreendida neste feito, o cometimento de fraude, pela empresa Suprema-Rio, contra licitações destinadas à aquisição de unidades móveis de saúde – UMSs (ambulâncias e outros veículos de uso na prestação de serviços de saúde) com recursos federais repassados pelo Ministério da Saúde a diversos municípios.

5. A unidade técnica oportunizou defesa à empresa Suprema-Rio, aos seus administradores de fato, Srs. Ronildo Pereira Medeiros e Luiz Antônio Trevisan Vedoin, bem como ao seu sócio administrador, Sr. Ricardo Waldmann Brasil.

6. Embora os ofícios de chamamento tenham sido devidamente entregues, a empresa e os administradores acima mencionados não apresentaram justificativas acerca da fraude suscitada, fazendo-se operar contra eles os efeitos da revelia, dando-se prosseguimento ao processo com base no material probatório existente nos autos, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992.

7. Os elementos constantes dos autos revelam evidências de que as licitações das quais participou a empresa Suprema-Rio, destinadas ao fornecimento de UMSs, não passaram de simulações, com resultados previamente combinados e negociados entre as empresas licitantes, que supostamente disputavam mercado. Desnudou-se, pois, que empresas acorriam às licitações promovidas pelos municípios com o objetivo de apenas compor número mínimo de participantes.

Dessa forma, proporcionavam aparência de competitividade e legalidade aos certames de modo a favorecer empresas que já haviam sido previamente escolhidas para fornecerem os veículos.

8. No caso presente, os indícios de fraude foram confirmados por vários elementos comprobatórios constantes dos autos. Citem-se, entre esses elementos, os depoimentos prestados em juízo por pessoas envolvidas nas fraudes, os relatos da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI – “das Ambulâncias”, e as ocorrências relacionadas à apresentação de proposta pelos licitantes contendo os mesmos erros de grafia e “documento supostamente utilizado como edital da tomada de preços 2/2005” com “cabeçalho personalizado para cada empresa participante, assemelhando-se a um convite, (...) totalmente desconforme com o disposto no art. 40 da Lei 8.666/1993”.

9. Assim, diante do quadro de comprovadas fraudes revelado no caso presente, impõe-se, com efeito, a aplicação à empresa Suprema-Rio da sanção de declaração de inidoneidade para participar de licitações promovidas pela Administração Pública Federal, tal como previsto no art. 46 da Lei 8.443/1992.

10. Todavia, na aplicação dessa penalidade, sobreleva uma questão jurídica que merece destacada atenção. Trata-se da possibilidade de o TCU, conforme sustenta a Selog, estender a referida penalidade aos administradores da referida empresa, os quais teriam concorrido para o cometimento das fraudes.

11. Sobre essa matéria, é importante frisar que este Tribunal já debateu o tema em outras oportunidades.

12. A título de exemplo, no voto condutor do Acórdão 2.549/2008-TCU-Plenário, o Relator manifestou-se pela impossibilidade de declarar a inidoneidade dos sócios de determinada empresa nos seguintes termos:

28. Dada a gravidade da ocorrência e tendo em vista que a contratada foi devidamente ouvida neste feito, concordo com a Secex/1 que o Tribunal deve declarar a inidoneidade da ICMA para licitar e contratar com a administração, consoante autoriza o **art. 46 da Lei 8.443/1992**. Friso, entretanto, que **não vislumbro condição para declarar também a inidoneidade dos sócios daquela empresa, como sugere a unidade técnica, eis que o fundamento legal invocado menciona apenas o licitante.** (grifos acrescidos)

13. Nesse mesmo sentido se posicionou o Tribunal quando da prolação do Acórdão 495/2013-TCU-Plenário, oportunidade em que também se apreciava Representação autuada para apurar a responsabilidade de empresas envolvidas em fraudes a licitações, verificadas na ‘Operação Sanguessuga’. Naquela assentada, foi declarada a inidoneidade tão somente das empresas (pessoas jurídicas) envolvidas nas fraudes, e não de seus sócios administradores.

