

# PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO



## Manual de Responsabilização de Entes Privados

UMA PUBLICAÇÃO DA CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO | CGU



# PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO

## Manual de Responsabilização de Entes Privados

UMA PUBLICAÇÃO DA CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO | CGU

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO - CGU  
Setor de Autarquias Sul (SAS), Quadra 1, Bloco A,  
Edifício Darcy Ribeiro, Brasília/DF CEP: 70070-905  
[cgu@cgu.gov.br](mailto:cgu@cgu.gov.br)

WAGNER DE CAMPOS ROSÁRIO  
Ministro da Controladoria-Geral da União

JOSÉ MARCELO CASTRO DE CARVALHO  
Secretário-Executivo

ANTÔNIO CARLOS BEZERRA LEONEL  
Secretário Federal de Controle Interno

CLÁUDIA TAYA  
Secretária de Transparência e Prevenção da Corrupção

GILBERTO WALLER JÚNIOR  
Corregedor-Geral da União

VALMIR GOMES DIAS  
Ouvidor-Geral da União

JOÃO CARLOS FIGUEIREDO CARDOSO  
Secretário de Combate à Corrupção

Edição da Corregedoria-Geral da União  
Atualizada pela Diretoria de Responsabilização de Entes Privados e pela Coordenação-Geral de  
Uniformização de Entendimentos.

Atualizada até maio de 2020

Diagramação: Assessoria de Comunicação Social - Ascom / CGU

Copyright © 2020 Controladoria-Geral da União

Permitida a reprodução desta obra, de forma parcial ou total, sem fins lucrativos, desde que citada a fonte ou endereço da internet (<http://www.cgu.gov.br/atividade-disciplinar>) no qual pode ser acessada integralmente em sua versão digital.

## NOTA À 1ª EDIÇÃO

A Corregedoria-Geral da União registra que a primeira edição deste trabalho foi efetuada pela equipe:

André Luis Schulz • Antônio Augusto Sousa Fernandes • Armando de Nardi Neto Bernardo Correa Cardoso Coelho • Caetano Carqueja de Lara • Camilla Del Isola e Diniz Érica Bezerra Queiroz Ribeiro • Fabian Gilbert Saraiva Silva Maia • Fábio Luiz de Moraes Felipe Barbosa Brandt • Felipe Mateus Sampaio da Silva • João Victor Iosca Viero Jônia Bumlai Sousa Stiegmeier • Leonardo Gomes Pinheiro • Luana Fagundes Marcelo Pontes Vianna • Michel Cunha Tanaka • Rafael Oliveira Prado Renata Ferreira da Rocha • Ricardo Garcia de Sousa • Stefanie Groenwold Campos Theo de Andrade e Silva Santos • Tiago Lopes Teixeira • Walter Mendes • Wesley Almeida Ferreira

A Corregedoria-Geral da União registra ainda a contribuição dos seguintes servidores que participaram da elaboração e revisão do Manual de Responsabilização de Pessoas Jurídicas mantido pela CGU até 2019 e que serviu de importante subsídio para a produção do presente manual:

Alessandra Lopes de Pinho Pontes Vianna • Aline Cavalcante dos Reis Silva Antonio Carlos Vasconcellos Nóbrega • Armando de Nardi Neto • André Luis Schulz Flávio Rezende Dematté • Guilherme Henrique Medeiros de Oliveira • Jorge Luís Branco Aguiar Márcio de Aguiar Ribeiro • Michel Cunha Tanaka • Paula Araújo Correa • Pedro Ruske Freitas Renato de Lima França • Renato de Oliveira Capanema • Renato Machado de Souza Ricardo Garcia de Souza • Stefanie Groenwold Campos • Thiago Braga Smarzaró

# CONTEÚDO

---

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>ORIENTAÇÕES SOBRE O MANUAL .....</b>	<b>11</b>
<b>1. HISTÓRICO DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.....</b>	<b>12</b>
1.1. Convenção Interamericana Contra a Corrupção .....	12
1.2. Convenção da OCDE Sobre o Cobate à Corrupção em Transações Comerciais Internacionais.....	14
1.3. Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção .....	14
<b>2. INSTÂNCIAS DE RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE CORRUPÇÃO .....</b>	<b>16</b>
2.1. Instância Penal .....	18
2.1.1. ....Responsabilid	
ade Penal da Pessoa Jurídica.....	19
2.2. Instância Civil.....	20
2.2.1. Lei de Improbidade Administrativa .....	20
2.2.2. Lei Anticorrupção .....	22
2.3. Instância Administrativa .....	24
<b>3. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS .....</b>	<b>28</b>
3.1. Princípio do Dever de Apuração.....	28
3.2. Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.....	29
3.3. Princípio do Informalismo Moderado.....	31
3.4. Princípio da Motivação.....	32
3.5. Princípio da Boa-Fé Processual.....	34
<b>4. SUJEITO PASSIVO DO ATO LESIVO .....</b>	<b>36</b>
4.1. Administração Pública Nacional.....	36
4.2. O Suborno e Demais Atos Lesivos Transnacionais .....	38
4.2.1. Administração Pública Estrangeira .....	38
4.2.2. Atos lesivos transnacionais .....	39

<b>5. SUJEITO ATIVO DO ATO LESIVO: QUEM RESPONDE PERANTE A LEI?.....</b>	<b>41</b>
<b>6. RESPONSABILIDADE OBJETIVA .....</b>	<b>43</b>
<b>7. ESTABILIDADE DA RESPONSABILIDADE .....</b>	<b>44</b>
7.1. Alterações Contratuais e Estatutárias .....	44
7.1.1. ....Transformaç	45
ão .....	45
7.1.2. ....Cisão	46
.....	46
7.1.3. ....Incorporaçã	46
o e fusão .....	46
<b>8. SOLIDARIEDADE.....</b>	<b>48</b>
8.1. Controladoras e Controladas .....	48
8.2. Coligadas .....	48
8.3. Consorciadas .....	49
8.4. Efeitos da Solidariedade .....	49
<b>9. ATOS LESIVOS: QUAIS CONDUTAS GERAM RESPONSABILIZAÇÃO? .....</b>	<b>51</b>
9.1. Atos Lesivos: Art. 5º, I, III, V.....	52
9.1.1. Art. 5º, I.....	52
9.1.2. ....Art. 5º, II	53
53 .....	53
9.1.3. ....Art. 5º,	53
III.....	53
9.1.4. Art. 5º, V.....	54
9.2. Atos Lesivos: ART. 5º, IV.....	55
9.2.1. Art. 5º, IV, A .....	56
9.2.2. Art. 5º, IV, B .....	57
9.2.3. Art. 5º, IV, C.....	58
9.2.4. Art. 5º, IV, D .....	58
9.2.5. Art. 5º, IV, E .....	59
9.2.6. Art. 5º, IV, F .....	59
9.2.7. Art. 5º, IV, G .....	60
<b>10. CIÊNCIA DO ATO LESIVO.....</b>	<b>61</b>
10.1. Denúncia Anônima.....	63
<b>11. COMPETÊNCIA PARA APURAR: QUEM DEVE INSTAURAR O PROCESSO? .....</b>	<b>66</b>

11.1. Competência Originária.....	66
11.2. Competências da Controladoria-Geral da União.....	67
11.3. Competência: Transferências de Recursos Federais.....	68
<b>12. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE .....</b>	<b>70</b>
12.1. Investigação Administrativa.....	72
12.1.1.....	Investigaçã
o Administrativa Direta .....	72
12.1.2. Investigação preliminar Sumária - IPS .....	73
12.1.3. Investigação preliminar - IP.....	74
<b>13. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO (PAR) .....</b>	<b>75</b>
13.1. Portaria.....	75
13.2. Comissão .....	75
13.2.1. Impedimento e Suspeição.....	76
13.3. Instrução Processual .....	78
13.3.1. Nota de indicição.....	78
13.3.2. Comunicações processuais.....	78
13.4. Provas.....	80
13.4.1. Prova testemunhal.....	81
13.4.2. Perícia .....	81
13.4.3. Prova documental .....	81
13.4.4. Sigilo fiscal .....	81
13.4.5. Informações do COAF.....	82
13.4.6. Interceptação telefônica, sigilo telefônico e bancário .....	84
13.4.7. Monitoramento de e-mail corporativo de servidor público.....	85
13.4.8. Prova emprestada .....	86
13.4.9. Indícios e Presunções.....	87
13.5. Desconsideração da Personalidade Jurídica.....	89
13.6. Indicição.....	90
13.7. Relatório Final .....	91
<b>14. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO.....</b>	<b>94</b>
14.1. Autoridade competente.....	94
14.2. Vinculação relativa do relatório da Comissão.....	95
14.3. Julgamento conjunto.....	96

<b>15. RECURSOS .....</b>	<b>98</b>
15.1. Pedido de reconsideração .....	98
<b>16. PENALIDADES.....</b>	<b>100</b>
16.1. Penalidades administrativas da LAC .....	100
16.1.1.....	Publicação
Extraordinária.....	100
16.1.2. Multa.....	101
16.2. Penalidades das normas de licitações e contratos .....	101
16.2.1. Advertência.....	102
16.2.2. Multa .....	102
16.2.3. Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração.....	104
16.2.4. Declaração de inidoneidade.....	108
16.2.5. Descredenciamento do SICAF e de sistemas congêneres .....	110
16.3. Campo de abrangência das leis vigentes .....	110
16.4. Efeitos das penas impeditivas de contratar em relação aos contratos sujeitos à prorrogação.....	113
16.5. Hipóteses de cumulação de apurações .....	118
<b>17. PRESCRIÇÃO: QUAL O PRAZO PARA APLICAR AS SANÇÕES? .....</b>	<b>120</b>
17.1. Prescrição: leis federais de licitações.....	120
17.2. Prescrição: Lei Anticorrupção.....	122
<b>18. O ACORDO DE LENIÊNCIA.....</b>	<b>124</b>
18.1. Autoridade competente para celebrar o Acordo de Leniência.....	124
18.2. Requisitos legais.....	125
18.2.1. A pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar, quando tal circunstância for relevante.....	125
18.2.2. A pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo	126
126	
18.2.3. A pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo admi- nistrativo.....	126
18.2.4. Acordo de leniência no âmbito da Controladoria-Geral da União.....	127
<b>19. A PUBLICIDADE NO PAR.....</b>	<b>132</b>
<b>20. CADASTROS PÚBLICOS DE SANÇÕES .....</b>	<b>135</b>
20.1. Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) .....	137
20.2. Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) .....	138

20.3. Utilização dos cadastros: no Poder Executivo federal..... 139

20.4. Utilização dos cadastros: demais poderes e esferas de governo..... 140

20.5. Consulta ao CEIS/CNEP: Portal da Transparência ..... 141

**REFERÊNCIAS ..... 142**

## INTRODUÇÃO

A corrupção é um mal que atinge a sociedade em todos os seus aspectos. A corrupção promove o desvio de recursos públicos que deveriam ser destinados à promoção de melhorias nas condições daqueles que mais necessitam. A corrupção retira o dinheiro que deveria ser destinado à educação básica, saúde e assistência social. Mas seus efeitos não se restringem em limitar a atuação do Estado.

A corrupção, antes de tudo, gera um ônus para a atividade econômica. Impõe custo adicional sobre as transações comerciais, gera distorções de mercado, impacta no preço final dos produtos para o consumidor, reduz a geração de empregos e afasta novos empreendedores. O país que não combate a falta de ética nas relações entre setor público e setor privado, limita sua expansão econômica e reduz sua capacidade de desenvolvimento social.

Conforme será abordado em ponto específico, resta inequívoca a disposição do Estado Brasileiro em celebrar e convalidar acordos e convenções internacionais que abordam a prevenção e o combate à corrupção. Tal disposição se materializa em grande medida na edição da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção (LAC).

Corolário do constitucionalismo global, o atualmente denominado princípio constitucional anticorrupção orienta o direito fundamental, coletivo e transversal à luta contra a corrupção. Nascida no âmago desse direito, a Lei nº 12.846/2013, integrante dos microssistemas extrapenais anticorrupção e de tutela coletiva, reconhece o protagonismo da pessoa jurídica no debate sobre o fenômeno corruptivo, por ser agente multiplicador de valores econômicos, sociais e políticos. Assim, a LAC definiu institutos com efeitos práticos relevantes para desencorajar atuações negativas e fomentar atuações positivas por parte das empresas, das quais se espera desempenho ativo na árdua tarefa de prevenir e combater a corrupção, visando colaboração efetiva com o fortalecimento da democracia, da república e do Estado de direito nacionais.

Ao contrário do que uma primeira leitura poderia indicar, a LAC não se limita a dotar o Estado de novas formas de sanção a pessoas jurídicas. Trata-se do estabelecimento de uma verdade política pública, voltada para fomentar uma cultura empresarial mais ética. Trata-se da política de promoção de integridade no setor público e privado.

Por esse motivo, a LAC previu dispositivos que recompensam as empresas que colaboram com o Estado, noticiam as irregularidades de que tem conhecimento e adotam programas efetivos de integridade e prevenção de ocorrência de ilícitos.

Espera-se, assim, que as empresas adotem uma postura proativa de supervisão da conduta de seus funcionários e, no caso de detecção de um ilícito, a pessoa jurídica busque as autoridades competentes para reportar tal ato. Nesse sentido, a LAC previu fatores atenuantes para as pessoas jurídicas que noticiam a ocorrência de ilícitos, cooperem com a apuração do Estado e possuam programas de integridade. Nesse contexto, a norma previu ainda a possibilidade de a Controladoria-Geral da União negociar com acordos de leniência com as pessoas jurídicas que preencherem todos os requisitos legais.

O presente Manual tem por objetivo consolidar e tornar público o posicionamento da Controladoria-Geral da União sobre a aplicação da Lei nº 12.846/2013. Nesse sentido, esta publicação cumpre uma dupla finalidade. A primeira de instrumentalizar os agentes públicos que, no exercício das atividades correcionais de seus órgãos e entidades públicas, forem incumbidos da nobre missão de conduzir os procedimentos administrativos previstos pela LAC. A segunda de assegurar a observância do princípio constitucional do devido processo legal, dando transparência para os entes privados passíveis de responsabilização de quais são os entendimentos aplicados por este órgão quando do processamento administrativo de atos lesivos.

## ORIENTAÇÕES SOBRE O MANUAL

Para uma leitura e utilização adequada do conteúdo disponibilizado neste manual, três importantes observações devem ser seguidas.

**Atualização.** Este manual será constantemente atualizado de acordo com os entendimentos da Controladoria-Geral da União sobre a matéria. Para tanto, observe sempre a data de atualização do manual e verifique qual a última versão publicada nos sítios oficiais da CGU:

[www.cgu.gov.br](http://www.cgu.gov.br)

[www.corregedorias.gov.br](http://www.corregedorias.gov.br)

**Complementariedade.** Em razão da complexidade e especificidade de algumas matérias relativas à Lei nº 12.846/2013, a CGU elaborou dois outros manuais complementares. O primeiro trata da multa prevista pela Lei e sua forma de cálculo. O segundo diz respeito à avaliação do programa de integridade de entes privados, para fins de cálculo da multa no processo administrativo de responsabilização. Os manuais podem ser encontrados nos sítios oficiais da CGU, conforme acima indicado.

**Normas de regência.** A Lei nº 12.846/2013 deixou margem específica para que alguns de seus aspectos fossem objeto de regulamentação infralegal. Por se tratar de norma nacional, espera-se que esse manual seja útil também para os operadores do direito em âmbito estadual e municipal. Todavia, é importante registrar que o conteúdo deste manual se baseia especificamente nos regulamentos adotados no âmbito do Poder Executivo Federal, notadamente, o Decreto nº 8.420/2015 e a IN CGU nº 13/2019. Tais normas podem não espelhar a realidade normativa de alguns Estados e Municípios.

# 1. HISTÓRICO DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Sabe-se que a corrupção é um dos maiores problemas que nosso País enfrenta, pois afeta diretamente o bem-estar dos brasileiros quando diminui os investimentos públicos na saúde, na educação, em infraestrutura, segurança, habitação, entre outros direitos essenciais à vida, e fere a própria Constituição Federal, quando amplia a exclusão social e a desigualdade econômica.

Assim, o fenômeno da corrupção representa uma ameaça para o Estado de Direito e para a sociedade democrática, seja porque atinge a representação popular, que subentende a separação dos Poderes, seja porque atinge os direitos fundamentais. Neste último aspecto, a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, menciona em seu Preâmbulo uma relação de causa e efeito entre a ignorância, o esquecimento e o desprezo dos direitos do homem, e a corrupção dos governos. A corrupção atinge direitos econômicos e sociais, dá lugar a tratamento discriminador e desigual e é fonte de apropriação indevida de bens e do surgimento de monopólios que suprimem ou enfraquecem a liberdade empresarial ou comercial.

Por outro lado, é inquestionável que a Administração Pública exerce um papel fundamental para preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. De certo, cabe à Administração Pública a concretização de direitos sociais fundamentais, como saúde, educação, alimentação, trabalho, habitação, lazer, segurança pública; enfim, direitos essenciais para a própria sobrevivência humana, com o mínimo de dignidade.

Desse modo, a efetivação de tais direitos não se coaduna com uma administração desonesta e negligente. Faz-se imperioso, portanto, que todo agente público - desde o que integra o mais alto escalão até ao mais baixo - atue com observância irrestrita aos princípios que regem a boa Administração Pública, consolidados no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, regra balizadora para o administrador público, da qual não pode se afastar, sob pena de sacrificar vários direitos fundamentais.

De certo, combater a corrupção não é uma tarefa fácil, pelo contrário, requer muito esforço. É um grande desafio e as dificuldades são as mais variadas. Ainda assim, as iniciativas da sociedade civil vêm surgindo e se consolidando em todo o País. O exercício da cidadania e do controle social da gestão pública ganhou relevância e visibilidade com novas ferramentas de mobilização como a Internet e as redes sociais.

Desde a década de 90, a corrupção começou a ser tema de interesse dos mais diferentes países, que iniciaram regionalmente processos de acordos de ação conjunta nesse âmbito. Entretanto, as primeiras convenções firmadas não cobriam todas as regiões do mundo, deixando de lado grande parte dos países da Ásia e do Oriente Médio. Também alguns acordos apenas se referiam a abordagens específicas, como o suborno. Assim, a comunidade internacional manifestou o interesse de delinear um acordo verdadeiramente global e capaz de prevenir e combater a corrupção em todas as suas formas.

São exemplos desse esforço internacional de combate à corrupção a Convenção Interamericana contra a Corrupção, celebrada pelos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1996; a Convenção da OCDE sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, celebrada em 1997; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção celebrada em 2003, as quais serão explicitadas a seguir.

## 1.1. Convenção Interamericana Contra a Corrupção

A Convenção Interamericana contra a Corrupção - conhecida como “Convenção de Caracas” - foi adotada pelos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 29 de março de 1996 e aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002. Ela entrou em vigor, no Brasil em 24 de agosto de 2002 e foi promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, adquirindo status de lei ordinária no ordenamento jurídico nacional.

Adotada como um instrumento de combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas ou especificamente vinculadas a esse exercício, a Convenção almeja que sejam reforçadas as instituições democráticas e evitadas distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social. Assim, ela pretende levar os Estados a envidarem todos os esforços para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção por intermédio da criação e do fortalecimento dos mecanismos voltados para tanto, inclusive aqueles que envolvam a cooperação entre os Estados.