14. Para examinar a questão, convém preliminarmente transcrever o dispositivo da Lei 8.443/1992 que estabelece o suporte normativo para a atuação sancionadora do TCU ante o cometimento de fraude contra licitação:

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, **o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador** para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal. (grifos acrescidos)

15. Uma interpretação literal (gramatical) desse dispositivo poderia mesmo conduzir à intelecção de que o sujeito passivo da sanção de declaração de inidoneidade é apenas o licitante em sentido restrito, isto é, aquele que, em seu próprio nome, ocorre ao chamado da Administração Pública para com outros disputarem, mediante licitação, a celebração de um contrato administrativo. É de se reconhecer que dá pretexto a essa interpretação a alegação de que o art. 46 da Lei 8.443/1992 cuida da

aplicação de uma penalidade e, por isso, haveria de se dar ao dispositivo alcance rigorosamente restrito.

16. No entanto, há de se considerar que a interpretação restritiva da norma sancionadora não pode chegar às raias da literalidade se isso implicar o desvirtuamento daquela norma e, assim, frustrar a sua vontade (**mens legis**). Observo que, mesmo no Direito Penal, no âmbito do qual a Hermenêutica é mais conservadora, admite-se interpretação extensiva quando esta solução, inequivocamente, concretizar a finalidade da lei. Cito, como precedente jurisprudencial, o julgamento proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em sede do recurso ordinário em **habeas corpus** 106.481/MS, com ementa vazada nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL E PENAL. ACESSÓRIOS DE CELULAR APREENDIDOS NO AMBIENTE CARCERÁRIO. FALTA GRAVE CARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA AO ART. 50, VII, DA LEI 7.210/84, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11.466/2007. **INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE.**

1. Prática infração grave, na forma prevista no art. 50, VII, da Lei 7.210/84, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/2007, o condenado à pena privativa de liberdade que é flagrado na posse de acessórios de aparelhos celulares em unidade prisional.

2. **A interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na mens legis.**

3. A punição imposta ao condenado por falta grave acarreta a perda dos dias remidos, conforme previsto no art. 127 da Lei 7.210/84 e na Súmula Vinculante nº 9, e a consequente interrupção do lapso exigido para a progressão de regime. 4. Negar provimento ao recurso. (grifos acrescidos)

17. Outro precedente jurisprudencial que trago à colação, desta feita do Superior Tribunal de Justiça, a reforçar que a interpretação restritiva da norma sancionadora não pode chegar às raias da literalidade se isso implicar o desvirtuamento daquela norma, é o Resp 151.567, no qual foram discutidos os efeitos (abrangência) da suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993. Para chegar à conclusão de que a referida penalidade estende-se a toda Administração Pública, o STJ valeu-se dos seguintes argumentos:

É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração (...). A Administração Pública é una, sendo descentralizada 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. (grifos acrescidos)

18. Portanto, para o STJ, a interpretação adequada quanto à punição prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 seria pelo alcance para toda a Administração Pública, não se restringindo aos órgãos ou entes que a aplicarem. O entendimento de que a suspensão imposta por um órgão administrativo, ou um ente federado, não se estende aos demais, não estaria em harmonia com o objetivo da Lei 8.666/1993, de tornar o processo licitatório transparente e evitar prejuízos e fraudes ao erário, inclusive impondo sanções àqueles que adotarem comportamento impróprio ao contrato firmado ou mesmo ao procedimento de seleção de propostas.

19. No caso do art. 46 da Lei 8.443/1992, percebe-se, com absoluta clareza, que o propósito da norma é coibir o cometimento de fraude à licitação. Afigura-se, pois, antijurídica, a interpretação que, feita à letra, obsta a realização desse propósito. E é justamente o que ocorre quando se dispensa ao termo ‘licitante’ a estreita compreensão a que acima me referi.

20. Cabe lembrar que há precedentes na jurisprudência do TCU no sentido de que, em homenagem à vontade da lei, deve ser dispensada interpretação mais ampla ao conteúdo do sobredito artigo. Como exemplo, cito os Acórdãos 100/2003 e 1.293/2011, ambos proferidos pelo Plenário, nos quais prevaleceu o entendimento de que a sanção de que trata o art. 46 da Lei 8.443/1992 alcança, também, o particular que age de forma fraudulenta em procedimentos administrativos que levam à sua contratação direta por dispensa de licitação. Cito, ainda, o Acórdão 2.426/2012, igualmente proferido pelo Pleno do TCU, mediante o qual o Tribunal declarou inidôneas não apenas duas empresas que, como licitantes, participaram de licitação e, mediante conluio, contra ela cometeram fraude, mas também terceira empresa que, a despeito de não ter participado diretamente da disputa licitatória, intermediou o conluio daquelas duas licitantes, com destacada atuação no cometimento da fraude.