A seguir, são mencionados os dispositivos contidos no art. III da norma internacional, que tratam das medidas preventivas de combate à corrupção:

### *Artigo III*

#### *Medidas preventivas*

*Para os fins estabelecidos no artigo II desta Convenção, os Estados Partes convêm em considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer:*

*Normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas. Estas normas deverão ter por finalidade prevenir conflitos de interesses, assegurar a guarda e uso adequado dos recursos confiados aos funcionários públicos no desempenho de suas funções e estabelecer medidas e sistemas para exigir dos funcionários públicos que informem as autoridades competentes dos atos de corrupção nas funções públicas de que tenham conhecimento. Tais medidas ajudarão a preservar a confiança na integridade dos funcionários públicos e na gestão pública.*

*Mecanismos para tornar efetivo o cumprimento dessas normas de conduta.*

*Instruções ao pessoal dos órgãos públicos a fim de garantir o adequado entendimento de suas responsabilidades e das normas éticas que regem as suas atividades.*

*Sistemas para a declaração das receitas, ativos e passivos por parte das pessoas que desempenhem funções públicas em determinados cargos estabelecidos em lei e, quando for o caso, para a divulgação dessas declarações.*

*Sistemas de recrutamento de funcionários públicos e de aquisição de bens e serviços por parte do Estado de forma a assegurar sua transparência, equidade e eficiência.*

*Sistemas para arrecadação e controle da renda do Estado que impeçam a prática da corrupção.*

*Leis que vedem tratamento tributário favorável a qualquer pessoa física ou jurídica em relação a despesas efetuadas com violação dos dispositivos legais dos Estados Partes contra a corrupção.*

*Sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que*

*denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno.*

*Órgãos de controle superior, a fim de desenvolver mecanismos modernos para prevenir, detectar, punir e erradicar as práticas corruptas.*

*Medidas que impeçam o suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros, tais como mecanismos para garantir que as sociedades mercantis e outros tipos de associações mantenham registros que, com razoável nível de detalhe, reflitam com exatidão a aquisição e alienação de ativos e mantenham controles contábeis internos que permitam aos funcionários da empresa detectarem a ocorrência de atos de corrupção.*

*Mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais nos esforços para prevenir a corrupção.*

## 1.2. Convenção da OCDE Sobre o Cobate à Corrupção em Transações Comerciais Internacionais

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) é formada por 30 países, entre os quais algumas das economias mais desenvolvidas e das democracias mais consolidadas, responsáveis pela produção de mais de dois terços das riquezas do mundo.

No início dos anos 90, influenciada por política comercial já adotada nos Estados Unidos da América, particularmente sob os reflexos de uma legislação mais rigorosa contra a corrupção praticada por empresas norte-americanas no exterior (*Foreign Corrupt Practices Act - FCPA*, de 1977), a OCDE passou a se empenhar no debate sobre a corrupção nas transações econômicas transnacionais.

Como resultado direto do contexto ora explanado, a OCDE estabeleceu a convenção que visa promover a adequação das legislações nacionais a respeito do agente privado que pratica corrupção em transações econômicas internacionais. Restou então formalizada, em Paris, em 17 de dezembro de 1997, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. O normativo em tela foi promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Na forma do art. 1º, foi entabulado o dever de que os Estados-Partes tomassem as medidas necessárias à criminalização do suborno transnacional e no art. 2º prescreveu-se a necessidade de responsabilização das pessoas jurídicas pela corrupção de funcionários públicos estrangeiros. O Brasil, em cumprimento ao pactuado na referida Convenção incluiu no Código Penal, por meio da Lei nº 10.467/2002, um capítulo específico tratando dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública Estrangeira (arts. 337-B a 337-D) e, por meio da Lei nº 12.846/2013, estabeleceu a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

## 1.3. Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção

Ao reconhecer a necessidade de um instrumento global que pudesse auxiliar os Estados-membros no enfrentamento à corrupção, foi aprovada em 29 de setembro de 2003 na cidade de Mérida (México), a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, instrumento jurídico anticorrupção que estabelece regras obrigatórias aos países signatários. A convenção oferece um caminho para a criação de uma resposta global para a questão da corrupção.

A convenção é composta por 71 artigos, divididos em 8 capítulos. Os mais importantes estão reunidos em quatro capítulos e tratam dos seguintes temas: prevenção, penalização, recuperação de ativos e cooperação internacional. São esses capítulos que requerem adaptações legislativas e/ou ações concomitantes à aplicação da convenção a cada país.

No capítulo que trata sobre prevenção à corrupção, a Convenção prevê que os Estados Partes implementem políticas efetivas contra a corrupção, que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito tais como a integridade, a transparência e a accountability, entre outros, além de recomendar a adoção de uma série de medidas para combater o fenômeno da corrupção.

Em seguida, destaca-se o artigo 9, Capítulo II, o qual versa sobre as medidas preventivas:

#### *Artigo 9*

##### *Contratação pública e gestão da fazenda pública*

*1. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, adotará as medidas necessárias para estabelecer sistemas apropriados de contratação pública, baseados na transparência, na competência e em critérios objetivos de adoção de decisões, que sejam eficazes, entre outras coisas, para prevenir a corrupção. Esses sistemas, em cuja aplicação se poderá ter em conta valores mínimos apropriados, deverão abordar, entre outras coisas:*

*A difusão pública de informação relativa a procedimentos de contratação pública e contratos, incluída informação sobre licitações e informação pertinente ou oportuna sobre a adjudicação de contratos, a fim de que os licitadores potenciais disponham de tempo suficiente para preparar e apresentar suas ofertas;*

*A formulação prévia das condições de participação, incluídos critérios de seleção e adjudicação e regras de licitação, assim como sua publicação;*

*A aplicação de critérios objetivos e predeterminados para a adoção de decisões sobre a contratação pública a fim de facilitar a posterior verificação da aplicação correta das regras ou procedimentos;*

*Um mecanismo eficaz de exame interno, incluindo um sistema eficaz de apelação, para garantir recursos e soluções legais no caso de não se respeitarem as regras ou os procedimentos estabelecidos conforme o presente parágrafo;*

*Quando proceda, a adoção de medidas para regulamentar as questões relativas ao pessoal encarregado da contratação pública, em particular declarações de interesse relativo de determinadas contratações públicas, procedimentos de pré-seleção e requisitos de capacitação.*

*2. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, adotará medidas apropriadas para promover a transparência e a obrigação de render contas na gestão da fazenda pública.*

*Essas medidas abarcarão, entre outras coisas:*

*Procedimentos para a aprovação do pressuposto nacional;*

*A apresentação oportuna de informação sobre gastos e ingressos;*

*Um sistema de normas de contabilidade e auditoria, assim como a supervisão correspondente;*

*Sistemas eficazes e eficientes de gestão de riscos e controle interno; e*

*Quando proceda, a adoção de medidas corretivas em caso de não cumprimento dos requisitos estabelecidos no presente parágrafo.*

*3. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará as medidas que sejam necessárias nos âmbitos civil e administrativo para preservar a integridade dos livros e registros contábeis, financeiros ou outros documentos relacionados com os gastos e ingressos públicos e para prevenir a falsificação desses documentos.*

O Governo brasileiro aderiu à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção em 9 de dezembro de 2003 e, em 31 de janeiro de 2006, foi editado o Decreto nº 5.687, que promulgou a Convenção, ingressando no sistema jurídico brasileiro como lei ordinária.

## 2. INSTÂNCIAS DE RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE CORRUPÇÃO

Etimologicamente, a palavra corrupção vem do latim *corruptio*, cujo sentido seria “deterioração”, “alteração”, “depravação”<sup>1</sup>.

Popularmente, a expressão corrupção é utilizada para definir os atos reprováveis, que geram prejuízos à população e estão diretamente ligados à ética, podendo ocorrer tanto nas relações com a Administração quanto apenas entre particulares.

A transparência internacional define corrupção como sendo “o abuso do poder confiado para ganho privado”<sup>2</sup> e apresenta diversos “atos ou formas de corrupção”, tais como o suborno (*bribery*), a fraude e o desvio (*embezzlement*), o conflito de interesses (*conflict of interests*), o nepotismo (nepotismo), a lavagem de dinheiro (*money laundering*), entre outros.

Percebe-se, assim, uma variedade de acepções, cujo fio comum é a reprovabilidade social a respeito, ensejando, assim, a necessidade de responsabilização de pessoas físicas e jurídicas que pratiquem atos de corrupção. Estes, na acepção ampla que se considera neste momento, são passíveis de responsabilização nas esferas penal, civil e administrativa.

Em linhas gerais, os atos de corrupção são tipificados, no âmbito *penal*, como crimes contra a Administração Pública (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - CP), crimes contra a Ordem Econômica e a Ordem Tributária (Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990); no âmbito *civil*, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992) constitui o principal instrumento de repressão à corrupção; no âmbito *administrativo*, pode ser mencionada a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que, dentre outras situações, prevê a responsabilização de servidores públicos por práticas relacionadas à corrupção, bem como as normas de licitações e contratos<sup>3</sup>, em especial a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que prevê sanções para as irregularidades praticadas por fornecedores (pessoas físicas ou jurídicas).

Nesse cenário de multiplicidade de responsabilização de pessoas físicas e jurídicas, insere-se a Lei Anticorrupção - LAC, disposta, em âmbito administrativo e civil, sobre a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas que cometam atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, desde que praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. Estes atos lesivos, por sua vez, compõem esse espectro dos atos de corrupção, na forma aqui comentada.

Registre-se que essas diferentes esferas atuam de maneira independente. Em outras palavras, para a realização de uma apuração na seara administrativa, não se deve aguardar a atuação das instâncias civil ou penal, podendo as apurações correrem paralelamente.

Do mesmo modo, em regra, as conclusões das apurações no âmbito penal e civil não vincularão as conclusões das investigações da Administração. Em se tratando das exceções, a título exemplificativo, pode ser mencionado o art. 126 da Lei nº 8.112, de 1990, segundo o qual “a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”.

Diferentemente, a LAC não prevê expressamente nenhuma hipótese de repercussão das decisões de outras esferas nas apurações conduzidas em seu âmbito.

Não obstante, cabe mencionar que os artigos 66 e 67 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - CPP), preveem a impossibilidade de propositura de ação civil de ressarcimento de danos sobre determinada matéria, quando naquele juízo ocorrer a negativa de materialidade.

<sup>1</sup> Dicionário Escolar Latino-Português, organizado por Ernesto Faria 3ª Edição, 1962. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me001612.pdf>>, acesso em 15/05/2019.

<sup>2</sup> How do you define corruption? Generally speaking as “the abuse of entrusted power for private gain”. Disponível em <<https://www.transparency.org/what-is-corruption#define>>, acesso em 15/05/2019.

<sup>3</sup> Há também outras leis que regem as contratações no setor público. São elas: Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 - Lei do Pregão, Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 - Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Lei das Estatais).

Assim, uma vez que a decisão penal conclusiva quanto à inexistência material de fato considerado ilícito implica a impossibilidade de cobrança de eventual dano (vinculação da instância cível às decisões penais), é razoável concluir-se que também impossibilita a ação administrativa que se fundamente em ato lesivo, caso das apurações decorrentes da Lei nº 12.846, de 2013.

Oportuno frisar que circunstâncias que não afastam a existência dos fatos, como, por exemplo, falta de provas para a condenação, ocorrência de prescrição, não vinculam as apurações em face de entes privados, realizadas pela Administração, já que não implicam a negativa de materialidade mencionada

Ainda acerca do tema, cabe trazer à baila o entendimento consolidado do STF:

*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. INDEPENDÊNCIA ENTRE INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA, CÍVEL E PENAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Nos termos da jurisprudência sedimentada nesta Corte, são independentes as instâncias administrativa, cível e penal, excepcionando-se apenas as hipóteses em que é reconhecida, no âmbito penal, a negativa da autoria ou da materialidade do fato. Precedentes. 2. Inexiste violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando é oportunizada ao servidor a faculdade de participar de todo o Processo Administrativo Disciplinar do qual é parte, inclusive com a oportunidade de remarcar perícia médica solicitada. 3. Não se admite, na estreia via do mandado de segurança, a realização de dilação probatória. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, §4º, do CPC” - grifos acrescidos.*

(STF, RMS 35469 AgR, Relator Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, DJe 11/03/2019)

No que tange à separação da instância administrativa com o campo de atuação do Tribunal de Contas da União -TCU, é válido ressaltar que a regularidade de contas julgada por aquela Corte não impede a responsabilização de servidores ou entes privados pela Administração. Nessa linha de raciocínio, vale citar o seguinte julgado:

*ATRIBUIÇÕES - CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - COMISSÃO CONDUTORA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - INDEPENDÊNCIA. Surgem independentes as atribuições da Controladoria-Geral da União, do Tribunal de Contas da União e de comissão condutora de processo administrativo. Os primeiros são órgãos responsáveis, respectivamente, pelo controle interno e externo das contas dos administradores. A cargo da comissão fica a apuração de falta funcional. (...)*

Relatório (...)

*5. A circunstância de terem sido eventualmente aprovadas tanto pelo Tribunal de Contas da União - TCU quanto pela Controladoria-Geral da União - CGU as contas analisadas em autos do processo disciplinar, embora indiquem a existência de alguma divergência, não demonstra a presença de direito líquido e certo a ser tutelado. A comissão processante, no exercício da atividade de apurar a conduta ilícita praticada, tem ampla liberdade de agir, não remanescendo adstrita a conclusões de órgãos de controle interno ou externo a respeito das contas impugnadas” - grifos acrescidos.*

(STF, RMS 29912, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 09/05/2012)

No entanto, segundo parecer vinculante da Advocacia-Geral da União, a decisão da Corte de Contas que *negue existência de fato ou autoria*, pode repercutir na esfera administrativa. Confira-se:

*Parecer GQ-55 da AGU, de 30 de janeiro de 1995, vinculante:*

*Contraditório, ampla defesa, prescrição e consequências do julgamento da regularidade de contas pelo Tribunal de Contas da União no processo administrativo disciplinar. [...] 29. A decisão do TCU, adotada em vista de sua função institucional, repercute na ação disciplinar dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública na hipótese em que venha negar especialmente a existência do fato ou a autoria. 30. O julgamento da regularidade das contas, por si só, não indica a falta de tipificação de infração administrativa [...].*

A título de referência, considerando que sua aplicação para fins de responsabilização de pessoas jurídicas tem efeitos limitados, faz-se menção ainda a disposição específica constante da Lei nº 13.869/2019. Conhecida como Lei de Abuso de Autoridade, referido diploma estabeleceu que o julgamento na esfera penal vincula às esferas civil e administrativo-disciplinar, quando reconhece a ocorrência de uma das excluídas de ilicitude. Essa é a previsão do art. 8º de tal Lei:

*Art. 8º Faz coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo-disciplinar, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.*

Como será visto em item específico deste manual, a responsabilização de pessoas jurídicas prevista pela Lei nº 12.846/2013 estabeleceu o instituto da responsabilização objetiva. Portanto, há que se perquirir no caso concreto, diante de todos elementos caracterizadores do ato lesivo, se eventual julgamento na esfera penal nos termos do mencionado art. 8º poderia afastar a responsabilização da pessoa jurídica.

Assenta-se, assim, que a regra é a independência das instâncias. Apenas em situações excepcionais, de negativa de materialidade ou autoria, poderá haver a interferência referida acima.

## 2.1. Instância Penal

O Código Penal, em seus artigos 312 a 359, prevê uma série de crimes contra a Administração Pública, os quais se somam a outros constantes de leis penais extravagantes que tangenciam a corrupção, possuindo como sujeito ativo apenas a pessoa física.

Há previsão de crimes também na Lei nº 8.666, de 1993, consistindo em condutas danosas à administração pública, à moralidade administrativa e aos interesses dos demais participantes de licitações, passíveis de verificação nas mais diversas fases do procedimento licitatório e respectivo contrato administrativo, abrangendo situações que vão desde a concepção do instrumento convocatório à efetiva execução do contrato.

Ainda, é importante destacar que muitos atos de corrupção empresarial, previstos como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013, configuram, também, ilícito penal tipificado em lei específica. Em tais casos, do ponto de vista penal, restaria a apuração da conduta das pessoas físicas responsáveis pelos atos em questão, sem prejuízo de, no âmbito administrativo, serem conduzidos os processos de responsabilização da pessoa jurídica e do agente público eventualmente relacionado às irregularidades.

Outro ponto a destacar é que, no Brasil, ao contrário do que ocorre em vários países, a corrupção nas relações privadas não é considerada crime. Tanto a corrupção passiva quanto a ativa, tipificadas, respectivamente, nos artigos 317 e 333 do CP, pressupõem a figura do “funcionário público ou equiparado”, qualificado nos termos do que estabelece o art. 327<sup>4</sup> do CP.

Diante deste panorama de ausência de legislação específica que criminalize a corrupção privada, os fatos ocorridos nessa esfera são, normalmente, enquadrados em outros ilícitos, tais como estelionato (art.

<sup>4</sup> Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

171 do CP), violação do segredo funcional (art. 154 do CP) e concorrência desleal (art. 195 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996)<sup>5</sup>.

### 2.1.1. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

É certo que a atual redação do Código Penal Brasileiro não traz a possibilidade de responsabilização criminal de pessoas jurídicas.

Porém, a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe uma inovação a esse respeito, ao determinar, no § 3º do art. 225<sup>6</sup>, a cominação de sanções penais às pessoas físicas e *jurídicas* causadoras de danos ao meio ambiente.

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), ao regulamentar a matéria, previu a separação da responsabilidade individual dos administradores e da empresa, conforme art. 3º, in verbis:

*Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.*

Desse modo, tem-se que, após regular processo criminal em face da empresa violadora da legislação ambiental, podem lhe ser cominadas isolada, cumulativa ou alternativamente, as sanções descritas no art. 21 da Lei de Crimes Ambientais, quais sejam, multa, pena restritiva de direitos e prestação de serviços à comunidade. O art. 22 do supracitado diploma legal detalha as modalidades de penalidade restritiva de direitos, aplicáveis às pessoas jurídicas, a saber:

*Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:*

*I - suspensão parcial ou total de atividades;*

*II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;*

*III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.*

Como se observa, a pessoa jurídica que pratique atos ou condutas lesivas ao meio ambiente pode sofrer sanção penal restritiva de direitos, com repercussão na seara administrativa, vez que poderá ser proibida de contratar com o Poder Público, nos moldes do que preceitua o sobredito art. 22 da Lei de Crimes Ambientais.

Importante frisar, contudo, que a infração ambiental é hoje a única hipótese prevista em lei de responsabilização criminal de pessoa jurídica no ordenamento pátrio. Quanto às apurações relacionadas à corrupção, a esfera penal alcança somente as pessoas físicas.

Apenas para registro, anote-se que parte da doutrina é contrária à responsabilização penal da pessoa jurídica, por entender que lhe faltariam três capacidades essenciais à imputação penal, quais sejam, a de ação, a de culpabilidade e a de pena. Não obstante, o STF já decidiu em sentido oposto, em sede de Recurso Extraordinário (RE 548181/PR). Ocasão em que reconheceu, ainda, a possibilidade de se processar criminalmente uma pessoa jurídica, mesmo que não haja ação penal em curso contra a pessoa física responsável pela empresa. Veja-se:

<sup>5</sup> Importa aqui sublinhar que o art. 21 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção orienta os Estados membros no sentido de que seja regulamentado também o suborno no setor privado.

<sup>6</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

*EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, §3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido” - grifos acrescidos.*

(STF, RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe-30/10/2014)

## 2.2. Instância Civil

### 2.2.1. Lei de Improbidade Administrativa

Segundo estudo realizado no âmbito da Escola Superior do Ministério Público da União - ESMPU, sobre a incidência e aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (LIA)<sup>7</sup>, poder-se-ia definir improbidade como sendo “aquela conduta considerada inadequada - por desonestidade, descaso ou outro comportamento impróprio - ao exercício da função pública, merecedora das sanções previstas no referido texto legal.”

Com efeito, a Lei nº 8.429, de 1992, tipifica condutas reprováveis, praticadas contra o Poder Público, denominadas *atos de improbidade*, cuja prática acarretará as sanções nela previstas, comináveis a todas espécies de agentes públicos. Visando alcançar também os colaboradores e beneficiários indiretos da prática de atos de improbidade, o art. 3º da Lei estatui que as regras nela dispostas são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para o cometimento do ato ímprobo, ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indireta.

Nessa ordem de ideias, afigura-se possível a condenação de pessoas jurídicas por atos de improbidade, com fundamento na Lei nº 8.429, de 1992, sendo a esses entes aplicáveis as penalidades descritas no art. 12 do citado normativo, que sejam compatíveis com sua natureza (ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, pagamento de multa civil e proibição de

<sup>7</sup> BARBOZA, Márcia Noll (coord.), Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8429/1992, Brasília: ESMPU, 2013. 2. ed. rev. e atual, p. 133.

contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios). Trata-se de posicionamento já consolidado no Superior Tribunal de Justiça (STJ), como se infere da leitura do seguinte julgado:

*RECURSO ESPECIAL Nº 1.535.649 - MA (2015/0130081-7) (...) Trata-se de Recurso Especial interposto pelo ESTADO DO MARANHÃO, contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região no julgamento de reexame necessário, assim ementado (fl. 532e): (...). Anote-se que, para a aplicação do entendimento previsto na Súmula 83/STJ, basta que o acórdão recorrido esteja de acordo com a orientação jurisprudencial firmada por esta Corte, sendo prescindível a consolidação do entendimento em enunciado sumular ou a sujeição da matéria à sistemática dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil, com trânsito em julgado (AgRg no REsp 1.318.139/SC, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 03.09.2012). **No caso, verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual a pessoa jurídica, beneficiária ou partícipe, também comete ato de improbidade administrativa, sendo possível a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92, desde que compatíveis com sua natureza jurídica. Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC INOCORRENTE. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. (...) 2. Considerando que as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios. 3. Recurso especial não provido. (REsp 970.393/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012, destaque meu). (...)” - grifos acrescidos***

*(STJ, REsp: 1535649 MA 2015/0130081-7, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, DJ 02/12/2016)*

É de se ressaltar que, apesar da previsão legal de processo administrativo e judicial para apuração da responsabilidade decorrente de atos de improbidade, a responsabilização de pessoas jurídicas, com fundamento na Lei de Improbidade Administrativa, somente se processa pela via judicial.

Vale registrar que, para todas as hipóteses de atos de improbidade (arts. 9º, 10, 10-A e 11), a Lei nº 8.429, de 1992, prevê a proibição de contratar com o Poder Público como sanção aplicável aos entes privados, isolada ou cumulativamente com outras penalidades civis e administrativas.

Frise-se que a legitimidade passiva da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de se demandar os sócios e os gestores, os quais responderão com seu patrimônio pessoal pelos danos causados.

Quanto aos agentes públicos envolvidos em atos de improbidade, são a eles aplicáveis as sanções enunciadas no art. 12 da Lei nº 8.429, de 1992, avaliadas a gravidade do dano e/ou violação de princípios da Administração Pública, apuração essa realizada no âmbito judicial, sem prejuízo de tramitação do devido procedimento disciplinar, conforme disposto no § 3º do art. 14 da Lei de Improbidade Administrativa.

Não se perca ainda de vista que a prática de atos ensejadores de conflitos de interesses, por agentes públicos, os quais se encontram mencionados na Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 (Lei de Conflito de Interesses), pode ser considerada ato de improbidade administrativa para fins civis e administrativos (arts. 12 e 13), hipótese em que os agentes estarão, portanto, sujeitos às sanções previstas tanto na Lei nº 8.429, de 1992, quanto na Lei nº 8.112, de 1990, caso sejam disciplinados pelo Estatuto dos Servidores Públicos Federais.

Para os agentes públicos incumbidos de conduzir processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas, é importante não perder de vistas que há grande identidade de conteúdo entre os atos lesivos previstos pela Lei Anticorrupção e os atos de improbidade, elencados pela Lei nº 8.429/92. Portanto, justamente pela independência de instâncias, é importante que se dê notícia ao órgão de assessoramento jurídico da possibilidade de se ajuizar ação específica de improbidade administrativa, quando estiverem



presentes indícios de ocorrência de tais atos. Inclusive, como será visto no item seguinte, tal medida judicial pode ser cumulada com a ação civil de que trata a Lei Anticorrupção.

### 2.2.2. Lei Anticorrupção

O capítulo VI da Lei nº 12.846, de 2013, trata da responsabilização civil das pessoas jurídicas, pelo cometimento de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Possuem legitimidade para ajuizar ação civil de responsabilização, com fulcro no aludido diploma legal, o Ministério Público e os entes federados, por meio das suas respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes (art. 19, *caput*, da LAC). Saliente-se que o rito a ser adotado para a referida ação é o previsto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), consoante dispõe o art. 21 da Lei Anticorrupção.

Note-se que da ação judicial em comento poderá decorrer a aplicação, cumulativa ou não, das seguintes penalidades judiciais, aos entes privados (art. 19 da LAC):

- a) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
- b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
- c) dissolução compulsória da pessoa jurídica; e
- d) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

O legislador conferiu ainda competência ao Ministério Público de pleitear na ação civil da LAC a imposição das penalidades administrativas de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória, quando constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa (art. 20 da LAC).

Em que pese este Manual ter como objetivo precípuo a orientação em relação ao procedimento de responsabilização administrativa, e não judicial, dos entes privados, é importante para as unidades correcionais e demais servidores cargo da condução do PAR conhecer a dimensão, sanções e instrumentos alcançáveis pela via judicial. Tal medida é salutar para que as unidades de correição avaliem o melhor momento de solicitar aos órgãos de assessoramento jurídico competentes que ajuízem as medidas judiciais previstas na norma.

Como se extrai da presente lei, em observância ao princípio da reserva de jurisdição, o legislador pugnou pela abertura de processos distintos a serem desenvolvidos em diferentes esferas do poder estatal, objetivando viabilizar, com isso, a devida aplicação, às pessoas jurídicas infratoras, das variadas sanções previstas na norma. Considerou, nessa perspectiva, em especial, a natureza e o grau de impacto causado por cada uma das sanções à situação das destinatárias. Assim, com base em tal premissa, atribuiu à instância administrativa a competência para aplicação das sanções consideradas menos gravosas e à instância judicial a competência para aplicação daquelas consideradas mais onerosas.

Na esfera administrativa, nos termos do artigo 8º, atribuiu aos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a competência para aplicação das sanções de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória previstas no artigo 6º, devendo tal ocorrer mediante processo administrativo de responsabilização instaurado para a finalidade.

Entretanto, por possuírem natureza mais gravosas, na linha do que já foi regulado em outras legislações para sanções semelhantes e o pensamento consolidado em nosso ordenamento jurídico, entendeu

o legislador por atribuir ao Poder Judiciário a competência para aplicar, em seu âmbito, às pessoas jurídicas infratoras, as sanções previstas no artigo 19 da lei.

Nessa esfera judicial, o referido artigo também enumera os órgãos que possuem legitimidade ativa para o ajuizamento da ação destinada à aplicação das sanções ali previstas. No rol de legitimados encontra-se a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que atuarão por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, além do Ministério Público.

Muito embora a lei estabeleça no seu artigo 21 que nas ações de responsabilização judicial deverá ser adotado o rito da Lei nº 7.347/85, que trata da Ação Civil Pública, nota-se que a mesma não recepcionou a participação das associações enquanto titular da referida ação, excluindo-as do rol de legitimados aptos a manejá-las.

O parágrafo 4º do artigo 19 da lei conferiu ao Ministério Público, à Advocacia Pública, e ao órgão de representação judicial ou equivalente do ente público, a possibilidade de requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado. A legitimidade ativa conferida pela norma também à advocacia pública para requerer a medida cautelar representa um avanço considerável em relação ao artigo 7º da Lei nº 8.429/92, porque por essa regra caberia à autoridade administrativa representar ao parquet para que este viesse a requerer, no seu interesse, a indisponibilidade de bens nas situações ali indicadas.

Dotada do traço característico comum às medidas cautelares em geral, que é servir de garantia, a medida cautelar de indisponibilidade de bens, direitos ou valores aqui tratada objetiva resguardar o sucesso da persecução administrativa, o pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, afastando, de forma preventiva, o perigo de uma eventual dilapidação do patrimônio por parte do infrator.

Ao definir o modo em que se dará a atuação do Ministério Público nas ações por ele ajuizadas, a disposição inserta no artigo 20 da lei acabou por conferir ao parquet duas legitimidades para a condução do processo, uma principal e outra subsidiária. Na principal, que se presta a demandar a aplicação das sanções em âmbito judicial, sua legitimidade é concorrente com a dos demais legitimados. Na subsidiária, cujo objetivo é demandar a aplicação das sanções de natureza administrativa dispostas no artigo 6º, sua atuação só poderá ocorrer caso haja omissão da autoridade administrativa no que se refere à aplicação de tais sanções.

O artigo 19 da lei, e seus respectivos parágrafos, relacionam as sanções e as regras a serem observadas para sua aplicação na esfera judicial. De acordo com o § 3º do artigo 19, as quatro modalidades de sanções judiciais previstas na norma poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

O inciso I do artigo 19, alinhado com a previsão contida no artigo 5º, inciso XLVI, alínea b, e no artigo 37, § 4º, ambos da Constituição, estabeleceu a sanção de perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito obtidos da infração.

Segundo Martins Junior<sup>8</sup>, a modalidade de sanção prevista nesse inciso “*Só tem lugar em razão da ilicitude ou da imoralidade do enriquecimento. O perdimento alcança o objeto do enriquecimento ilícito, bem como seus frutos e produtos. Se os bens são fungíveis (como dinheiro), incide, se consumidos, sobre o equivalente existente no patrimônio do infrator*”.

Já o inciso II do artigo 19, também alinhado com o contido no artigo 5º, inciso XLVI, alínea e, da Constituição, prevê em seu dispositivo a sanção de suspensão ou interdição parcial das atividades das pessoas jurídicas infratoras, denotando, com isso, o caráter temporal característico desse tipo de sanção. Embora caberá ao magistrado fixar o lapso de tempo de suspensão das atividades, este certamente o fixará tomando por base a devida proporcionalidade, de modo a evitar que eventuais excessos advindos da aplicação da sanção possam, na prática, acarretar a extinção da empresa.

Por seu turno, o inciso III do artigo 19, que tem amparo no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição, traz a previsão da sanção de dissolução compulsória da pessoa jurídica, estabelecendo, no seu § 1º, alguns

8 MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 268.

requisitos que deverão ser comprovados para sua aplicação, uma vez que tal sanção, pela sua gravidade, representa a pena de morte para a pessoa jurídica. Importante salientar que essas condicionantes para a decretação da dissolução da pessoa jurídica guardam consonância com as disposições contidas nos incisos III e IV, alínea e, ambos do artigo 5º da lei, o que só vem a reafirmar a escolha feita pelo legislador quando a instituiu.

O inciso IV do artigo 19, que também tem amparo no artigo 5º, inciso XLVI, alínea e, da Constituição, prevê expressamente em seu dispositivo a sanção de “*proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público*”, estipulando como interstício para sua vigência o prazo mínimo de 1 e máximo de 5 anos.

Como pode ser observado, esse tipo de sanção encontra semelhança com aquela prevista nos incisos I, II, e III do artigo 12 da Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre a “*proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário*”, embora, nesse caso, o prazo para a vigência da sanção tenha sido estipulado de forma diferente do da Lei nº 12.846/2013, podendo, nos termos daqueles incisos, ser fixado em 10, 5 ou 3 anos.

### 2.3. Instância Administrativa

A responsabilidade administrativa por atos de corrupção pode atingir tanto os agentes públicos quanto os agentes privados, pessoas físicas ou pessoas jurídicas envolvidas.

No que concerne aos agentes públicos federais, estão eles sujeitos ao regime disciplinar imposto pela Lei nº 8.112, de 1990 (servidores públicos da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional) ou aos ditames da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e normativos internos das empresas estatais (empregados públicos<sup>9</sup>).

Quanto ao Estatuto dos Servidores Públicos Federais, o normativo prevê o “tipo” específico de corrupção em seu art. 132, XI, definindo a pena de demissão como reprimenda adequada a essa conduta, desde que observado o devido processo legal. Além disso, estabeleceu outros enquadramentos administrativos de condutas correlatas a atos de corrupção, tais como o valimento de cargo (art. 117, IX), improbidade administrativa (art. 132, IV), aplicação irregular de dinheiros públicos (art. 132, VIII) e lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional (art. 132, X).

Em se tratando dos empregados públicos, também há previsão legal de responsabilização administrativa por atos de improbidade administrativa (corrupção), nos termos do que dispõe o art. 482, “a”, da CLT, podendo daí advir a rescisão de seu contrato de trabalho, por justa causa.

Em todos esses casos, faz-se necessária a instauração de processo específico de apuração, conforme rito procedimental estabelecido nos citados normativos.

No que diz respeito às pessoas jurídicas, se pode dizer que há, basicamente, duas vertentes de responsabilização administrativa por atos de corrupção, uma correspondente aos atos próprios e limitados às licitações e contratos e, outra, decorrente da inovação trazida pela Lei Anticorrupção que, em que pese poder abranger também irregularidades em licitações e contratos, possui um espectro de abrangência muito maior, ao usar o conceito de ato lesivo, alcançando, assim, inclusive as irregularidades fora de relações contratuais com a Administração Pública.

<sup>9</sup> Há ainda uma outra categoria de empregados públicos, quais sejam, aqueles ocupantes de emprego público na administração direta, autárquica e fundacional, também contratados sob o regime da CLT, os quais são regidos pela Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. Sugere-se, para melhor orientação acerca do tema, a leitura do Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais, disponível no site da CGU.

Na primeira vertente mencionada, merece destaque a Lei de Licitações e Contratos, que prevê sanções de cunho administrativo<sup>10</sup> aos particulares/contratados, que concorram para a prática de atos irregulares, inclusive fraudes, que, de alguma forma, interfiram na lisura do processo licitatório e/ou ensejem o descumprimento contratual.

Na segunda vertente, o principal instrumento normativo é a própria Lei Anticorrupção que, em seu art. 5º, disciplina os tipos das irregularidades, ao conceituar os atos lesivos por ela alcançados, os quais podem ser praticados contra a administração pública nacional ou estrangeira.

Vale destacar que, dentre os tipos previstos pela LAC, há, no art. 5º, IV, as condutas referentes a licitações e contratos, sendo importante saber como proceder e qual a legislação aplicável nesses casos. Assim, quando um ato for previsto como irregular tanto nas normas de licitações e contratos quanto na LAC, ambas são aplicáveis, podendo ensejar várias sanções a pessoas jurídica eventualmente responsabilizada, sendo que o traço comum às situações previstas na LAC, nesta seara, é a ocorrência de algum tipo de fraude.

É importante, todavia, saber diferenciar as situações que atraem a aplicação da LAC dos casos que implicam tão somente as sanções previstas nas legislações que regulamentam os procedimentos licitatórios e contratuais. Regra geral, as sanções previstas nas normas de licitações e contratos visam assegurar o escorreito cumprimento das regras pactuadas no certame e no instrumento contratual. Vejamos, a título de referência, o que prevê a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos:

*Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.*

*(...)*

*Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:*

*I - advertência;*

*II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;*

*III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;*

*IV - 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, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.*

Percebe-se claramente que o intento dos arts. 86 e 87 acima transcritos é de reprimir o atraso e a inexecução contratual. Nessa situação, a apuração deve ser conduzida pela unidade responsável pelo acompanhamento de contratos ou outra prevista no regimento interno do órgão, e não pelas Corregedorias (ou unidades que lhes façam as vezes) como na primeira situação.

<sup>10</sup> Possíveis sanções administrativas previstas no âmbito: a) da Lei nº 8.666, de 1993: advertência; multa; suspensão temporária do direito de licitar; e declaração de inidoneidade; b) da Lei nº 10.520, de 2002 (Lei do pregão) e da Lei nº 12.462, de 2011 (Regime Diferenciado de Contratação - RDC): impedimento de licitar e contratar e multa contratual; e c) da Lei nº 13.303, de 2016 (Lei das estatais): advertência; multa; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

Por outro lado, verifica-se diferente perspectiva ao analisar os incisos II e III do art. 88 da mesma lei, vejamos:

*Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:*

*(...)*

*II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;*

*III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.*

Nesse caso, percebe-se que a preocupação do legislador se aproxima daquela tutelada pela LAC. Em outras palavras, busca-se sancionar a prática de ilícitos e demais atos que visem prejudicar os princípios balizadores da licitação pública. É de se esperar que um grande número das condutas que ensejam a aplicação dos incisos II e III do art. 88 da Lei nº 8.666 acabem por se enquadrar em algum dos atos lesivos prescritos pelo art. 5º da LAC. Logo, é recomendável que a apuração da conduta seja dada nos mesmos processos e conduzida pela unidade especializada na matéria, ou seja, aquela responsável pela atividade de corregedoria. É por esse motivo, que o Decreto nº 8.420/2015 estabeleceu em seu art. 12 que:

*Art. 12. Os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo.*

Ainda sobre as hipóteses de atos lesivos elencadas pelas alíneas do inciso IV do art. 5º, não se pode perder de vistas que seu alcance é mais amplo do que ilícitos praticados em licitações e contratos tipicamente regidos pela Lei nº 8.666/93 e congêneres. Cabe destacar que a Administração Pública realiza diversos outros atos que possuem igualmente natureza contratual, mas que não se enquadram nas espécies de que trata a Lei nº 8.666/93. É o caso, por exemplo, de contratos de financiamento subsidiados com recursos públicos por parte de bancos estatais de fomento. Caso haja prática de fraude no contexto de tais contratos, vislumbra-se igualmente aplicação da Lei Anticorrupção. As hipóteses de aplicação de tal inciso serão tratadas em ponto específico deste Manual.

Para além das normas de licitações e contratos públicos, não se pode ainda ignorar a existência de legislações outras que preveem sanções administrativas aos entes privados. A título de exemplo, se tem a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso a Informação - LAI), que, em seu art. 33, versa sobre a imputação de sanções à pessoa física ou à entidade privada que detiver informações em virtude de vínculo de qualquer natureza com o poder público e deixar de observar o disposto naquele diploma normativo.

Do mesmo modo, o art. 38 da Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991 (Lei Rouanet), determina que, na hipótese de dolo, fraude ou simulação, inclusive no caso de desvio de objeto, será aplicada, ao doador e ao beneficiário (pessoas físicas ou jurídicas), multa correspondente a duas vezes o valor da vantagem recebida indevidamente.

Registre-se que, com a edição da Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019 (convertida na Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019), a qual substituiu a Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017, foi incluída, entre as competências da Controladoria-Geral da União - CGU, a prerrogativa de instaurar ou avocar, além daqueles procedimentos administrativos de que tratam o Título V da Lei nº 8.112, de 1990, o Capítulo V da Lei nº 8.429, de 1992 e o Capítulo IV da Lei nº 12.846, de 2013, quaisquer outros procedimentos a serem desenvolvidos ou já em curso em órgão ou entidade da Administração Pública federal, desde que relacionados à lesão ou à ameaça de lesão ao patrimônio público (§ 5º do art. 51).

Por fim, pode-se ainda mencionar a competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE<sup>11</sup> para atuar nas diversas espécies de procedimentos e processos administrativos visando à prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica, previstas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC.

11 “O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/2011. O Cade tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência.” Texto retirado do sítio do CADE, disponível em: < <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional>>. Acesso em 15.05.2019.

### 3. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Princípios são fundamentos, afirmações ou enunciados distintos, essenciais, elementares, definidores e relevantes o suficiente para formatar toda a demais estrutura de um ramo do Direito. São eles caracterizados por proposições basilares aptas a influenciar intimamente a aplicação de outras normas jurídicas menores, de maneira a balizar a sua interpretação.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua e denota a importância dos princípios:

*Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.*

*Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.<sup>12</sup>*

No ramo correcional do Direito, são de tal maneira contundentes em seu propósito de estimular a atuação no processo, que chegam mesmo a subverter interpretações fundamentadas na leitura parcial do sistema, porque contraditórias ou mesmo não coincidentes com eles, para impingir compreensão mais abrangente e apta à contemplação de conceitos mais categóricos.