21. Como bem asseverou a Selog: “...fraude é o engano malicioso, ou a ação de má-fé para ocultação da verdade ou como subterfúgio para fugir ao cumprimento do dever”.

22. Requer-se aqui o dolo específico, ou seja, a intenção deliberada de fraudar, com o fim de auferir vantagem para si ou para outrem, embora saibamos que o fato típico se aperfeiçoa com a fraude do caráter competitivo da licitação, independentemente de ter o agente obtido a vantagem que objetivava a conduta punível.

23. Não se trata de criar nova penalidade não prevista em lei, mas sim de redefinir o significado (alcançe) da expressão ‘licitante fraudador’, de modo a alcançar, além da pessoa jurídica, o legítimo responsável pela fraude, com supedâneo no art. 46 da Lei 8.443/1992. A corroborar tal assertiva, impende destacar o seguinte trecho da instrução da unidade técnica:

9.19. Tal proposta também decorre da arte de interpretar as normas, pois interpretar é fixar o verdadeiro sentido e alcance de, no caso, uma norma jurídica, a qual deve ser entendida em função dos fins para os quais foi produzida.

9.20. Dessa forma, procura-se dar maior eficácia à decisão deste TCU nos casos analisados e tratamento proporcional à pessoa que agiu de forma tão desleal no trato com a Administração Pública, com a inclusão do nome do responsável em cadastro de inidôneos para licitar, dado que a aplicação de sanção ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a desaprovação do ato infrator.

9.21. Entender de modo diverso seria permitir que pessoas que agiram com tamanha deslealdade com a Administração Pública e, indiretamente, com a própria sociedade, pois os recursos desviados são públicos, possam voltar a participar de licitações ou até mesmo a contratar com o Estado durante o prazo em que perdurar a penalidade aplicada.

9.22. Decerto, não é essa a intenção da lei. Percebe-se pela natureza da penalidade que ela visa a resguardar a União, buscando impedir que aquele que tenha cometido fraude à licitação volte a licitar ou contratar com a Administração Pública Federal até cinco anos subsequentes à aplicação da pena de inidoneidade. Ademais, **o Direito não pode albergar interpretação que permita a alguém usar indevidamente o instituto da pessoa jurídica – conceito tão precioso ao Direito e à organização econômica. Deve-se, ainda, ser mencionado que, nesses casos, a punição adequada deverá desestimular outros a incorrer no ilícito, pois esse é o principal efeito da pena (...).**

[...]

9.27. A **medida sugerida** pode representar valiosa ajuda para restringir fraudes, conluios e irregularidades nas licitações, o que é de interesse da sociedade e dos gestores públicos, **é coerente com os princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, da indisponibilidade do interesse público, da moralidade administrativa e da boa-fé contratual, e se harmoniza com as atribuições do TCU em seu papel constitucional**, tratado no art. 71, inciso II, no que diz respeito àqueles que derem causa a prejuízo ao erário público, no descumprimento às

disposições do art. 37, XXI, da Carta Magna, regulamentado pela Lei 8.666/1993. (grifos acrescidos)

24. Entendo que a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica (**disregard doctrine**) não é suficiente, por si só, para fundamentar o encaminhamento sustentado pela Selog, dado que é de uso restrito e aplicável com o fim de alcance do patrimônio para satisfação dos credores. São situações em que a forma jurídica escolhida para a estruturação de empresas, apesar de lícita, impede que, em um primeiro momento, os prejuízos a terceiros sejam recompostos.

25. Justamente por isso é que, nos autos relativos às fiscalizações decorrentes da ‘Operação Sanguessuga’, lançou-se mão, com vistas a alcançar os sócios administradores das empresas envolvidas nas fraudes detectadas e ao ressarcimento de débito ao erário, da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, a qual, em seus contornos originais, frise-se, consiste em que, no caso de abuso de direito e fraude contra credores, o juiz deixa de aplicar a regra tradicional da separação entre a sociedade e seus sócios, segundo a qual é a pessoa jurídica que responde pelos danos advindos de sua atuação.

26. Conforme fundamentação das instruções que levaram à citação dos responsáveis nos processos referentes à ‘Operação Sanguessuga’, uma vez que o objetivo primordial das tomadas de contas especiais é ressarcir os cofres públicos dos desvios ocorridos, a melhor linha de atuação do Tribunal foi a de promover a citação solidária da pessoa jurídica (empresa) com as pessoas físicas de seus sócios qualificados como administradores, visando a abranger o maior patrimônio possível. Os referidos sócios passaram então a responder, solidariamente com as empresas, pelos débitos quantificados nas dezenas de processos que vieram a ser autuados neste Tribunal.

27. Aliás, a solidariedade entre sócios e empresas se impõe nessa circunstância até mesmo em razão do disposto no art. 50 do Código Civil, **in fine**:

Art. 50. 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**. (grifos acrescidos)

28. Retomando os presentes autos e considerando a extensão das fraudes perpetradas pelos responsáveis em comento, bem como os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, é necessário agregar novos elementos sobre a matéria para o adequado embasamento da questão.

29. Para o deslinde desta Representação, meu entendimento é no sentido da viabilidade jurídica de desqualificar os atos em espécie como atos das empresas (pessoas jurídicas), tratando-os, na verdade, como atos ilícitos praticados pelos sócios administradores daquelas empresas.

30. Não se trata, pois, de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em seu sentido estrito, a qual só tem razão de subsistir para fins patrimoniais (responsabilidade civil), e não para fim de responsabilidade administrativa. Para esta finalidade específica, a pessoa jurídica se confunde com a pessoa do sócio administrador.

31. Em termos práticos e guardando as devidas proporções, da mesma forma que a distinção entre ‘matriz’ e ‘filial’ só tem sentido para fins tributários (responsabilidade tributária), a distinção entre a personalidade jurídica da sociedade empresária e a pessoa física do sócio administrador só tem relevância sob a ótica patrimonial (responsabilidade civil).

32. Mais especificamente, no caso de excesso de poder, infração da lei, ato ilícito, violação dos estatutos ou contratos sociais, o sócio administrador responderia por obrigação pessoal, sendo a imputação de responsabilidade (de índole administrativa) efetuada diretamente (não havendo falar em desconsideração de pessoa jurídica), na esteira da própria doutrina de Fábio Ulhôa Coelho (*in* Curso de Direito Comercial, vol. 2: Direito de Empresa, 13 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 53):

**Se a imputação pode ser direta, se a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que cogitar do superamento de sua autonomia.** E quando alguém, na qualidade de sócio (...) provoca danos a terceiros (...) responde pela indenização correspondente. Nesse caso, no entanto, estará respondendo por obrigação pessoal, decorrente do ilícito em que ocorreu. Não há nenhuma dificuldade de estabelecer essa responsabilização, e a existência da pessoa jurídica não a obsta, de maneira alguma. A circunstância de o ilícito ter sido efetivado no exercício da representação legal de pessoa jurídica, ou em função da qualidade de sócio ou controlador, em nada altera a responsabilidade daquele que, ilicitamente, causa danos a terceiros. **Não há, portanto, desconsideração da pessoa jurídica na definição da responsabilidade de quem age com excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou do contrato social ou por qualquer outra modalidade de ilícito.** (grifos acrescidos)

33. Essa orientação é consentânea com os próprios requisitos para criação da pessoa jurídica: vontade humana criadora, observância das condições legais de sua formação e liceidade de seus propósitos. Conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira (*in* Instituições de Direito Civil, vol. I, 23 ed., RJ: Ed. Forense, 2009, p. 257), sem o terceiro requisito não poderá haver pessoa jurídica, ainda que se agreguem os demais requisitos, senão vejamos:

Se a justificativa existencial da pessoa jurídica é a objetivação das finalidades a que visa o propósito de realizar mais eficientemente certos objetivos, a liceidade destes é imprescindível à vida do novo ente, pois não se compreende que a ordem jurídica vá franquear a formação de uma entidade, cuja existência é a projeção da vontade humana investida do poder criador pela ordem legal, a atuar em descompasso com o direito que lhe possibilitou o surgimento.