Assim, no âmbito dessa teoria a que chamamos Disciplina da Correição, os princípios podem ser considerados como sua principal medida de equilíbrio, como seu parâmetro maior de raciocínio. São, enfim, proposições privilegiadas de uma lei de teor geral que direciona todo o esforço desenvolvido com o Processo Administrativo de Responsabilização - PAR, que delas mesmas é derivado, portanto.

Uma vez conceituados, indaga-se qual a importância dos princípios para o PAR, aqui entendido como instrumento de investigação da responsabilidade de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, mediante organização de uma sucessão lógica de procedimentos, tendentes à conformação de determinada tese.

É pelo PAR que a Administração busca responsabilizar o ente privado por seu comportamento impróprio em relação ao ente público, com o fim de recompor a ordem quebrada; noutra vertente, é ele ferramenta essencial à cobrança de contas junto a entidades que as devam à autoridade pública ofendida. Ocorre que a satisfatória consecução do interesse público depende, também, da boa execução dessa função correcional, que somente poderá se concretizar mediante o pleno amparo do PAR em um conjunto especial de fundamentos a que a doutrina comumente denominou “princípios”.

#### 3.1. Princípio do Dever de Apuração

O princípio do dever de apuração encontra seu principal subsídio no **poder hierárquico**, na verdade um **poder-dever** que atribui à autoridade administrativa a capacidade legal específica para dar ordens a seus subordinados, para controlar o cumprimento das competências de sua unidade pelo respectivo pessoal e para corrigir as eventuais irregularidades verificadas.

É justamente esse último aspecto do poder hierárquico, o denominado poder disciplinar, que, no propósito desse manual, pode ser definido como o poder-dever de apurar a ocorrência de irregularidades

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 948-949.

de natureza administrativa, que vem estabelecido em norma específica, quanto a atos praticados por pessoas jurídicas.

A propósito, o art. 8º, da Lei nº 12.846, de 2013, põe em relevo aspecto que denota claramente o altíssimo nível da responsabilidade assumida pela primeira autoridade administrativa envolvida: firma-se ali a obrigação de instauração do PAR para a apuração da responsabilidade da pessoa jurídica, inclusive de ofício, mas também mediante provocação. O comando aí contido aplica-se, inclusive, quando previamente já instaurado procedimento específico para a reparação integral do dano, não se dispensando a apuração administrativa aqui tratada, conforme se depreende do art. 13 da mesma lei.

Atributo da autoridade administrativa, o dever de apuração contém responsabilidades cuja inobservância poderia, em tese corresponder a infrações de natureza criminal, tais como a prevaricação e a condescendência criminosa; civil, a exemplo do ato de improbidade administrativa; e política, como o crime de responsabilidade. O art. 27 da Lei Anticorrupção, por exemplo, vem para determinar a responsabilização penal, civil e administrativa da referida autoridade, no caso de omissão, nos termos da legislação específica aplicável.

Já o art. 10, da mesma Lei, coloca que a comissão designada por aquela autoridade instauradora, se responsabilizará pela condução do PAR, em reflexo do mesmo princípio do dever de apuração, aplicado agora aos membros do colegiado.

Em razão dessa oficiosidade imposta ao funcionamento da máquina estatal é que a omissão da autoridade competente poderá implicar em responsabilidade funcional; é esse o principal conteúdo da indisponibilidade do interesse público quando aplicada à Disciplina Correcional. Se no âmbito particular é possível ao gestor transigir ou mesmo perdoar uma conduta irregular verificada, à autoridade pública não é dado dispor desse seu poder-dever de apurar, cabendo-lhe necessariamente diligenciar no sentido da investigação e, restando confirmada a irregularidade, da aplicação da penalidade correspondente.

### 3.2. Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa

A Constituição Federal já estabelece, no inciso LV do art. 5º, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, alcançando, desta forma, também os acusados no PAR.

Uma vez exigida da Administração a impressão de postura acusatória à investigação desenvolvida no processo, nada mais natural que, em homenagem à simetria que o deve caracterizar, também se garanta ao acusado, como num espelho, o poder de exercer o seu direito ao contraditório. Isso significa que, numa extensão do princípio do devido processo legal, firmado também na Constituição, no inciso LIV de seu art. 5º, não será dado à Administração produzir qualquer prova sem que o afetado pelo seu conteúdo possa conhecê-la e arguir as suas fragilidades ou limitações, seja mediante apresentação de alegações, seja mediante pedido de produção de novas provas.

E não é outra a inteligência daquela norma firmada no art. 8º, da Lei nº 12.846, de 2013, que, ao estabelecer a competência para a instauração e o julgamento do PAR, já exige a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Parece lógico que, se até ao mero interessado na matéria de determinado processo administrativo será garantido o direito de conhecer da sua tramitação, de obter vista e cópias e de ser comunicado das respectivas decisões, na forma do inciso II do art. 3º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, em homenagem mesmo ao **princípio do contraditório**, será sempre exigido da Administração dar inequívoco conhecimento ao acusado, no PAR, de tudo que possa interessar à sua defesa, incluindo a própria instauração do processo, os atos que possam importar em prejuízos à sua condição jurídica, até o julgamento proferido pela autoridade competente.

Afinal, a própria legitimidade das conclusões do PAR dependerá das condições que a Administração ofereceu para o exercício da defesa, seja possibilitando que o acusado conheça previamente os atos a serem praticados, seja propiciando sua participação ativa na produção probatória, requerendo-a, corroborando-a, contraditando-a ou ponderando seu valor. O objetivo, assim, é que a verdade exposta nos autos constitua produto de maquinação essencialmente dialética, entre Administração e acusado.

Mas não basta dar ao acusado o poder de conhecer as provas produzidas nos autos. Interpretando a norma estabelecida no inciso III do art. 3º da Lei nº 9.784, de 1999, se conclui que será ainda preciso oferecer-lhe a mais ampla possibilidade de reação, tanto quanto à forma e às circunstâncias de produção das provas, como em relação às conclusões a que eventualmente seu conteúdo possa conduzir, seja desconstituindo-as, seja efetivamente contraditando-as.

Perceba-se que a garantia do contraditório contempla a notificação válida de todos os atos que possam interessar à defesa do acusado, incluindo a comunicação da natureza, do tempo e do lugar de sua realização, além de outros eventuais aspectos relevantes ao seu efetivo acompanhamento.

Presumindo-se que a notificação foi válida, a garantia em comento restará assegurada sempre que, efetiva e oportunamente, for deferido o direito de reagir às provas produzidas e ao teor das respectivas conclusões. Bastando, assim, a efetiva possibilidade de reação, também se assegura ao acusado, como estratégia de defesa, o direito de simplesmente não reagir.

Caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça ilustra esse entendimento:

*ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMISSÃO PROCESSANTE. LEI Nº 4.878/65. INAPLICABILIDADE. FUNÇÕES DA COMISSÃO. JULGAMENTO POR AUTORIDADE DIFERENTE. SUSPENSÃO DO PAD DURANTE PRAZO DE TRÂMITE DO PROCESSO PENAL. DESCABIMENTO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. DEPOIMENTO PESSOAL. AUSÊNCIA. CULPA EXCLUSIVA DO SERVIDOR. PROSSEGUIMENTO DO PAD. LEGALIDADE. RELATÓRIO FINAL. INTIMAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PROVAS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA PENALIDADE. DESCABIMENTO. ATO VINCULADO.*

[...]

*4. A Comissão Processante diligenciou no sentido de colher o depoimento pessoal do impetrante, o qual somente não se realizou pelo seu não comparecimento, por duas vezes, sendo que na segunda, o depoimento havia sido marcado para Teixeira de Freitas/BA, conforme solicitação do próprio impetrante, o qual, todavia, não compareceu à audiência. Assim, correto o procedimento da Comissão em dar prosseguimento ao processo administrativo, haja vista que não poderia ficar aguardando indefinidamente pela disposição do impetrante em prestar o seu depoimento. [...].*

*(STF, MS nº 18.090/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 21.5.2013)*

Também nesse sentido se manifesta a melhor doutrina, de que é exemplo Palhares Moreira Reis:

*O acusado, se o desejar, a tudo poderá estar presente, pessoalmente ou por intermédio de seu procurador. A sua presença não é, porém, obrigatória, nem invalida o depoimento, se ausente, desde que para o evento tenha sido notificado adequadamente. A ausência da notificação, esta sim, é que viciará o ato.<sup>13</sup>*

Por fim, é preciso registrar que esse direito de reação, se exercido, somente poderá ser considerado como efetivo se os termos utilizados pela defesa no sentido da desconstituição ou da contradição das provas anteriormente produzidas em seu desfavor forem verdadeiramente considerados pela Comissão e, posteriormente, pela autoridade julgadora.

<sup>13</sup> REIS, Palhares Moreira. Processo Disciplinar. 2ª ed. Brasília: Consulex, 1999, p. 145.

Assim, no que também pode ser considerada uma ampliação do princípio geral firmado no art. 3º, III, da Lei nº 9.784, de 1999, o poder de convencimento junto à Comissão e, posteriormente, à autoridade competente para o julgamento, constitui-se de elemento essencial para o reconhecimento do respeito ao princípio do contraditório no âmbito de determinado processo. Não significa dizer que tais alegações de defesa deverão ser acolhidas, mas que, em deferência também ao princípio da motivação, deverão, sim, constituir objeto de cuidadosa avaliação e devido exame, em particular, antes da formulação das conclusões da Comissão, segundo critérios razoáveis e proporcionais de ponderação e equilíbrio.

Passando ao **princípio da ampla defesa**, força reconhecê-lo respeitado, sempre que, sob a ótica da razoabilidade e da proporcionalidade, restar inequivocamente demonstrado que, no âmbito de determinado processo, o respectivo acusado pôde gozar, ao longo de todo o curso instrutório, da mais irrestrita liberdade para resistir à acusação, ainda que não tenha logrado afastá-la.

Assim, além dos aspectos já mencionados nos comentários anteriores, será necessário oportunizar ao acusado, ao longo da instrução, mediante uso de todos os instrumentos e mecanismos disponibilizados pelo Direito, propor novas e diferentes provas que entenda lícitas, necessárias, pertinentes e oportunas ao esclarecimento da matéria ou à sua defesa, ainda que algumas ou mesmo todas essas proposições venham a ser indeferidas, para o que se exigirá motivação oportuna e fundamentada.

Ademais, vale anotar que a garantia da ampla defesa não se limita à estrita observância de direitos de categoria meramente objetiva, tais como o prazo de trinta dias para apresentação de defesa escrita (cf. art. 11, da Lei nº 12.846, de 2013); ao contrário, ela ampara especialmente as prerrogativas que precisam ser afiançadas ao acusado, no âmbito do PAR, para que lhe seja verdadeiramente reconhecido o direito de resistir à acusação, sob risco de anulação do feito, em sede administrativa ou judicial. A necessidade de observância dessa garantia influencia, assim, tanto a forma quanto o mérito do desenvolvimento do PAR.

### 3.3. Princípio do Informalismo Moderado

Demonstração do crescente prestígio de que tem gozado o princípio da instrumentalidade das formas, expresso no art. 277, do Código de Processo Civil, agora nos dedicamos ao denominado princípio do informalismo moderado. Aqui governa o entendimento, expresso na famosa expressão *pas de nullité sans grief*, de que a declaração de qualquer nulidade deverá se sustentar em efetivo prejuízo à defesa do acusado, demonstrada objetivamente pelo interessado, consoante o sistema legal de distribuição probatória sobre o qual se organiza o direito pátrio, segundo o qual quem alega deve demonstrar, sem espaço para mera presunção. A propósito, leia-se:

**RMS. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. FISCAL DE TRIBUTOS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXTRAPOLAÇÃO DO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DO RELATÓRIO FINAL. NULIDADE DO PROCESSO. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO PUNITIVA AFASTADA. CONJUGAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.**

1. *O princípio da instrumentalidade das formas, no âmbito administrativo, veda o raciocínio simplista e exageradamente positivista. A solução está no formalismo moderado, afinal as formas têm por objeto gerar segurança e previsibilidade e só nesta medida devem ser preservadas. A liberdade absoluta impossibilitaria a sequência natural do processo. Sem regras estabelecidas para o tempo, o lugar e o modo de sua prática. Com isso, o processo jamais chegaria ao fim, A garantia da correta outorga da tutela jurisdicional está, precisamente, no conhecimento prévio do caminho a ser percorrido por aquele que busca a solução para uma situação conflituosa. Neste raciocínio, resta evidenciada a preocupação com os resultados e não com formas pré-estabelecidas e engessadas com o passar dos tempos.*

2. *Neste contexto, despicienda a tentativa de anular todo o processo com base na existência de nulidade tida como insanável. A dilação do prazo para entrega do prazo final, em um dia, se deu*

*por conta da complexidade do processo em testilha, oportunidade em que devem ser conjugados os princípios da razoabilidade e instrumentalidade das formas.*

*3. Ademais, restando afastada a prescrição punitiva, não há que se falar em nulidade do processo administrativo, afinal a extrapolação do prazo para a conclusão do processo administrativo não gera qualquer consequência para a validade do mesmo, podendo importar, porém, em responsabilidade dos membros da comissão.*

*(STJ, RMS nº 8.005/SC, Rel. Min. Gilson Dip)*

Pelo princípio do informalismo moderado fica assentada, então, a noção de que valerá sempre mais o atendimento à finalidade própria dos atos praticados no processo do que qualquer outra formalidade que não sirva ao propósito de assegurar aquele grau razoável e proporcional de certeza, segurança e respeito aos direitos e garantias deferidos ao acusado, nos termos do inciso IX do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999. Assim, mediante aproveitamento de atos apenas aparentemente comprometidos por vícios, privilegia-se o propósito do processo, em detrimento de qualquer outro entendimento que pretendesse imputar valor à forma daquele ato, apenas por si própria, sem qualquer conexão com a sua efetiva finalidade, naquele contexto.

Dessa forma, segundo avaliação razoável e proporcional da Comissão, os atos assumirão as formas mais simples permitidas, tendo em vista, também, outro princípio constitucional aplicável ao PAR, que é o da razoável duração do processo. Neste contexto, a rigidez restará para as formalidades consideradas essenciais, fundamentadas nos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica, e caracterizadas como instrumentos de garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Em última instância, se busca tutelar valor indispensável a qualquer prestação administrativa: o resultado dos procedimentos.

### 3.4. Princípio da Motivação

O princípio da motivação, ao formular a exigência de oportuna, adequada e suficiente fundamentação de todos atos administrativos adotados pela Administração Pública, que imponham restrições aos interesses de administrados, constitui-se de expressão também do direito fundamental firmado no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade”.

Informado ainda pelo princípio constitucional da publicidade, o princípio da motivação vem expresso no Capítulo III da Carta, dedicado especificamente à organização do Poder Judiciário, muito embora tenha inegável aplicação aos demais Poderes, em todos os entes da federação, em razão da circunstância de ver-se contemplado em norma devotada especialmente a decisões de natureza administrativa. Trata-se do inciso X do art. 93, que estabelece que “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.

O art. 50, da Lei nº 9.784, de 1999, ao tratar dos atos que exigem motivação, mediante indicação de fatos e fundamentos jurídicos, incluiu a negação, a limitação ou mesmo qualquer abalo a direitos ou interesses de administrados, além da imposição ou agravamento de deveres, encargos ou sanções a eles impostas. Antes, no seu art. 2º, parágrafo único, VII, a mesma Lei colocava a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinam uma decisão como critério de observância estritamente obrigatória, tornando a sua motivação uma formalidade essencial à legitimidade do próprio processo.

Assim, a finalidade maior do referido princípio é garantir que todas decisões administrativas tenham seus fundamentos suficientemente evidenciados junto aos interessados, tornando claras o bastante as razões que justificam a correção, a isenção e a retidão dos atos que as expressam. Instrumento de controle posto à disposição dos administrados, a transparência oportunizada pela motivação exigida da Administração figura

também como veículo da aplicação do princípio do devido processo legal, ao legitimar o conteúdo dessa específica prestação administrativa.

A aplicação do princípio da motivação ao PAR encontra subsídio no § 3º do art. 10 da Lei nº 12.846, de 2013, que exige que a Comissão motive adequadamente as sanções sugeridas em seu relatório final, documento dedicado aos fatos apurados e à eventual responsabilidade da pessoa jurídica envolvida.

Depois disso, será necessário que também a autoridade julgadora demonstre de maneira clara a motivação de sua decisão, inclusive quanto às circunstâncias levadas em conta no balizamento das sanções a serem aplicadas, a saber as peculiaridades do caso concreto e a gravidade e natureza das infrações investigadas, conforme art. 6º, § 1º da LAC.

O § 2º do referido art. 6º, vem ainda colocar a exigência de manifestação jurídica da Advocacia Pública (ou órgão de assistência jurídica, ou equivalente) do órgão ou entidade, antes da aplicação de qualquer sanção, cujo conteúdo poderá inclusive ser utilizado pela autoridade julgadora como fundamento para a sua decisão, além também do anterior relatório final da Comissão, mediante recurso ao método da remissão não contextual, que encontra sua base no § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784, de 1999.

Mas a singularidade da importância do referido princípio para a Disciplina da Correição é demonstrada pela circunstância de que a sua aplicação vem mesmo para evidenciar o estrito compromisso da Administração com os valiosos princípios do contraditório e da ampla defesa, não apenas por ocasião da sentença administrativa, mas em todas as decisões intermediárias e incidentais formuladas pela Comissão, ao longo da instrução, que limitem ou possam vir a limitar as pretensões da defesa. É essa a noção expressa pelas palavras de Cláudio Rozza:

*É de se observar que, no desenvolvimento do processo, se põe a olho nu como o poder retido pela autoridade de expõe. Daí a importância de se verificar a corrente das decisões que vão sendo tomadas até o ato de decisão final que culmina na dicção unilateral do Estado, no exercício da competência, que pode resultar em sanção administrativa.<sup>14</sup>*

Sem a correspondente motivação, o ato administrativo da Comissão ou da autoridade julgadora do PAR padece de nulidade caracterizada na omissão na comprovação de todos os fatos e circunstâncias intervenientes e relevantes, incluídos os argumentos defensivos, bem assim dos fundamentos jurídicos que funcionam para a conformação das conclusões trazidas na respectiva decisão. Veja-se, nesse sentido, julgado do Superior Tribunal de Justiça:

**ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. NÃO CARACTERIZADAS. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. ART. 18 DA LEI Nº 10.683/03 C. C. O ART. 4º DO DECRETO Nº 5.480/05. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. COMPETENTE PARA INSTAURAR OU AVOCAR PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES E APLICAR SANÇÕES DE DEMISSÃO DE CARGO PÚBLICO E DESTITUIÇÃO DE CARGO COMMISSIONADO. PRECEDENTES. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI EM TESE. VEDAÇÃO. SÚMULA Nº 266 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DEMISSÃO DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO EXPRESSAMENTE TIPIFICADO NA LEI Nº 8.429/1992. PROCESSO JUDICIAL PRÉVIO PARA APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. DESNECESSIDADE. PREPODENRÂNCIA DA LEI Nº 8.112/90. SUPOSTA NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO IMPETRANTE. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. DANO AO ERÁRIO. DESONESTIDADE, DESLEALDADE E MÁ-FÉ DO AGENTE. INEXISTENTES. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO CARACTERIZADA. SEGURANÇA CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.**

*1. No caso de demissão imposta a servidor público submetido a processo administrativo disciplinar, não há falar em juízo de conveniência e oportunidade da Administração, visando restringir a atuação do Poder Judiciário à análise dos aspectos formais do processo disciplinar. Nessas circunstân-*

14 ROZZA, Cláudio. Processo administrativo disciplinar & ampla defesa. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 71.

*cias, o controle jurisdicional é amplo, no sentido de verificar se há motivação para o ato demissório, pois trata-se de providência necessária à correta observância dos aludidos postulados.*

*(STJ, MS nº 13.520/DF, Relatora Min. Laurita Vaz, DJE 02/09/2013)*

### 3.5. Princípio da Boa-Fé Processual

O princípio da boa-fé processual pode ser caracterizado como aquele compromisso das partes de um processo com padrões comportamentais esperados pelo Direito, porque pautados pela ética, honestidade, sinceridade, lealdade, transparência e pela mútua cooperação, para a construção de um ambiente isento de desvios de finalidade e de comportamentos abusivos ou contraditórios.