34. Aliás, a tendência de estender os efeitos da declaração de inidoneidade de empresas aos respectivos sócios administradores já se concretizou com a edição da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). Essa lei, que dispõe acerca da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, e com vigência a partir de 2014, teve sua discussão e trâmite acelerados no âmbito do Congresso Nacional em decorrência das manifestações populares ocorridas em 2013, as quais, entre outras reivindicações, demandavam medidas de combate à corrupção.

35. Convém salientar que o referido texto legal prevê um importante mecanismo para garantir a eficácia das medidas sancionadoras às empresas ‘corruptas’: a possibilidade de, no caso de empresa ser utilizada com abuso de direito, haver a desconsideração de sua personalidade jurídica para que as penalidades previstas na lei sejam estendidas aos seus administradores (art. 14).

36. A explicitação em lei da possibilidade de utilização desse mecanismo (desconsideração da personalidade jurídica) visa apenas a facilitar a legitimação da responsabilidade administrativa dos verdadeiros responsáveis pelos ilícitos perpetrados, a qual já seria possível apenas fundamentando-se nos princípios jurídicos que norteiam a Administração Pública.

37. O art. 3º da Lei 8.666/1993 assim dispõe:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, **da moralidade**, da

igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifo acrescido)

38. Esse dispositivo incorpora à Lei de Licitações e Contratos os princípios fundamentais da Administração Pública, insculpidos no art. 37 da Carta Magna, entre os quais se destaca o princípio da moralidade, em ordem a inibir o emprego da fraude e a neutralizar a prática do abuso de direito, que se revelam comportamentos incompatíveis com a essência ética do Direito.

39. A esse respeito, Juarez Freitas (**in** Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública, Ed. Malheiros, 2ª edição, p. 99-102) leciona:

**O princípio da prevenção**, no Direito Administrativo, estatui que **a administração pública, ou quem faça as suas vezes, na certeza de que determinada atividade implicará dano injusto, se encontra na obrigação de evitá-lo**, desde que no rol de suas atribuições competenciais e possibilidades orçamentárias. Quer dizer, **tem o dever incontornável de agir preventivamente**, não podendo invocar juízos de conveniência ou de oportunidade, nos termos das concepções de outrora acerca da discricionariedade administrativa.

[...]

Já o **princípio constitucional da precaução**, igualmente dotado de eficácia direta e imediata, estabelece (não apenas no campo ambiental, mas nas relações de administração em geral) a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundadamente temidos (juízo de forte verossimilhança).

[...]

**O Estado precisa agir com precaução**, na sua versão balanceada, se e **quando tiver motivos idôneos a ensejar a intervenção antecipatória proporcional**. (grifos acrescidos)

40. Tal posicionamento, impende ressaltar, se fundamenta nos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, da indisponibilidade do interesse público, da moralidade administrativa e da boa-fé contratual. Considerando que este último princípio impõe a presunção de boa-fé da empresa que venha a ser contratada pela Administração Pública, tanto durante o contrato quanto na fase anterior à sua celebração, o fato de um dos seus sócios administradores ter gerido empresa que foi declarada inidônea pelo Poder Público impede que essa outra empresa receba tal presunção de idoneidade, enquanto perdurarem os efeitos da sanção de inidoneidade imputada a esse sócio administrador, ou enquanto o referido responsável permanecer na gestão daquela empresa.

41. Nesse sentido, julgo pertinente trazer à colação o seguinte excerto da instrução da Selog:

9.38. Também não há como olvidar o aspecto pragmático. **A solução tradicional tem sido de impor o ônus aos órgãos e entidades contratantes de verificar em cada licitação que realizar se alguma das empresas licitantes possui quadro societário e objeto social iguais a de uma empresa que esteja sofrendo pena de declaração de inidoneidade e tenha sido criada posteriormente a essa sanção.**

9.39. Por fim, adiciona-se aos fundamentos já apresentados o de caráter sociológico. A sociedade brasileira vem se despertando para exigir da Administração Pública maior cuidado e zelo com o uso dos recursos que lhe são confiados. Assim, **não se pode mais aceitar que administradores que, abusando do direito de constituir pessoa jurídica, se mostraram desleais com a União venham por esta ser contratados sob o manto de uma nova pessoa jurídica, quer já existente quer não. É um ônus e um risco que a Administração Pública não precisa suportar, mormente considerando o princípio constitucional de livre concorrência (art.170, IV), que tem incentivado o surgimento de tantas entidades empresariais no país.** (grifos acrescidos)

42. A corroborar a tese perfilhada pela Unidade Técnica, no sentido de que as penalidades mais gravosas no campo das licitações e dos contratos administrativos podem alcançar tanto as pessoas jurídicas (licitantes ou contratadas) quanto as pessoas físicas que, com poderes de administração, concorrem dolosamente para o cometimento de fraudes, urge transcrever o conteúdo do art. 38 da Lei 13.303/2016 (Lei de Responsabilidade das Estatais), que assim dispõe:

Art. 38. **Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada** pela empresa pública ou sociedade de economia mista a empresa: (...)

II - **suspensa** pela empresa pública ou sociedade de economia mista;

III - **declarada inidônea** pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou pela unidade federativa a que está vinculada a empresa pública ou sociedade de economia mista, enquanto perdurarem os efeitos da sanção;

IV - **constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea**;

V - **cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea**;

VI - **constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea**, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VII - **cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea**, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VIII - que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea. (grifos acrescidos)

43. Também na esteira desse entendimento, não é demais destacar o conteúdo do art. 111, § 15, da redação final do Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado 559, de 2013 (institui normas para licitações e contratos da Administração Pública), que assim dispõe:

Art. 111. **O licitante ou o contratante será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:** (...)

§ 15. **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**, à pessoa jurídica sucessora ou à 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 e a ampla defesa**. (grifos acrescidos)

44. É mister deixar assente que os dispositivos legais acima elencados não abrem qualquer possibilidade de que uma pessoa jurídica 'B', que tenha como sócio administrador pessoa física declarada inidônea por haver praticado ato fraudulento atuando como sócio administrador de uma outra pessoa jurídica 'A', mas com objeto social absolutamente distinto do da pessoa jurídica 'B' (atuantes, portanto, em ramos de atividade completamente díspares), participe de processo licitatório ou venha a ser contratada pela Administração durante o período de cumprimento da penalidade imputada àquele sócio administrador. Esse cenário só mudaria se a pessoa jurídica 'B' promovesse a substituição do seu sócio administrador. Admitir tese contrária seria tornar a declaração de inidoneidade totalmente desprovida de sentido e, principalmente, de eficácia.

45. Ficou evidenciado, nos presentes autos, que a empresa Suprema-Rio foi utilizada como instrumento nas fraudes cometidas contra licitações destinadas ao fornecimento de UMSs a municípios, ou **alter ego** de seus administradores (denominação constante da obra "Comentários ao Código Civil", de Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p.

133). Restou assim plenamente configurada a responsabilidade dos administradores nos ilícitos praticados, por utilizarem o instituto da pessoa jurídica – criado pelo Direito com vistas a que fossem alcançados fins lícitos – para fraudar inúmeras licitações, visando a auferir recursos federais de maneira ilícita.

46. A propósito da responsabilização de sócios administradores, cumpre trazer à baila trecho do Voto condutor do Acórdão 495/2013 – Plenário, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, *verbis*:

“22. Não obstante entender não ser apropriado lançar mão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para declarar a inidoneidade dos sócios e/ou administradores das empresas envolvidas no esquema de fraudes à licitação, ressalto que podem ser desenvolvidos mecanismos destinados a coibir a burla relacionada à declaração de inidoneidade de empresas, como o aperfeiçoamento do cadastro do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

23. Essa medida deverá permitir o cruzamento de dados de sócios e/ou de administradores de empresas que tenham sido declaradas inidôneas e de empresas fundadas pelas mesmas pessoas, ou por parentes, até o terceiro grau, que demonstrem a intenção de participar de futuras licitações dentro do prazo vigente da sanção aplicada. Caso a sociedade empresária tenha sido fundada após a aplicação da sanção a que se refere o art. 46 da Lei 8.443/92 e dentro de seu período de vigência, a Administração contará com instrumento hábil à inibição da participação de sócios e/ou de administradores de empresas declaradas inidôneas, em processo administrativo específico, assegurado o contraditório e a ampla defesa a todos os interessados”.