Muito embora o texto da Constituição Federal não se dedique a ele de maneira expressa, é possível inferir que o seu fundamento esteja presente ali, dentre os princípios implícitos, como denota a circunstância de o espírito da Lei Maior ancorar-se em valores como o da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade social, o da segurança jurídica e o da moralidade administrativa, dentre outros. É nesse sentido a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, refugiada na doutrina de Jesús González Péres:

*Princípio da moralidade administrativa: De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que sujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37, da Constituição. Compreende-se em seu âmbito, como é evidente, os princípios da lealdade e da boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús González Péres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.<sup>15</sup>*

Seu conteúdo foi positivado no corpo da Lei nº 9.784, de 1999, no inciso IV do parágrafo único de seu art. 2º, que estabelece a atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé como um critério de observância estritamente obrigatória no âmbito dos procedimentos administrativos; e, no inciso II do art. 4º, que firma o procedimento afeto à lealdade, à urbanidade e a boa-fé como um dos deveres a que se submete o administrado perante a Administração.

Claro reflexo da importância do referido princípio na Disciplina Correccional vem no art. 7º, da Lei nº 12.846, de 2013, que, ao listar os elementos a serem considerados pela autoridade julgadora do PAR na aplicação das sanções, incluiu a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e ainda a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

<sup>15</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, op. cit., p. 109.

Outra importante consequência da aplicação do princípio da boa-fé processual é a possibilidade de celebração de Acordo de Leniência com as empresas envolvidas em atos passíveis de investigação por via do PAR. Aqui os traços do referido princípio aparecem ainda mais claramente, por exemplo, na aderência dos requisitos colocados pela Lei para a celebração do Acordo: a cessação completa e imediata do envolvimento da empresa nas infrações investigadas; a mais estrita cooperação da empresa com as investigações e com o respectivo procedimento administrativo;; e o seu rigoroso comprometimento no sentido da implementação ou da melhoria dos mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo às denúncias de irregularidades e à efetiva aplicação de código de ética e de conduta. Desta maneira, a Lei nº 12.846, de 2013, valoriza o comprometimento com a sinceridade processual, pautada na honestidade e no bom comportamento empresarial.

A atuação da Administração na negociação também é informada pelo princípio da boa-fé processual. Tal se verifica, por exemplo, quando o § 7º do art. 16 da Lei Anticorrupção veda que, uma vez rejeitada a proposta de Acordo de Leniência, se presuma reconhecida, pela empresa envolvida, a prática do ato ilícito investigado. Ao contrário, se exige do ente público os mesmos esforços de comprovação da responsabilidade objetiva ordinariamente relacionados à instauração de qualquer PAR, inclusive com devolução dos documentos porventura juntados durante as tratativas, sem retenção de cópias (art. 17-B, da Lei nº 12.846, de 2013).

## 4. SUJEITO PASSIVO DO ATO LESIVO

Como já referido, a LAC dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, conforme previsto em seu art. 1º, caput, ficando, assim, indicado o alcance da sujeição passiva dos atos lesivos previstos nesta lei.

Porém, se, por um lado, a LAC bem definiu Administração Pública estrangeira (art. 5º, §§ 1º e 2º), por outro, foi silente quanto à definição do que seja Administração Pública nacional, exigindo, assim, a realização de interpretação sistemática de seus dispositivos com outros diplomas legais, conceitos doutrinários e, inclusive, com as razões expostas em seu projeto de lei, conforme se verá a seguir.

### 4.1. Administração Pública Nacional

A questão que se coloca é analisar o que seria considerado Administração Pública nacional para os fins da LAC, já que é conhecida a amplitude doutrinária para tal definição. Nesse sentido, o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho<sup>16</sup> reconhece dois significados possíveis para a expressão “administração pública”: um subjetivo/orgânico, outro objetivo/material, conceituação semelhante à adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>17</sup>.

No que diz respeito ao sentido subjetivo ou orgânico, o doutrinador sustenta que a expressão Administração Pública é grafada com as letras iniciais em maiúsculo e corresponde “ao conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas. Toma-se aqui em consideração o sujeito da função administrativa, ou seja, quem a exerce de fato”<sup>18</sup>.

Carvalho Filho esclarece que os órgãos e agentes, em qualquer dos poderes, serão integrantes da Administração Pública e compõem o sistema federativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Nesse caso, temos a Administração Pública direta, responsável pelo desempenho das atividades administrativas preestabelecidas no ordenamento jurídico de forma centralizada.

Há entidades que possuem personalidade jurídica própria e são responsáveis pela execução de atividades que necessitam ser desenvolvidas de forma descentralizada. São as autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas, as quais integram a Administração Pública indireta, exercendo a função administrativa de forma descentralizada.

Já a administração pública em sentido objetivo ou material, grafada com letras minúsculas, “constitui na própria atividade administrativa exercida pelo Estado por seus órgãos e agentes, caracterizando, enfim, a função administrativa”<sup>19</sup>.

Em uma análise legislativa, verifica-se que a Administração Pública pode ser classificada em direta e indireta, a depender de sua forma de organização. Segundo o art. 4º, do Decreto-Lei no 200, de 25 de fevereiro de 1967, “a Administração direta se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios”, modelo este reproduzido nas esferas estadual, distrital e municipal. Por sua vez, “a Administração indireta compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista”.

16 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 09-11.

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2014. p. 50-55.

18 CARVALHO FILHO, José dos Santos, Op. Cit. p. 10-11.

19 Idem, p. 09-11.

A própria Constituição Federal dedica o Capítulo VII, do Título III (Da Organização do Estado), à “Administração Pública”, estabelecendo em seu art. 37, caput, a existência de duas formas de organização (Administração Pública direta e indireta), no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, indicando a recepção do Decreto-lei no 200, de 1967, conforme transcrição abaixo:

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)*

Em síntese, referida norma dispõe que a Administração Pública direta é composta por unidades/repartições administrativas despersonalizadas juridicamente, todas integradas na personalidade jurídica do ente federado a que se submetem (União, Distrito Federal, Estados ou Municípios), enquanto a Administração Pública indireta é formada por entidades dotadas de personalidade jurídica própria, umas de direito público (autarquias e fundações públicas) e outras de direito privado (sociedades de economia mista e empresas públicas).

Em que pese a Lei no 12.846, de 2013 ter deixado de conceituar “administração pública nacional”, esta restou conceituada ao menos na exposição de motivos do Projeto de Lei da Câmara no 39, de 2013 (PL 6826/2010), evidenciando que o objetivo do legislador foi abranger todas as pessoas jurídicas que estão especificadas no art. 37, caput, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

*6. Nesse cenário, torna-se imperativa a repressão aos atos de corrupção, em suas diversas formações, praticados pela pessoa jurídica contra a Administração Pública nacional e estrangeira. Observe-se que a Administração Pública aqui tratada é a Administração dos três Poderes da República - Executivo, Legislativo e Judiciário - em todas as esferas de governo - União, Distrito Federal, estados e municípios -, de maneira a criar um sistema uniforme em todo o território nacional, fortalecendo a luta contra a corrupção de acordo com a especificidade do federalismo brasileiro.*

Entretanto, aos órgãos e pessoas jurídicas descritas no Decreto-lei no 200, de 1967 devem ser acrescentadas, no rol da Administração Pública indireta, os consórcios públicos introduzidos pela Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005 (regulamentada pelo Decreto no 6.107, de 7 de janeiro de 2007). Maria Sylvania Zanella Di Pietro<sup>20</sup> esclarece que os consórcios são “associações formadas por pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), com personalidade de direito público ou de direito privado, criadas mediante autorização legislativa, para a gestão associada de serviços públicos”.

Os consórcios públicos podem ser constituídos com personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, sendo a primeira identificada com a expressão associação pública, entidade pertencente à Administração Pública indireta de todos os entes consorciados; já a segunda atenderá aos requisitos da legislação civil, excluída da estrutura formal ou subjetiva da Administração Pública, conforme transcrição da Lei nº 11.107, de 2005:

*Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:*

*I - de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;*

*II - de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.*

*§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados. (...)*

<sup>20</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. Cit., p. 546-551.

## 4.2. O Suborno e Demais Atos Lesivos Transnacionais

### 4.2.1. Administração Pública Estrangeira

A LAC não se limita a proteger a Administração Pública nacional, alcançando, também, a estrangeira, quando sofra atos lesivos no Brasil, ou naqueles praticados por pessoa jurídica brasileira em território estrangeiro, em razão de compromissos internacionais<sup>21</sup> firmados pelo Brasil para combater a corrupção.

Ao contrário do comentado no tópico anterior, a LAC trouxe, no § 1º do art. 5º, uma definição clara de quais órgãos e entidades estrangeiras poderão ser alvo das condutas ilícitas catalogadas na legislação, conforme transcrição abaixo:

*Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:*

(...)

*§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.*

Por esse dispositivo, a LAC considera Administração Pública estrangeira dentro do conceito clássico de Administração Pública direta e indireta reconhecido no âmbito nacional, de qualquer nível ou esfera de governo.

Entretanto, a norma não se restringe apenas aos órgãos e entidades estatais, haja vista que prescreveu ainda mais, ao equiparar as organizações públicas internacionais<sup>22</sup> ao conceito de Administração Pública estrangeira, conforme dispõe o § 2º do mesmo dispositivo: “Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais”.

No § 3º do art. 5º, a LAC introduziu o conceito de agente público estrangeiro, nos seguintes termos:

*§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitória ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.*

Referida definição foi extraída da Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, conforme prevê o art. 1º, item 4, letra “a”:

**DECRETO Nº 3.678, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2000.**

**Artigo 1. O Delito de Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros**

(...)

<sup>21</sup> Como já tratado, o Brasil é signatário de três convenções internacionais que exerceram influência direta na legislação anticorrupção, quais sejam: Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), promulgada pelo Decreto no 3.678, de 30 de novembro de 2000; a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos, promulgada mediante Decreto no 4.410, de 7 de outubro de 2002; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada via Decreto no 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

<sup>22</sup> São exemplos de organizações públicas internacionais: Organização das Nações Unidas (ONU), Organização dos Estados Americanos (OEA), Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), Organização Internacional do Trabalho (OIT), Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Organização Mundial da Saúde (OMS), Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), Organização Mundial do Comércio (OMC), Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), dentre outras.

4. Para o propósito da presente Convenção:

a) “funcionário público estrangeiro” significa qualquer pessoa responsável por cargo legislativo, administrativo ou jurídico de um país estrangeiro, seja ela nomeada ou eleita; qualquer pessoa que exerça função pública para um país estrangeiro, inclusive para representação ou empresa pública; e qualquer funcionário ou representante de organização pública internacional;

O conceito previsto na LAC é autoexplicativo: abrange qualquer agente vinculado a cargo, emprego ou função pública, em qualquer nível ou subdivisão de governo estrangeiro, do federal ao municipal, representação diplomática de país estrangeiro ou organização pública internacional, não importando se o vínculo é transitório ou permanente, remunerado ou não.

#### 4.2.2. Atos lesivos transnacionais

Consoante previsão do art. 28, a LAC terá aplicação extraterritorial se os atos lesivos previstos em seu art. 5º forem praticados por pessoa jurídica brasileira contra a Administração Pública estrangeira. O legislador optou pela incidência do princípio da extraterritorialidade incondicionada<sup>23</sup>, ou seja, o único requisito para alcançar atos cometidos fora do País é o do próprio art. 28<sup>24</sup>. Trata-se de uma regra excepcional, baseada na necessidade de o Estado proteger e tutelar certos bens e interesses, permitindo, assim, punir a pessoa jurídica brasileira, em razão da soberania que deve ser respeitada.

A LAC adota o critério da nacionalidade ativa<sup>25</sup>, conforme dispõe o art. 28, ou seja, o Brasil terá jurisdição sobre casos em que a pessoa jurídica brasileira praticar atos contra a Administração Pública estrangeira.

O suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais, conhecido como **suborno transnacional**, ganhou especial atenção com a promulgação da Lei Anticorrupção. A responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de suborno transnacional resulta de várias disposições da LAC que, juntas, estabelecem que: as pessoas jurídicas são objetivamente responsáveis por atos lesivos cometidos em detrimento de bens públicos estrangeiros, de princípios da administração pública ou de compromissos internacionais assumido pelo Brasil, cometidos no interesse ou em benefício da pessoa jurídica.<sup>26</sup>

Os atos lesivos estão especificamente listados no art. 5º da LAC, e para os casos de suborno transnacional destaca-se o inciso I, que condena a prática de “*prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada*”, o que abrange também funcionário público estrangeiro.

Importante registrar o conceito de suborno transnacional conferido pela Convenção Interamericana de Combate à Corrupção, da Organização dos Estados Americanos, ratificada com a promulgação do Decreto nº 4.410, de 2002, abaixo transcrito:

DECRETO Nº 4.410, DE 7 DE OUTUBRO DE 2002.

*Artigo VIII*

*Suborno transnacional*

*Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte proibirá e punirá o oferecimento ou outorga, por parte de seus cidadãos, pessoas que tenham residência habitual em seu território e empresas domiciliadas no mesmo, a um funcionário público de outro Estado, direta ou indiretamente, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outros*

<sup>23</sup> HEINEN, Juliano. Comentários à Lei Anticorrupção - Lei no 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 305.

<sup>24</sup> Art. 28: Esta Lei aplica-se aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior.

<sup>25</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei Anticorrupção comentada. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 311.

<sup>26</sup> Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: (...)

*benefícios, como dádivas, favores, promessas ou vantagens em troca da realização ou omissão, por esse funcionário, de qualquer ato no exercício de suas funções públicas relacionado com uma transação de natureza econômica ou comercial.*

*Entre os Estados Partes que tenham tipificado o delito de suborno transnacional, este será considerado um ato de corrupção para os propósitos desta Convenção.*

*O Estado Parte que não tenha tipificado o suborno transnacional prestará a assistência e cooperação previstas nesta Convenção relativamente a este delito, na medida em que o permitirem as suas leis.*

Dessa forma, se uma empresa privada brasileira realizar uma oferta, promessa ou pagamento de benefício pecuniário ou qualquer outra vantagem indevida, diretamente ou por meio de intermediários, a agente público estrangeiro, para obtenção de um proveito que resulte em prejuízo à Administração Pública estrangeira, em transações comerciais realizadas no exterior, restará configurado o suborno transnacional e o ente privado poderá ser responsabilizado administrativamente no Brasil, por meio de PAR, nos termos da LAC.

Não obstante, importante ressaltar novamente que a LAC não se restringiu a coibir a prática do suborno transnacional. A legislação brasileira atendeu às recomendações constantes da mencionada Convenção Internacional, mas também foi além, ao prever a responsabilização não só do suborno transnacional, mas também de outros ilícitos quando praticados em face da Administração Pública estrangeira. Portanto, no caso brasileiro, pode-se falar em atos lesivos transnacionais, uma vez que todo o rol constante do art. 5º é passível de responsabilização e não somente a hipótese do suborno.

Interessante notar que apesar da previsão dos atos lesivos transnacionais admitirem uma aplicação extraterritorial da norma, tal requisito não é exigência para sua aplicação. Em outras palavras, a definição de ato transnacional não está vinculada à prática do ato fora do território nacional. Em verdade, o ato lesivo é definido como transnacional a partir da característica do ente lesado, ou seja, se é nacional ou estrangeiro. De modo que, pode-se inclusive vislumbrar ocorrência de ato lesivo transnacional quando o pagamento de vantagem indevida a agente público estrangeiro foi efetivado em solo brasileiro. Outra hipótese é a de fraude a processo licitatório conduzido por órgão da administração pública estrangeira para reformar a sede de consulado estabelecido no Brasil.

Por fim, vale destacar que a CGU possui competência exclusiva para instaurar e julgar os Processos Administrativos de Responsabilização relativos a ato lesivo transnacional, praticado por pessoa jurídica brasileira contra a Administração Pública estrangeira, conforme art. 9º da LAC:

*Art. 9º. Competem à Controladoria-Geral da União - CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no Artigo 4 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto no 3.678, de 30 de novembro de 2000.*

## 5. SUJEITO ATIVO DO ATO LESIVO: QUEM RESPONDE PERANTE A LEI?

O Direito Civil e o Direito Administrativo brasileiro vêm adotando a teoria da realidade (personalidade real ou orgânica) da existência de pessoas jurídicas de direito privado, reconhecendo suas personalidades jurídicas próprias. Por essa teoria, as pessoas jurídicas não são uma simples ficção jurídica; tratam-se, pois, de entes reais (vivos e ativos) que têm o dever de se organizar corretamente, podendo ser responsabilizadas quando deixam de empregar controles e precauções capazes de garantir que suas atividades sejam desenvolvidas de maneira ética e lícita.

Isso posto, as pessoas jurídicas são detentoras de direitos e obrigações jurídicas, e podem transitar nos polos ativo e passivo de processos administrativos e judiciais.

Destarte, os arts. 1º e 2º da LAC instituem quem são os sujeitos ativos dos atos lesivos nela previstos:

*Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.*

*Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.*

*Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.*

O elenco das pessoas jurídicas de direito privado encontra-se no art. 44 do Código Civil, conforme se lê:

*Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:*

*I - as associações;*

*II - as sociedades;*

*III - as fundações.*

*IV - as organizações religiosas;*

*V - os partidos políticos.*

*VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.*

Dessa forma, da leitura conjunta da LAC e do Código Civil, se depreende que sociedades empresárias, sociedades simples e fundações, personificadas ou não, nacionais ou estrangeiras, são alcançadas pela LAC, desde que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, mesmo que temporariamente.

Sendo assim, uma eventual empresa com sede em outro país, que prometeu, após 29 de janeiro de 2014 (início da vigência da LAC), vantagem indevida a agente público brasileiro no exterior será alcançada pela LAC, desde que tenha constituída alguma representação no território nacional. Em tal circunstância, essa será processada, no Brasil, por meio de PAR, além do cabimento, em tese, também do processo judicial.

O conceito de representação trazido pela LAC deve ser interpretado com auxílio de outras normas constantes do ordenamento pátrio. Mediante interpretação sistemática, entende-se que a norma buscou alcançar todas aquelas pessoas jurídicas que, de algum modo, outorgaram poderes para outras pessoas atuarem em seu nome. Em direito empresarial, o meio mais comum dessa forma de representação se dará

pela constituição de filial no território brasileiro. Todavia, a norma não se limitou a tal situação. Sobre o assunto, é importante relembrar que o Capítulo X do Código Civil, em especial o art. 653, traz um conceito de mandato, indicando que o mesmo se opera “quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses”. Logo a representação indicada pela LAC poderá ser exercida por meio de empresas de representação comercial, escritórios de advocacia ou despachantes.

É preciso mencionar, ainda, a situação da EIRELI - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, ou seja, posteriormente ao envio do projeto da LAC ao Congresso Nacional. Apesar desta questão temporal, a EIRELI também pode ser responsabilizada, nos termos da LAC. Nesse sentido, o Enunciado CGU nº 17, de 2017, nos seguintes termos:

*Enunciado CGU nº 17, de 11 de setembro de 2017*

*APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013 À EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - EIRELI. A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) está sujeita à responsabilização administrativa prevista na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.*

*(Publicado no DOU de 12/09/2017, Seção I, página 31)*

A exposição de motivos do referido Enunciado<sup>27</sup> consigna que a natureza jurídica da EIRELI é discutida por duas correntes distintas. A primeira entende que seria uma nova espécie de sociedade, e a segunda argumenta que não se trata de uma sociedade empresária, mas, sim, um novo ente jurídico personificado, ou seja, uma nova pessoa jurídica que possui responsabilidade limitada<sup>28</sup>.