47. Por intermédio do aludido *decisum*, foram dirigidas as seguintes recomendações ao então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão:

“9.5.2. desenvolva mecanismo, no âmbito do SicaF, que permita o cruzamento de dados de sócios e/ou de administradores de empresas que tenham sido declaradas inidôneas e de empresas fundadas pelas mesmas pessoas, ou por parentes, até o terceiro grau, que demonstrem a intenção a participar de futuras licitações;

9.5.3. oriente todos os órgãos/entidades do Governo Federal, caso nova sociedade empresária tenha sido constituída com o mesmo objeto e por qualquer um dos sócios e/ou administradores de empresas declaradas inidôneas, após a aplicação dessa sanção e no prazo de sua vigência, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/92, a adotar as providências necessárias à inibição de sua participação em licitações, em processo administrativo específico, assegurado o contraditório e a ampla defesa a todos os interessados”.

48. Dessa forma e considerando a novel Lei 13.844/2019, que estabeleceu a nova organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, entendo pertinente encaminhar cópia do acórdão a ser proferido ao Ministério da Economia, sem embargo de dirigir as recomendações acima especificadas à referida pasta ministerial.

49. Por fim, no que concerne à dosimetria da pena, aqui considerada como materialização do princípio da proporcionalidade, a Selog sustenta que “cada convênio que tenha tido licitação fraudada pode ser considerado separadamente para fins de cálculo da dosimetria da pena. Ou seja, o limite de cinco anos previsto no art. 46 da Lei 8.443/1992 deve ser avaliado, considerando as irregularidades cometidas em cada convênio, permitindo que esse limite, no total, ultrapasse os cinco anos”.

50. Discordo dessa conclusão. Situações como a do caso presente, em que as fraudes foram cometidas em um mesmo ‘contexto delituoso’, ainda que identificadas em convênios distintos, devem ensejar a aplicação, no conjunto, de uma sanção máxima total de cinco anos, limite superior estabelecido no art. 46 da Lei 8.443/1992. Esse mesmo entendimento foi esposado quando da prolação do Acórdão 2.391/2013-TCU-Plenário.

51. Nesse diapasão, impende destacar o recente Acórdão 348/2016-TCU-Plenário, em que se deliberou justamente acerca da sistemática de cumprimento das declarações de inidoneidade, na hipótese de o TCU atribuir mais de uma pena ao mesmo licitante, em múltiplos processos, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992. Trago à colação o seguinte excerto do aludido acórdão:

**9.2. firmar entendimento, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, de que :**

9.2.1. as sanções de declaração de inidoneidade impostas pelo TCU alcançam as licitações e contratações diretas, promovidas por estados e municípios, cujos objetos sejam custeados por recursos oriundos de transferências voluntárias da União;

9.2.2. a contagem do prazo de cumprimento das sanções de declaração de inidoneidade impostas pelo TCU inicia-se com o trânsito em julgado da condenação;

9.2.3. as sanções de declaração de inidoneidade impostas pelo TCU devem ser cumpridas, sucessivamente, em caso de mais de uma condenação para a mesma licitante;

**9.2.4. a cumulação de mais de uma sanção de declaração de inidoneidade, cominada à mesma licitante, com fundamento no artigo 46 da Lei 8.443/1992, está temporalmente limitada, em seu conjunto, ao total de cinco anos, tendo por base a aplicação analógica da regra estampada nos §§ 1º e 2º do art. 75 do Código Penal Brasileiro, de sorte que sobrevindo nova condenação :**

9.2.4.1. por fato posterior ao início do cumprimento da punição anterior, far-se-á nova unificação, somando-se o período restante da pena anterior com a totalidade da pena posterior, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido; e

**9.2.4.2. por fato anterior ao início do cumprimento da punição anterior, deve ser lançada no montante total já unificado.**

9.2.5. sobrevindo condenação, após o encerramento da execução das punições anteriormente aplicadas à mesma licitante, a nova sanção de declaração de inidoneidade deve ser cumprida como punição originária, ainda que decorrente de fatos anteriores ou contemporâneos aos das sanções já cumpridas; (grifei)

Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 10 de julho de 2019.

MARCOS BEMQUERER COSTA  
Ministro-Substituto