É possível perceber, porém, que, independentemente da interpretação quanto à natureza jurídica da EIRELI, a mesma permanece ao alcance da LAC, seja contemplada no caput do art. 1º da Lei 12.846, de 2013 (se considerada novo tipo de pessoa jurídica), seja no parágrafo único do mesmo artigo, se sociedade empresária.

Registre-se, ainda, que a referida exposição de motivos traz também o entendimento de que o empresário individual não é pessoa jurídica, mas pessoa física, equiparada para os fins de registro no CNPJ e recolhimento de impostos, a ele não se aplicando, portanto, a Lei Anticorrupção<sup>29</sup>. Da mesma forma, a LAC não se aplica ao microempreendedor individual, figura que é apenas uma qualificação adotada para o empresário individual, nos termos do § 1º do art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Aqui cabe mencionar, ainda, a possibilidade de os efeitos das sanções previstas na LAC alcançarem pessoas naturais, em vista da previsão do art. 14, que versa sobre a desconsideração da personalidade jurídica, a ser tratada em tópico específico deste Manual.

Por fim, destaca-se ainda que o sistema previsto na LAC, além das pessoas jurídicas empresariais, alcança aquelas do terceiro setor, tais como as OSCIPs - Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e as OS - Organizações Sociais, quando do envolvimento com atos de corrupção. A bem da verdade, tais instituições são pessoas jurídicas que, por qualificação ou outra forma de credenciamento junto ao Poder Público, ganham a condição de OSCIP ou OS. Cumpre ressaltar que a relação dessas entidades com a Administração não se dá por meio de contratos administrativos, mas por outros similares, a exemplo dos convênios, acordos, ajustes, contratos de repasse, contratos de gestão e congêneres, conforme previsto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 1993.

<sup>27</sup> <http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/comissao-de-coordenacao-de-correicao/arquivos/exposicao-de-motivos-enunciado-no-17.pdf>

<sup>28</sup> Segundo a posição estabelecida no Código Civil (art. 44, inciso VI), a empresa individual de responsabilidade limitada possui personalidade jurídica própria e responsabilidade limitada ao capital social integralizado, e constitui-se em forma diversa das figuras do empresário individual e da sociedade empresária.

<sup>29</sup> Eventual prática ilícita do empresário individual, em relação com a Administração Pública, poderá implicar responsabilidade com base em outras normas como, por exemplo, Código Penal, Código Civil e Lei de Improbidade Administrativa.

## 6. RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Normativamente, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica está prevista no art. 2º da LAC, segundo o qual:

*Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.*

Para adequada compreensão, porém, também é preciso conhecer o art. 3º da mesma lei, que reforça o caráter objetivo da responsabilização, ao afirmar a independência em relação à responsabilidade das pessoas físicas de alguma maneira envolvidas com o ato lesivo.

Em que pese a existência de teses contrárias, Márcio de Aguiar Ribeiro sustenta a constitucionalidade da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, com fundamento nos seguintes aspectos:

- a) Princípio da Função Social da Empresa. Uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 170, determina que o desenvolvimento da atividade econômica deve assegurar a todos existência digna, conforme ditames de justiça social, “não se discute que na nova ordem constitucional as empresas não podem ser reduzidas a meros instrumentos de auferição exclusiva de lucros aos seus proprietários, devendo concorrer para a realização do bem comum, como, por exemplo, na atuação conjunta com o Poder Público para melhor combater a corrupção”<sup>30</sup>;
- b) Manifestação da função social da empresa pelo regime de incentivos ao exercício da empresa e pelo regime de condicionamentos ou vinculações a tal exercício.
- c) Princípio da moralidade administrativa.

André Pimentel Filho, citado por Márcio Ribeiro<sup>31</sup>, assim leciona:

*E muito embora seja uma característica geral do Direito Administrativo Sancionador, como manifestação do direito de punir condutas socialmente lesivas, a consideração do elemento volitivo do agente, de modo a se evitar sanções imerecidas e se prestigiar a razoabilidade, trata-se de exceção válida e sem qualquer mácula de inconstitucionalidade. A responsabilidade objetiva, neste caso, direcionada exclusivamente em face de pessoas jurídicas, é trazida por meio de lei formal, que tem como escopo tutelar a contento direito de repercussão social gravíssima, o direito à probidade nos negócios do estado e entre particulares e esse.*

Assim, na sistemática legal atual, a responsabilização civil e administrativa lastreada na prática de ato lesivo previsto na LAC demandará a demonstração da ocorrência do ato lesivo em si e o nexo causal com a atuação direta ou indireta da empresa, por meio da demonstração de que o ato fora praticado no interesse ou benefício, exclusivo ou não, da pessoa jurídica.

<sup>30</sup> RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à luz da Lei Anticorrupção Empresarial. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017, p. 43.

<sup>31</sup> Idem, p. 46.

## 7. ESTABILIDADE DA RESPONSABILIDADE

A responsabilização administrativa dos entes privados tem fundamento no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013. Como decorrência do princípio da legalidade (art. 37, caput, da Constituição Federal), a punição às pessoas jurídicas no âmbito da LAC exige provas de condutas que se encaixem nas hipóteses de atos lesivos positivadas pelo legislador.

A Lei nº 12.846, de 2013, apresenta novidades acerca da imputação de responsabilidade administrativa à pessoa jurídica no contexto de modificação da estrutura ou das relações com outras sociedades privadas. O foco da análise consiste, sobretudo, no art. 4º da LAC e respectivos parágrafos, in verbis:

*Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.*

*§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.*

*§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.*

A disciplina legal demanda o exame dos seguintes tópicos: (i) alterações contratuais e estatutárias; (ii) solidariedade. Apesar da escassa literatura sobre os assuntos, serão abordados os elementos conceituais, conjugando-os com os aspectos práticos na condução das ações de responsabilização dos entes privados. Sem dúvida, o estudo merecerá revisões à medida que se pacifiquem os entendimentos, principalmente por meio da consolidação de jurisprudência dos tribunais pátrios e de orientações gerais administrativas na forma do art. 30 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB)<sup>32</sup>.

### 7.1. Alterações Contratuais e Estatutárias

As sociedades privadas são constituídas mediante contrato (art. 997 do Código Civil) ou estatuto (art. 2º da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976). Tendo em vista vantagens mercantis ou tributárias, elas podem efetuar operações que reconfiguram as relações internas da pessoa jurídica ou dão outro arranjo jurídico para atuação em face de terceiros. Para isso, o ato inaugural deve sujeitar-se a modificações, a fim de redistribuir direitos e obrigações ou pôr fim à atividade e existência da respectiva sociedade.

No que tange à Lei nº 12.846, de 2013, as operações societárias têm relevância em função da assunção da responsabilidade pelos atos lesivos praticados pelo ente privado. Importa ao Estado saber quem suportará as consequências das infrações capituladas no art. 5º da LAC. Nesse sentido, o legislador deu tratamento de acordo com a espécie de operação e o relacionamento entre as sociedades. Em todo caso, o caput do art. 4º da Lei nº 12.846, de 2013, assegura a responsabilidade da pessoa jurídica que lesou a Administração Pública a despeito de tais circunstâncias, estabilizando-a em face da dinâmica do ambiente empresarial.

A questão envolve a transmissão da responsabilidade de cumprir o comando do art. 6º da Lei Anticorrupção (multa, publicação extraordinária de decisão condenatória e reparação integral do dano) e do art. 19 (perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração; suspensão ou interdição parcial de suas atividades; dissolução compulsória da pessoa

<sup>32</sup> Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

jurídica; proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 e máximo de 5 anos). Já que o enfoque deste manual consiste na responsabilização administrativa dos entes privados, concentrar-se-á a discussão na incidência do art. 6º no contexto das operações societárias para orientação dos Processos Administrativos de Responsabilização (PAR).

### 7.1.1. Transformação

A transformação é operação que redefine o tipo societário, independentemente de dissolução ou liquidação da pessoa jurídica<sup>33</sup>. Por exemplo, trata-se da faculdade de converter uma sociedade limitada em sociedade anônima, nos termos do art. 1.113 do Código Civil.

A transformação não extingue a sociedade original. O ato visa, especialmente, à modificação da disciplina do relacionamento entre os sócios e da sociedade com terceiros. Nada obstante, a personalidade jurídica permanece incólume.

*A transformação 'não incide sobre a identidade da sociedade, a qual permanece, mesmo depois da transformação, a mesma sociedade de antes e conserva os direitos e as obrigações anteriores à transformação'.<sup>34</sup>*

Nesse diapasão, para fins de responsabilização da Lei nº 12.846, de 2013, a transformação não difere das simples alterações do contrato social ou estatuto, porquanto se cingem a elementos que não interrompem a continuidade do sujeito de direito, conforme se depreende dos arts. 997 e 999 do Código Civil.

*Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:*

*I - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;*

*II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;*

*III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;*

*IV - a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;*

*V - as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços;*

*VI - as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;*

*VII - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;*

*VIII - se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.*

*(...)*

*Art. 999. As modificações do contrato social, que tenham por objeto matéria indicada no art. 997, dependem do consentimento de todos os sócios; as demais podem ser decididas por maioria absoluta de votos, se o contrato não determinar a necessidade de deliberação unânime.*

A propósito da transformação, o art. 1.115 do Código Civil é categórico no que diz respeito à proteção de terceiros: “A transformação não modificará nem prejudicará, em qualquer caso, os direitos dos credores.”. A sintonia do art. 4º, caput, da LAC com tal regra é manifesta. Se, após a prática do ato lesivo,

<sup>33</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário. Vol. 1. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 752.

<sup>34</sup> GALGANO, Francesco. Diritto civile e commerciale. 3ª edição. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, tomo II, p. 521, apud TOMAZETTE, Marlon, op. cit., p. 753.

instauração ou conclusão do PAR, sobrevier a transformação societária, bem como ocorrerem modificações contratuais ou estatutárias, nada impedirá a aplicação das medidas do art. 6º da Lei Anticorrupção.

*A transformação não afeta a personalidade jurídica da PJ infratora. Não cria hipótese de outra pessoa jurídica responsável. Por isso, não foi tratada no § 1º do art. 4º [da Lei nº 12.846/2013].<sup>35</sup>*

### 7.1.2. Cisão

A cisão opera-se pela divisão do patrimônio da pessoa jurídica, para transmitir as parcelas a outras sociedades com extinção da entidade original (cisão total) ou sua manutenção (cisão parcial) nos termos do art. 229, caput, da Lei nº 6.404, de 1976<sup>36</sup>.

O caput do art. 4º da Lei nº 12.846, de 2013, menciona a operação de cisão, porém ela não consta da redação do § 1º, que alude somente à fusão e à incorporação. Desse modo, depreende-se a intenção do legislador de que seja aplicada a mesma regra aplicável aos casos de alteração contratual e transformação societária.

Com efeito, verifica-se inclusive respaldo doutrinário no sentido de aplicação irrestrita do art. 6º da LAC, com fulcro no caput do art. 4º:

*Assim, em outras palavras, a pessoa jurídica sucessora de outra que sofreu processo de transformação ou de cisão responderá integralmente pelos eventuais atos ilícitos praticados pela pessoa jurídica transformada ou cindida, sujeitando-se a todas as sanções legais cabíveis; (...).<sup>37</sup> (grifos acrescentados)*

### 7.1.3. Incorporação e fusão

A incorporação e a fusão são operações distintas, porém, comungam do fato de que a pessoa jurídica incorporada ou fundida extinguem-se em ambos os casos.

Para esclarecimento, cumpre registrar que a incorporação consiste na absorção de uma ou mais sociedades por outra, que mantém a própria personalidade, sucedendo-lhes os direitos e as obrigações correspondentes, na forma do art. 1.116 do Código Civil. Por sua vez, a fusão opera-se mediante a reunião de duas ou mais sociedades, para a criação de outra diferente das primitivas, sucedendo-as também nos direitos e nas obrigações, conforme art. 1.119 do Código Civil.

O art. 4º, § 1º, da LAC, regulamenta explicitamente as duas situações, limitando a responsabilidade da incorporadora e da sucessora (na fusão) ao pagamento da multa e da reparação do dano até o valor do patrimônio auferido com a operação.

Nessa toada, a publicação extraordinária da decisão condenatória não é, em regra, extensível à incorporadora ou à sucessora, tendo em vista que incide sobre a pessoa do infrator (honra objetiva), o que a torna uma “obrigação infungível” na linguagem civilista<sup>38</sup>.

Entretanto, o art. 4º, § 1º, in fine, da Lei nº 12.846, de 2013, excepciona a limitação:

*§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio*

<sup>35</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 4º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei Anticorrupção Comentada. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 66.

<sup>36</sup> Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

<sup>37</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Comentários à Lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 94.

<sup>38</sup> A obrigação é infungível (ou personalíssima), se somente puder ser adimplida pelo devedor (art. 247 do Código Civil). Neste caso, as qualidades essenciais, os atributos ou as habilidades da pessoa preponderam sobre o resultado esperado da obrigação (CARNACCHIONI, Daniel. Manual de Direito Civil. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 533-537.).

*transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.*

Se o negócio jurídico de incorporação ou fusão contiver vícios de simulação ou fraude, o art. 6º incidirá, na íntegra, em desfavor dos sucessores da sociedade que lesou a Administração Pública (multa, publicação extraordinária da decisão condenatória e reparação total do dano, excluído também o limite do valor do patrimônio transferido pelo ente privado extinto).

A simulação e a fraude são evidentes nos negócios jurídicos celebrados a fim de subtrair a sociedade infratora dos efeitos concretos das sanções da Lei nº 12.846, de 2013, ou seja, para evitar a imputação da responsabilidade. O art. 167, § 1º, do Código Civil elenca alguns casos de simulação que poderão servir como baliza, na análise e interpretação dos casos concretos:

*Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.*

*§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:*

*I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;*

*II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;*

*III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.*

Sobre a questão, José Roberto Pimenta Oliveira preleciona que:

*A simulação ou fraude deverá ser comprovada no processo administrativo de responsabilização por todos os meios lícitos de prova admitidos no ordenamento jurídico. Tanto a pessoa jurídica infratora como a pessoa jurídica responsável deverão ser notificadas e integradas ao processo administrativo, que deverá observar o devido processo legal, com contraditório e ampla defesa. A Administração Pública não poderá desconstituir por ato administrativo a operação jurídico-societária, negócio jurídico por excelência, governado pelas normas civis em vigor. A ilicitude na operação jurídico-societária deverá ser reconhecida pela decisão administrativa final do PAR, e terá efeitos jurídico-administrativos.<sup>39</sup>*

A lição do doutrinador arrima-se no fato de que os negócios jurídicos simulados são nulos, não convalidando por confirmação ou decurso do tempo (arts. 167, caput, e 169 do Código Civil). Por isso, a Administração deve desconsiderar a operação “de fachada” para impor as sanções ao sucessor formal, preservando as garantias processuais dos entes privados envolvidos no negócio jurídico maculado.

39 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, op. cit., p. 73.

## 8. SOLIDARIEDADE

No tocante às obrigações de pagamento da multa e reparação integral do dano, o art. 4º, §2º, da Lei nº 12.846, de 2013 atribui a solidariedade passiva às sociedades controladoras, controladas, coligadas e, no âmbito do respectivo contrato de consórcio, às consorciadas.

O instituto não tem pertinência com o regime legal do concurso de pessoas (arts. 29 e 30 do Código Penal), descabendo a discussão sobre coautoria ou participação nos atos lesivos da Lei nº 12.846, de 2013, o que implicaria averiguação de elemento subjetivo dos envolvidos nas condutas, em desacordo com a regra de responsabilização objetiva prevista nos arts. 1º e 2º da mesma lei. Caso existam elementos probatórios indicando a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica do mesmo grupo econômico, ela deve responder ao PAR e sujeitar-se integralmente às sanções cabíveis. Na hipótese aventada pelo § 2º do art. 4º, não há qualquer indício ou evidência de que as pessoas jurídicas controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas tenham concorrido para a prática do ato.

As definições das sociedades aludidas pelo dispositivo sob exame são objeto do Código Civil e da Lei nº 6.404, de 1976.

### 8.1. Controladoras e Controladas

São transcritos abaixo os dispositivos relevantes para o entendimento da matéria.

#### *CÓDIGO CIVIL*

*Art. 1.098. É controlada:*

*I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;*

*II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.*

*Lei nº 6.404/76*

*Art. 243. (...)*

*§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.*

Adota-se, assim, o critério do poder de ingerência na administração. Por conseguinte, de acordo com o art. 1.098 do Código Civil e art. 243, § 2º, acima transcrito, a controladora existe se tiver o direito à maioria de votos em deliberações e o poder de eleger a maioria dos administradores de maneira permanente, ainda que indiretamente, isto é, por meio de outra sociedade.

### 8.2. Coligadas

Nos termos do artigo 1.098 do Código Civil, são coligadas ou filiadas as sociedades em que uma detenha uma participação de 10% ou mais do capital da outra sem controla-la.

Todavia, como bem aponta Tomazette<sup>40</sup>, a Lei das sociedades anônimas (art. 243, §§1º e 4º, Lei nº 6.404/76), com a redação introduzida em 2009, passou a considerar coligada as sociedades nas quais a investidora tem influência significativa, ou seja, o poder de participar nas decisões das políticas financeira

<sup>40</sup> TOMAZETTE, Op.Cit., p.767.

ou operacional da investida, sem controla-la. Ainda na disciplina da Lei nº 6.404, a existência desse poder é será presumida quando a investidora possui participação no capital da investida, igual ou superior a 20% do capital votante (art. 243, §5º). Há que se atentar, todavia, que a regra estabelecida pela Lei nº 6.404/76 só se aplica para os propósitos previstos na Lei das Sociedades Anônimas, a teor do que dispõe a Lei nº 11.941/2009, que alterou os conceitos de sociedades coligadas:

*Art. 46. O conceito de sociedade coligada previsto no art. 243 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com a redação dada por esta Lei, somente será utilizado para os propósitos previstos naquela Lei.*

*Parágrafo único. Para os propósitos previstos em leis especiais, considera-se coligada a sociedade referida no art. 1.099 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.*

### 8.3. Consorciadas

Na lição de Tomazette, “o consórcio é um contrato associativo entre sociedades independentes ou subordinadas que não é dotado de personalidade jurídica, embora haja o arquivamento do contrato.”<sup>41</sup> Dispõem os arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 1976 que as sociedades podem consorciar-se mediante contrato, para a execução de empreendimento específico. Portanto, os consórcios, diferentemente dos demais grupos de sociedade, não visam a perenidade de objetivos comuns, mas apenas a realização de empreendimentos determinados.

### 8.4. Efeitos da Solidariedade

Ao imputar a solidariedade passiva às sociedades em tela, o art. 4º, §2º, da LAC, permite à Administração demandar do infrator ou das demais pessoas jurídicas com ele relacionadas, isolada ou conjuntamente, o montante integral da multa e do prejuízo, por força dos arts. 264 e 275 do Código Civil. Trata-se de nova hipótese legal de solidariedade passiva (art. 265 do Código Civil).

Diferentemente do § 1º do art. 4º, o § 2º não impõe limite à cobrança do débito. A Administração está autorizada a exigir o valor total de qualquer corresponsável. Em seguida, o ente privado que efetuou o pagamento poderá cobrar o infrator, em ação regressiva, com fundamento no art. 934 do Código Civil<sup>42</sup>; este potencial litígio, porém, diz respeito à relação interna dos devedores solidários, não interessando à Administração.

Segundo Pimenta Oliveira, há motivo para a distinção do art. 4º:

*A nosso parecer, há fatores que autorizam o tratamento diferenciado em cada parágrafo do art. 4º. A principal circunstância está em que, no parágrafo segundo, a administração pública nacional ou estrangeira encontra-se em face do mesmo ‘grupo econômico de fato e de direito’, situação não configurada no dispositivo antecedente, e que reforça a ausência de limitação dos valores devidos, objeto de possível exigibilidade em face das PJs responsáveis.<sup>43</sup>*

É importante frisar que as consorciadas têm uma restrição especial. A regra faz expressa vinculação da solidariedade pelos atos lesivos ao “âmbito do respectivo contrato” do consórcio, o que acarreta juízo de valor sobre a pertinência da conduta com o objeto do negócio jurídico do infrator com a consorciada. A mera celebração de consórcio não basta.

Por fim, vale destacar que a exigibilidade da multa ou indenização alcança somente as pessoas jurídicas que tiverem respondido ao PAR que resultou na condenação. Em face das demais, mesmo que correspon-

41 Idem, p.776.

42 Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

43 Idem, p. 79.

sáveis, a decisão será ineficaz<sup>44</sup>. Tal entendimento tem fundamento no art. 5º, LV, da Constituição Federal, que prevê a garantia ao contraditório e à ampla defesa.

Nessa linha, Pimenta Oliveira alerta:

*Com o olhar nas disposições civilistas sobre solidariedade passiva, tem-se a possível aplicação do art. 280: todos os devedores respondem pelos juros de mora, ainda que a ação judicial tenha sido proposta somente contra um; mas o culpado responde aos outros pela obrigação acrescida. No regime da Lei nº 12.846, sociedade infratora será alvo da ‘responsabilização administrativa’, na via do PAR, e ‘judicial’, na via do processo judicial instaurado pela propositura da ação civil pública. A multa está na primeira vertente de responsabilização. Para acionar PJ solidariamente responsável, esta deverá ter assegurado o contraditório e a ampla defesa, já que a obrigação decorre da prática do ato ilícito.*

*A obrigação de reparação de danos causados pela sociedade infratora será objeto de processo administrativo específico (PERD), que poderá resultar na propositura de ação de execução fundada na LEF/CPC, ou apenas no CPC, conforme o caso. Para acionar PJ solidariamente responsável ao cumprimento da obrigação, esta deverá ter igualmente assegurado o contraditório e a ampla defesa, já que a obrigação decorre de ato ilícito.*

*A PJ solidariamente responsável poderá ser processada em processo exclusivo, e não poderá opor ao Poder Público o fato da responsabilidade originária alocar-se [sic] na órbita da sociedade infratora. Deverá efetuar o pagamento da reparação do dano causado e da multa (e, a nosso sentir, do perdimento de bens), com o acréscimo legal de juros de mora, e, posteriormente, em via própria, ressarcir-se destas verbas em face da sociedade infratora.*

*As pessoas jurídicas solidariamente responsáveis, nos limites do art. 4º, § 2º da Lei nº 12.846, podem arguir em face da Administração Pública nacional ou estrangeira as denominadas exceções comuns, valendo o princípio inscrito no art. 281, do Código Civil, ou seja, matéria de defesa passível de ser arguida pela pessoa jurídica infratora e pelas PJs solidariamente responsáveis. Podem ser arroladas como comuns teses defensivas como consumação do prazo prescricional (nesta hipótese, para multa civil e perdimento de bens), ausência de tipicidade da conduta descrita na ação à luz dos tipos legais, nulidade do processo administrativo de responsabilização etc.<sup>45</sup> (grifos acrescentados)*

Preservados o contraditório e a ampla defesa aos corresponsáveis, nada obsta à Administração executar a cobrança em face de qualquer um dos “litisconsortes”, inclusive nos termos do art. 13, parágrafo único, da Lei nº 12.846/2013, segundo o qual:

*Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.*

*Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.*

<sup>44</sup> Como a solidariedade passiva configura típico exemplo de litisconsórcio facultativo e não unitário, pode-se atrair a inteligência do art. 115 do Código de Processo Civil, cuja incidência é supletiva e subsidiária aos processos administrativos (art. 15): “Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será: I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo; II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.” (frisamos).

<sup>45</sup> Idem, pp. 75-76.

## 9. ATOS LESIVOS: QUAIS CONDUTAS GERAM RESPONSABILIZAÇÃO?

O artigo 5º da Lei nº 12.846, de 2013, ao prever o rol de atos lesivos à Administração Pública, visa à tutela não só do patrimônio público nacional e estrangeiro, mas também dos princípios que orientam a Administração e dos compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil.

Para a aplicação do referido dispositivo, mostra-se essencial que o intérprete tenha a compreensão de que a tipicidade administrativa contempla expressões mais amplas e, por vezes, até mesmo conceitos jurídicos indeterminados, no intuito de abranger uma maior gama de fatos.

Nessa linha, segundo a doutrina de Márcio de Aguiar Ribeiro, “é o nível de detalhamento da conduta vedada que costuma ser um dos principais diferenciais entre a ‘tipicidade penal’ e a ‘tipicidade administrativa’.”

A doutrina divide os atos de corrupção previstos no artigo 5º em dois grupos: i) atos de corrupção em geral e ii) atos de corrupção atinentes a processos licitatórios e contratos administrativos<sup>46</sup>.

Como se vê, o legislador destinou dispositivos específicos para a previsão de atos lesivos relacionados a processos licitatórios e à execução de contratos administrativos. Isso porque é nessa seara de contratação com a Administração que reside a maior parte dos atos de corrupção na esfera pública. Trata-se de um tema que desperta uma preocupação global, o que se constata no artigo 9 da Convenção da ONU contra a corrupção, que traz diretrizes específicas sobre a contratação e a gestão da fazenda pública.

Pois bem. Antes de analisar cada um dos incisos constantes do art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, é preciso deixar claro que a configuração da prática de atos lesivos em face da Administração Pública demanda não apenas a subsunção de um fato ao tipo previsto no referido dispositivo, mas também a existência de benefício direto ou potencial da pessoa jurídica, além do nexo de causalidade entre a prática do ato infracional e a vantagem auferida ou pretendida<sup>47</sup>.

Com a referida exigência normativa da existência de um benefício, ainda que potencial, afasta-se a possibilidade de imputação automática de responsabilidade ao ente privado. Como decorrência, deve-se comprovar que o ato lesivo teve como fim beneficiar a pessoa jurídica, ainda que a vantagem não tenha se materializado.

A título de exemplo, imagine-se que uma pessoa jurídica pagou uma viagem para um hotel de luxo a um agente público ou a alguém por ele indicado, conduta essa que se amolda na ilicitude capitulada no inciso I do art. 5º da Lei Anticorrupção. Para que se possa responsabilizar a pessoa jurídica no âmbito da LAC, o primeiro elemento a ser demonstrado no âmbito do PAR é o efetivo pagamento, pela empresa, das despesas da viagem e da estadia para esse agente público ou pessoa por ele indicada, que seria a ocorrência fática do ato lesivo em questão.

No entanto, tal comprovação não é suficiente para a responsabilização da pessoa jurídica, sendo necessário demonstrar o segundo elemento: comprovar que o custeio dessa viagem ao agente público está relacionado a algum interesse ou benefício à pessoa jurídica corruptora, ainda que não exclusivamente a ela. Assim, adicionalmente, é necessário delinear a correlação entre o ato lesivo praticado e algum benefício/interesse da pessoa jurídica envolvida. Importante destacar que, pela própria natureza dos atos de corrupção, muitas vezes o benefício/interesse da pessoa jurídica decorre justamente da posição e função que o agente público envolvido no ato lesivo exerce na Administração que por si só já atraem competências que podem gerar consequências positivas ou negativas para a pessoa jurídica. Portanto, o benefício almejado ou interesse que a pessoa jurídica possui na relação escusa pode ser potencial e não necessariamente ter se concretizado na situação sob apuração.

Considerando que o exercício do poder sancionador pelo Estado pressupõe que a conduta praticada pelo agente (por ação ou omissão) tenha prévia cominação legal, e que a LAC trouxe a expressão **assim**

46 RIBEIRO, Márcio de Aguiar, Op. Cit., p. 161.

47 SANTOS, et. al., Op. Cit.

*definidos*, no caput do art. 5º, se conclui que este apresenta um rol taxativo. A seguir, passa-se a analisar cada um dos tipos previstos pela LAC.

## 9.1. Atos Lesivos: Art. 5º, I, III, V

### 9.1.1. Art. 5º, I

*Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público ou a terceira pessoa a ele relacionada.*

De início, inevitável registrar a correlação de tal figura típica com o crime de corrupção ativa previsto no art. 333 do Código Penal e identificar importantes distinções entre as duas tipificações.

É interessante observar que o tipo administrativo prevê expressamente as condutas de prometer, oferecer e dar vantagem indevida a agente público ou terceiro a ele relacionado. Infere-se daí a inovação legislativa em relação à conduta de *dar vantagem indevida*, prática não prevista na tipificação do Código Penal.

Com efeito, trata-se de previsão alinhada com os ideais de promoção da ética e da responsabilidade corporativa, trazidos pela Lei Anticorrupção. Ademais, ao consagrar uma extensão mais ampla ao tipo administrativo, o legislador buscou tornar efetivo compromisso de combate à corrupção assumido pela República Federativa do Brasil, em tratados ratificados no âmbito do sistema global e interamericano de direitos humanos<sup>48</sup>.

Nessa linha e, com o intuito de atrair o comprometimento das empresas com a responsabilidade no combate à corrupção, o Pacto Global das Nações Unidas estabelece que *“As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina” (10º princípio)*.

Ademais, dentre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) previstos em agenda mundial adotada durante a Cúpula das Nações Unidas, estabeleceu-se o de reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas.

No que concerne à configuração do ato lesivo aqui previsto, é de se destacar que não se exige a realização do resultado material. Ou seja, é irrelevante que a pessoa jurídica infratora tenha efetivamente obtido a vantagem motivadora da prática ilegal ou mesmo que se consiga identificar qual era especificamente a finalidade que o pagamento indevido buscava alcançar. Dessa forma, quis a lei justamente responsabilizar os pagamentos de vantagens indevidas por parte de entes privados que, por exemplo, visam somente a “manutenção de boas relações” com agentes do setor público. Trata-se de prática infelizmente ainda verificada por parte de pessoas jurídicas que, em última instância, corrompem a ética da relação público-privada. É o caso, por exemplo, de empresas que distribuem presentes de toda sorte para agentes públicos, ainda que exista previsão expressa no sentido de que não possam aceitar esse tipo de vantagem indevida.

A propósito, outro ponto a destacar é que a “vantagem indevida” referida no tipo nem sempre será econômica, ou pelo menos não o será diretamente; por exemplo, em lugar do pagamento de propina, a pessoa jurídica poderá prometer um emprego para o cônjuge do agente público, incorrendo, ao menos em tese, na conduta vedada por este inciso.

Por fim, cabe aqui lembrar as recomendações internacionais no sentido de que não sejam aceitas como hipóteses de excludentes da responsabilidade da pessoa jurídica, a alegação de que a vantagem indevida foi paga a pedido do agente público, mediante coação ou sob a ameaça de trazer prejuízos à atividade econômica da empresa. Como tem se dito ao longo deste manual, a opção do legislador pelo regime da responsabilidade objetiva não foi mero acaso. Trata-se de impor às empresas privadas um dever de supervisão de seus funcionários no maior padrão de ética possível. Portanto, caso a pessoa jurídica seja vítima de

<sup>48</sup> A exemplo do artigo 15 da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, bem como a Convenção Interamericana contra a corrupção.

corrupção ativa, deve ela comunicar os fatos aos órgãos competentes para apuração e responsabilização do agente público.

### 9.1.2. Art. 5º, II

*Comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática de atos ilícitos previstos na LAC.*

Trata-se de hipótese legal em que a pessoa jurídica será responsabilizada por ter, pelas formas descritas no tipo (financiamento, custeio, patrocínio, subvenção) concorrido para a prática de ato lesivo diverso, por outra pessoa jurídica. Busca-se responsabilizar todo tipo de auxílio a práticas de corrupção.

Tal dispositivo encontra amparo no artigo 27 da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, bem como no artigo 1º da Convenção da OCDE de combate à corrupção de Funcionários estrangeiros. Ambos os tratados encorajam os estados compromissários a adotarem medidas legislativas para tipificação de práticas consubstanciadas em cumplicidade, auxílio ou incitamento de condutas corruptas.

A título de ilustração, a doutrina menciona a hipótese fática em que uma instituição financeira, tendo conhecimento de pretensão fraudatória por parte de determinada pessoa jurídica em procedimento licitatório, financia essa entidade para a prática de suborno de funcionário público responsável pelo certame<sup>49</sup>.

A configuração desse tipo exige a comprovação dos atos de patrocínio ou subvenção por parte da pessoa jurídica. Todavia, não se faz necessária a efetiva concretização do ato corrupto financiado/custeado pela pessoa jurídica. Para sua materialização, a mera cumplicidade da pessoa jurídica instigadora mostra-se suficiente.

Ademais, o tipo normativo não exige que o ato da pessoa jurídica seja exclusivamente de natureza financeira. Percebe-se que a adoção do verbo *subvencionar* amplia o rol de condutas proibidas pela norma. Inserem-se aqui, por exemplo, as condutas de servir de intermediária de pagamentos ilícitos ou simplesmente para ocultar os atos de outra pessoa jurídica. É o caso das empresas tipicamente identificadas como “laranjas”. Como se verá no item seguinte, este inciso visa justamente complementar o inciso III, punindo não somente a empresa que se vale de intermediário para a prática de ato lesivo, mas também aquela que serviu de intermediário.

### 9.1.3. Art. 5º, III

*Comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.*

Decorre de tal previsão normativa que a prática de atos de corrupção por parte de terceiros que agem em nome de determinada pessoa jurídica não a isentará da responsabilização administrativa.

Vale acrescentar que a intenção legislativa foi abarcar os mais variados tipos de contratação de pessoas interpostas, quais sejam: advogados, prepostos, consultores, contadores, dentre outros.

Com isso, torna-se inconcebível qualquer tipo de argumentação que recaia sobre o desconhecimento da pessoa jurídica em relação aos atos praticados por terceiros que a representavam. Exige-se, pois, um dever razoável de cautela por parte da corporação que elege terceiro para atuar em seu nome.

Ademais, é de se registrar que a doutrina associa a referida norma à teoria penal da cegueira deliberada ou teoria do avestruz. Com base em tal teoria, responsabiliza-se aquele que deliberadamente se coloca em condição de ignorância em face de uma circunstância em relação à qual teria dever razoável e objetivo de estar ciente. Nesse sentido como bem adverte a doutrina de Márcio de Aguiar Ribeiro:

<sup>49</sup> SANTOS, et. al., Op. Cit, p. 124.

*A responsabilização de pessoas jurídicas por ato de interposta pessoa será possível tanto em relação aos atos de corrupção em que as primeiras tenham efetiva ciência da ilicitude da conduta levada a efeito quanto em relação às hipóteses de ciência meramente potencial do ilícito, podendo ser responsabilizadas em decorrência da alta probabilidade de que o ato lesivo à Administração seja cometido pelo terceiro ou intermediário, rendendo ensejo, dessa maneira, à aplicação da teoria da cegueira deliberada, de forma a responsabilizar o agente que se coloca, intencionalmente em estado de desconhecimento (...)<sup>50</sup>.*

No mais, é de se notar que a referida norma, além do efeito punitivo, desempenha ainda importante função de estimular práticas diligentes no âmbito das corporações, exigindo-se a adoção de instrumentos que incentivem a ética corporativa e a devida cautela na estipulação de contratos com prepostas pessoas físicas ou jurídicas que atuem em seu interesse.

#### 9.1.4. Art. 5º, V

*Dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.*

Este dispositivo legal protege a regular atuação da Administração Pública, em especial as investigações e fiscalizações efetuadas pelos seus órgãos, entidades e agentes.

Podem ser sujeitos passivos do ato lesivo todos os órgãos, entidades ou agentes que tenham por obrigação legal a realização de fiscalizações ou investigações, sendo dispensável que atuem exclusivamente no combate à corrupção ou na persecução penal. Por esse motivo, restará caracterizada infração a este dispositivo caso seja obstruída uma investigação ou fiscalização de um órgão ambiental, da polícia judiciária ou de autarquia responsável pela fiscalização do sistema financeiro, por exemplo.

O ato lesivo pode ser praticado de forma **direta**, quando a pessoa jurídica atrapalha a investigação ou a fiscalização, ou de forma **indireta**, quando intervém na atuação dos órgãos, entidades ou agentes responsáveis pelo ato fiscalizador ou pelo procedimento investigativo. Como se trata de ilícito de forma livre, a lei não prevê forma predeterminada para a sua prática, de modo que a infração pode ser realizada mediante destruição de provas, coação de testemunhas, tráfico de influência ou suborno, por exemplo. No caso específico do oferecimento de vantagem indevida a agente público (da qual resulte intervenção em sua atuação ou na do órgão), também se configura infração ao artigo 5º, I, da Lei nº 12.846, de 2013.

Importante destacar que não há necessidade de que a investigação ou a fiscalização conduzida pelos órgãos ou agentes públicos não se concretize, bastando para a configuração do ato lesivo que a conduta da pessoa jurídica crie obstáculos adicionais aos atos estatais.

O ato lesivo em comento está em consonância com mandamento previsto no artigo 25 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, in verbis:

*Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometidos intencionalmente:*

*O uso da força física, ameaças ou intimidação, ou a promessa, o oferecimento ou a concessão de um benefício indevido para **induzir uma pessoa a prestar falso testemunho ou a atrapalhar a prestação de testemunho ou a apartação de provas em processos relacionados com a prática dos delitos qualificados de acordo com essa Convenção;***

*O uso da força física, ameaças ou intimidação para **atrapalhar o cumprimento das funções oficiais de um funcionário da justiça ou dos serviços encarregados de fazer cumprir-se a lei em relação com a prática dos delitos qualificados de acordo com a***

50 RIBEIRO, Marcio de Aguiar. Op. Cit., p. 168.

**presente Convenção.** Nada do previsto no presente Artigo menosprezará a legislação interna dos Estados Partes que disponham de legislação que proteja outras categorias de funcionários públicos. “ (grifos acrescentados)

Por fim, vale ressaltar que o artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, prevê a garantia da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), que assegura àquele que figure na condição de acusado ou investigado o direito de não produzir prova em seu desfavor. Neste sentido já se manifestaram os tribunais superiores:

*Pela garantia da não autoincriminação, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, não podendo ser forçado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente.*

(STJ, HC nº 313.330. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJE 23/8/2016)

**COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PRIVILÉGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO - DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA - IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO IMPOR MEDIDAS RESTRITIVAS A QUEM EXERCE, REGULARMENTE, ESSA PRERROGATIVA - PEDIDO DE HABEAS CORPUS DEFERIDO.** O privilégio contra a auto-incriminação - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito - traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.”

(STF, HC 79.812. Relator Ministro Celso de Mello, DJE 8/11/2000).

Logo, para que se verifique a prática do ato lesivo previsto no artigo 5º, V, da Lei nº 12.846, de 2013, é indispensável que a pessoa jurídica atue comissivamente, ou seja, destruindo provas, coagindo testemunhas, subornando servidores públicos, sonegando seu acesso à Administração Pública, etc.

Por outro lado, a garantia de não autoincriminação não se aplica às pessoas jurídicas que não tenham praticado qualquer ilícito e que, por esse motivo, têm o dever de colaborar com as autoridades responsáveis pela investigação ou fiscalização. Assim, nessas hipóteses em que a pessoa jurídica não esteja acobertada pela garantia da não autoincriminação, caso, injustificadamente, deixe de atender ao quanto requisitado por agentes públicos, ou atenda à demanda de maneira parcial, responde pelo ato lesivo previsto no art. 5º, V, da Lei Anticorrupção.

## 9.2. Atos Lesivos: ART. 5º, IV

Vê-se da dicção do art. 5º, que o legislador ordinário lançou mão de forma expressa tanto dos bens jurídicos e valores tutelados (art. 5º, *caput*), quanto das condutas lesivas que são passíveis de sanções, sobretudo as relacionadas às licitações e contratações públicas.

Intencional essa opção, no sentido de reservar tópico específico na LAC para tratar sobre os atos de corrupção praticados nas licitações públicas e contratos firmados pela Administração Pública, vez que são comumente utilizadas como mecanismos para a prática de atos lesivos.

Dentre as principais razões em se utilizar os certames licitatórios para a realização de atos corruptos, está o fato de a Administração Pública ter a necessidade constante de atender o interesse público coletivo, sendo que, para tal mister, vale-se do poder-dever constitucional e legal de realizar licitações públicas para contratar particulares qualificados, em melhores condições, por meio da isonomia dos licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa, para a obtenção do melhor resultado possível para o interesse público. Além desse fator frequência há, ainda, a circunstância de usualmente, as licitações e contratações públicas envolverem valores de grande monta, tanto no âmbito nacional quanto no internacional.

É importante destacar que o inciso engloba não só os contratos públicos regidos pela Lei nº 8.666/93 e normas congêneres. Uma leitura superficial do dispositivo poderia fazer acreditar que os contratos ali

mencionados são somente os decorrentes de procedimento licitatório (ou de sua dispensa ou inexigibilidade). Todavia, percebe-se um especial cuidado do legislador de não vincular os dois instrumentos ao longo das alíneas elencadas pelo inciso IV.

Essa preocupação é especialmente demonstrada ao se comparar a redação empregada na alínea ‘d’, com as constantes das alíneas ‘e’, ‘f’ e ‘g’. Enquanto a alínea ‘d’ adota expressamente a concepção “contrato decorrente de licitação pública”, os demais dispositivos não o fizeram. Portanto, os atos lesivos ali tipificados aplicam-se inclusive para outros instrumentos contratuais firmados pela Administração Pública, como é o caso de financiamentos públicos concedidos por bancos de fomento, utilizando-se de recursos constitucionais com essa finalidade. Interpretação diversa acabaria por advogar em favor de não responsabilizar fraudes perpetradas em instrumentos firmados pela Administração Pública em diversas outras searas que não a de contratação de obras e prestação de serviços.

Na próxima etapa iremos tratar cada um dos dispositivos de forma pormenorizada.

### 9.2.1. Art. 5º, IV, A

*Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público.*

Trata-se de ato lesivo cujos núcleos são frustrar ou fraudar. O caráter competitivo do procedimento licitatório é o bem jurídico tutelado específico do inciso. A condicionante para ocorrência do ato lesivo é que a conduta seja praticada mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente.

Como se sabe, a Constituição Federal estabeleceu que, como regra geral, a contratação de obras, serviços, compras e alienações por parte da Administração Pública devem ser precedidas de procedimento licitatório (art. 37, XXI, CF/88). Conforme verifica-se do comando estabelecido pela Lei nº 8.666/93 (art. 3º), a disposição constitucional tem um duplo objetivo. O primeiro é assegurar a possibilidade de participação de todos os fornecedores interessados. O segundo é garantir que a pluralidade de fornecedores permita à Administração selecionar a proposta que lhe é mais vantajosa.

Percebe-se, portanto, que a concorrência entre os diversos interessados é uma das premissas para o êxito do procedimento licitatório. Para o atendimento do preceito, é natural que a disputa entre os licitantes seja desimpedida e livre de favorecimento para um ou outro participante, sem que existe justificativa de interesse público para tanto.

A fim de assegurar o necessário caráter competitivo da licitação, o dispositivo em estudo visou justamente tornar ilícita a conduta da fraude mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente entre os entes privados.

A norma prevê a responsabilidade de empresas em face de práticas de conluio entre os participantes, as quais substituem a real concorrência por uma competição meramente formal. Ao invés de apresentar propostas que representam preços competitivos, as empresas oferecem à Administração Pública propostas calculadas e ajustadas em reuniões previamente definidas, nas quais geralmente já há definição do licitante vencedor.

Interessante notar que a conduta descrita no dispositivo se aproxima da redação empregada pela Lei nº 8.666/93, em seu art. 90, ao tipificar o crime de fraude à licitação.

*Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.*

Veja-se, porém, que, diferentemente do previsto no art. 90 acima referido, a LAC não traz como elemento a finalidade de obtenção de vantagem. Não se exige, igualmente, demonstração de ocorrência de dano ao erário ou qualquer outro resultado material, uma vez que os bens jurídicos tutelados são,

mormente, a probidade e a impessoalidade nas relações com a Administração Pública. Assim, em tese, a comprovação da existência de tratativas ou combinações para previamente destinar o vencedor do certame já seria suficiente para configuração do ato lesivo em comento.

Na realidade, por amparo jurisprudencial, o mesmo entendimento se aplica inclusive para o próprio crime previsto pelo art. 90, da Lei nº 8.666/93. O STF assentou que os delitos de frustrar ou fraudar a licitação, cuja consumação de dá por meio de mero ajuste, combinação ou outro expediente, é formal, de modo que a consumação independe de resultado material.<sup>51</sup> Assim, entende-se que o mesmo entendimento deve ser aplicado para o ato lesivo previsto pela LAC.

Vale ressaltar que o tipo normativo em comento pressupõe o “frustrar” ou “fraudar” por meio de ajuste (pacto), combinação (acordo) ou qualquer outro mecanismo.

A título de exemplificação, apresenta-se um caso hipotético que se amolda à conduta prevista pelo dispositivo. As empresas “A”, “B” e “C” são as únicas participantes do certame feito pela Universidade Federal XPTO, modalidade concorrência, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para fazer obras de ampliação no Centro Clínico Veterinário da instituição. A empresa “B” junto com a empresa “A” fazem contatos antes da licitação e combinam e fazem troca de propostas por e-mail (preços unitários com diferença linear, mesma diagramação dos arquivos, erros ortográficos) para beneficiar a empresa “C”. Essa tem ciência das tratativas das empresas “A” e “B” para se beneficiar da ausência de competição. Então, as empresas “B” e “C” apresentam “*propostas de cobertura*”, ou seja, propostas fictícias com preços bem parecidos e muito superiores ao da empresa “C”, apenas para aparentar competitividade, efetuando, assim, o direcionamento do objeto para que a empresa “C” seja consagrada vencedora da licitação.

Por fim, vale trazer exemplos de ações ou omissões que podem frustrar um processo licitatório: vícios no edital; divulgação restrita do edital; descrição imprecisa do objeto; exigências específicas no edital que moldam determinado licitante; cláusulas “preconceituosas” com o objetivo de estreitar a disputa; combinação de preços entre poucos concorrentes; Permissão de concorrentes inidôneos ou fictos para participação.

### 9.2.2. Art. 5º, IV, B

*Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público.*

O referido dispositivo encontra previsão paralela na Lei de Licitações, especificamente no art. 93, que tipifica a conduta como crime. Trata-se, portanto, de previsão que tutela bens jurídicos indispensáveis, tais como, a isonomia, a probidade e a seleção de proposta mais vantajosa para o Estado.

O núcleo “impedir” tem o significado de inviabilizar, obstar, não permitir, impossibilitar a realização de atos. Já “perturbar” entende-se como condutas que criam obstáculos, tumultuam, chegando a causar desordem que interfira no desenvolvimento regular dos procedimentos.

Além disso, constata-se a repetição do núcleo “*fraudar*”, que tem o mesmo teor de burlar, iludir, enganar, aqui se referindo a um ato específico do processo de licitação, sem necessariamente ocorrer a ação consertada com outras pessoas jurídicas.

Para o enquadramento de que se trata, os comportamentos reprováveis deverão ocorrer entre o início do procedimento licitatório e a adjudicação; ocorrendo na execução contratual, a tipificação será outra. Cabe aqui lembrar que o procedimento licitatório se inicia antes da publicação do instrumento convocatório pertinente. A teor do art. 38 da Lei nº 8.666/93, o procedimento licitatório possui fase interna, durante a qual o gestor público adota todas as providências necessárias para iniciar o processo de contratação, tais como cotações de preço, elaboração de justificativa e das exigências editalícias. Portanto, a fraude, impedimento ou perturbação podem ocorrer em momento anterior à fase pública do certame.

<sup>51</sup> STF, HC 116680, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 18/12/2013.

A título de exemplo, tem-se a conduta da pessoa jurídica que logra inserir cláusulas no edital da licitação que lhe beneficiam. Outros exemplos, mais relacionados às condutas de impedir ou perturbar a licitação, são: ameaça de agressão a membros das Comissões nas sessões presenciais; utilização de ferramenta eletrônica que impede a realização de pregão eletrônico; subtração ou inutilização de documentos do processo, prejudicando, de alguma forma, o andamento do processo, inclusive ensejando necessidade de adiamento ou refazimento de atos.

### 9.2.3. Art. 5º, IV, C

*Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.*

A aludida previsão exprime a preocupação do legislador com a concorrência leal, e a ampla competitividade nos processos licitatórios deflagrados pela Administração Pública.

Importante considerar que o afastamento de licitante pode se dar tanto por meio do emprego de fraudes, como pelo oferecimento de vantagens para eliminar o concorrente do certame.

Importante observar que o ato lesivo aqui mencionado refere-se a práticas unilaterais, de modo que, havendo ajustes para afastamento de licitante atraindo-se a aplicação da alínea a, anteriormente comentada<sup>52</sup>.

Já no que diz respeito à sua configuração, mostra-se suficiente a demonstração do emprego de fraudes ou o oferecimento de vantagens para excluir concorrente da competição, independente do exaurimento.

A conduta descrita consiste em dois núcleos “afastar”, cujo sentido é de expulsar, retirar, distanciar e “procurar afastar”, que pode ser, por exemplo, mediante violência, grave ameaça, artifício ilícito em conluio com o agente público responsável pela licitação, ou oferecimento de algum tipo de vantagem, patrimonial ou não.

A adoção do núcleo “procurar afastar” indica que a mera tentativa já configura o ato lesivo, não se exigindo que a pessoa jurídica tenha tido êxito em seu intento.

### 9.2.4. Art. 5º, IV, D

*Fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente.*

Trata-se de disposição que, pela maior abrangência, viabiliza aplicação subsidiária nas hipóteses não enquadráveis em previsões mais específicas de atos lesivos.

Como se viu acima, a prática delineada na alínea c, por exemplo, também exige o emprego de fraude, mas voltada a circunstância específica de excluir licitante do processo.

Já o dispositivo em questão, sem dúvidas, autorizará a responsabilização administrativa quando o ato lesivo fraudulento não for enquadrado em nenhuma das demais hipóteses do inciso IV.

Eis o enquadramento de penalidade administrativa de caráter subsidiário e generalista, ou seja, é a hipótese de cabimento quando não for possível enquadrar de maneira exclusiva em outro dispositivo legal. Logo, consiste na mais ampla das infrações administrativas atinentes aos ilícitos de licitações e contratos públicos previstas no inciso IV da do art. 5º da LAC.

Novamente aparece o núcleo fraudar que, em termos didáticos, indica, por um lado, a frustração da licitação e, por outro, o uso de meios ardilosos, que conduzem a Administração ao cometimento de um equívoco, ao supor ter selecionado a proposta mais vantajosa oferecida pelo mercado.

<sup>52</sup> RIBEIRO, Marcio de Aguiar. Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à luz da Lei Anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 169.

O dispositivo demonstra o nível de importância conferido pelo legislador à probidade nas licitações e contratos públicos. Reconhecendo a impossibilidade de elencar todas as formas possíveis de fraude a serem cometidas, a norma resguarda na alínea ‘d’ que todo ato malicioso, fraudulento que atente contra licitações e contratos seja coibido, ainda que não há a previsão específica nas alíneas anteriores.

### 9.2.5. Art. 5º, IV, E

*Criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo.*

A previsão alcança a criação de pessoa jurídica não existente no mundo fático, verdadeira empresa “de fachada”, constituída apenas formalmente para o propósito de participar de licitação pública para celebrar contrato administrativo.

É comum que se verifique tal prática na modalidade licitatória do convite. Tais empresas de fachada apresentam CNPJ, contrato social, e outros documentos exigidos no processo licitatório, para dar uma aparência de legalidade. Ao lograrem êxito, porém, não promovem a regular execução do contrato, já que, em geral, sequer ostentam pessoal e estrutura adequada para realização do objeto licitado<sup>53</sup>.

Trata-se de mais uma tipificação que dispensa a materialização do resultado pretendido, pois suficiente a demonstração da irregular criação de pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato. É o exemplo clássico de fraude de licitação, sendo as “empresas fantasmas”, abertas com o único intento de macular o regime de contratação e simular aparente competitividade das pessoas jurídicas.

Um indicativo importante de empresas desse tipo é o objeto social muito abrangente, isto é, atuação em vários setores da economia, também chamado objeto social “guarda-chuva” (por exemplo, uma empresa que atua na área educacional, de informática, engenharia e serviços administrativos). Não é determinante, mas gera um forte indício de irregularidade, tendo em vista que a atuação empresarial, normalmente, é setorializada. Para coibir e prevenir tais práticas, cabe à Comissão de Licitação analisar adequadamente as propostas e a documentação apresentada para a habilitação, sendo possível, inclusive, a realização de diligências, para averiguar a real situação física da empresa, caso necessário. Pode ser utilizada, por exemplo, a ferramenta *Google Street View*, que exibe o local físico declarado como sede da empresa.

Outro indicativo é a apresentação de renda incompatível pelo sócio, hipótese em que pode ter sido utilizado um “sócio laranja”, que pode ter emprestado o nome para abertura da empresa, ou sequer sabe do cometimento do ilícito em seu nome; nessas hipóteses, ao menos em tese, os membros da Comissão de Licitação podem acessar bases de dados oficiais e pesquisar pelo CPF do sócio os seus rendimentos salariais (Relação Anual de Informações Sociais - RAIS).

Importante aqui frisar novamente que o tipo abrange a celebração de contratos administrativos ainda que não relacionados a um procedimento licitatório. Portanto, aqui também se responsabiliza, por exemplo, a criação de pessoa jurídica, de modo fraudulento ou irregular, para obtenção de contrato de financiamento típico dos celebrados pelas instituições públicas de fomento.

### 9.2.6. Art. 5º, IV, F

*Obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais.*

Aqui se fala do ilícito caracterizado na obtenção de alguma condição mais vantajosa para a pessoa jurídica que não tem amparo legal, no edital do certame ou nos termos do contrato firmado com a Administração Pública.

<sup>53</sup> Acórdão nº 179/2016 - TCU - Plenário, processo nº TC 001.805/2015-0, Relator: Ministro Bruno Dantas.

Uma das condutas tuteladas pelo inciso é a prorrogação ilícita de contratos. Pautada na indisponibilidade do interesse público, a lei de licitações e contratos estabelece um regime específico para alterações e prorrogações dos contratos administrativos.

Nesse sentido, é preciso que estejam configuradas as hipóteses legais que admitem que a duração do contrato administrativo ultrapasse a regra geral exposta no artigo 57 da Lei nº 8.666, de 1993, qual seja, a vigência dos créditos orçamentários. De outra parte, em caso de alteração contratual, seja unilateral ou bilateral, também imprescindível a indicação da motivação legal autorizada pelo artigo 65 da aludida lei.

Daí que a obtenção de qualquer tipo de vantagem para burlar tais normas que impõem um regime específico de alteração e prorrogação ensejará a responsabilização administrativa. Para tanto, é indispensável que haja a comprovação da real obtenção do benefício indevido, pois não se trata de infração de natureza meramente formal. Admite-se, portanto, sua prática na modalidade tentada, considerando a previsão de tal possibilidade expressamente pelo legislado no inciso III, do art. 7º, da Lei nº 12.846/2013.

Entretanto, vale considerar que o ato lesivo se materializa com a mera obtenção da modificação ou da prorrogação contratual, realizada mediante fraude, mesmo que não seja caracterizado, por exemplo, o superfaturamento. O prazo de vigência das contratações públicas em regra, nos ditames da Lei nº 8.666, de 1993, é limitado aos créditos orçamentários, em estrita observância ao princípio orçamentário da anualidade. Após a adjudicação, o contrato deve ser cumprido tal como fora negociado. A própria Lei de Licitações elenca as exceções e os motivos que permitem a prorrogação de prazos e as alterações dos contratos pactuados pela Administração (art. 57 e 65). Essas alterações com permissivo legal são medida excepcional, devendo ser motivadas pela autoridade administrativa e visando manter o equilíbrio econômico-financeiro por toda vigência contratual.

O tipo em questão também abarca, por exemplo, a conduta da pessoa jurídica que logra obter uma alteração contratual não prevista inicialmente nas regras da licitação ou em normativo específico que rege o tipo de contrato em questão, para diminuir seus custos. Pode se vislumbrar, a título hipotético, a pessoa jurídica conseguir condições de pagamento mais favoráveis em instrumento de financiamento publicou ou alterar a forma de prestação do serviço contratado, de modo menos oneroso para ela.

### 9.2.7. Art. 5º, IV, G

*Manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.*

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo pressupõe a manutenção da equivalência material entre o valor ajustado e a contraprestação pactuada, com previsão no art. 37, XXI, da Constituição Federal, e na Lei nº 8.666, de 1993.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>54</sup>, a proteção dessa equação econômico-financeira é ampla e se manifesta em diversas situações, tais como: agravos econômicos decorrentes do poder da Administração de alterar unilateralmente o contrato; fato príncipe; agravos resultantes de fatos imprevisíveis ou ainda de inadimplências contratuais.

Nesse sentido, a lei Anticorrupção busca prevenir e reprimir práticas que visem à manipulação da readequação do equilíbrio contratual, desvirtuando os requisitos impostos pela Lei de licitações.

É importante registrar que, para a configuração do referido ato lesivo, dispensa-se a comprovação de dano à Administração Pública decorrente da manipulação das circunstâncias fáticas.

<sup>54</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009. p. 637/639.

## 10. CIÊNCIA DO ATO LESIVO

Há várias formas pelas quais a Administração Pública toma conhecimento da ocorrência de suposto ato lesivo praticado por pessoa jurídica. Seja de ofício ou mediante provocação<sup>55</sup>, o poder público, por suas autoridades dotadas de competência para tanto, se encontra impelido a proceder à apuração dos fatos ilícitos assim que conhecidos, seja através de procedimentos investigativos ou até mesmo punitivos, a depender da consistência dos respectivos elementos de autoria e materialidade. Sem a pretensão de apresentar uma lista exaustiva, os exemplos a seguir mencionados são os mais usuais de ciência de infrações cometidas por entes privados<sup>56</sup>.

A primeira possibilidade se insere no *dever conferido ao servidor público federal* de levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência no desempenho de suas funções, nos termos do art. 116, VI, da Lei nº 8.112, de 1990:

*Art. 116. São deveres do servidor:*

*(...)*

*VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração. (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 2011)*

Assim, o servidor que ficar sabendo de infração praticada por pessoa jurídica tem o dever funcional de comunicar tal fato à autoridade superior<sup>57</sup>. A expressão “irregularidades”, consignada no referido dispositivo, deve ser interpretada em aspecto amplo, não restando dúvida de que abarca inclusive as infrações perpetradas por entes privados.

Também as atividades dos controles interno e externo têm destaque como fonte de detecção da prática de atos ilícitos cometidos por pessoas jurídicas. Realmente, os trabalhos de auditoria dos próprios órgãos e entidades, da CGU e do Tribunal de Contas da União (TCU) constantemente se deparam com a existência de indícios que apontam a ocorrência de atos lesivos, em especial os elencados no art. 5º da Lei 12.846, de 2013, no tocante a procedimentos licitatórios e contratos. Nesses casos, cabe encaminhar os respectivos relatórios de auditoria ao órgão/entidade com competência para o processamento do feito, consoante do art. 8º da LAC.

Igualmente, os *procedimentos correccionais de natureza investigativa* consignados no art. 5º da Instrução Normativa CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, a saber, investigação preliminar (IP), sindicância investigativa (SINVE), sindicância patrimonial (SINPA) e demais procedimentos normatizados internamente<sup>58</sup> pelos órgãos e entidades do Poder Executivo federal tem grande potencial de detecção de irregularidades.

Somando-se aos já mencionados CGU e TCU, outros órgãos especializados no combate à corrupção e atividade policial, como, por exemplo, Ministério Público Federal, Departamento de Polícia Federal, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Comissão de Ética Pública da Presidência da República e demais comissões de ética, são fontes na produção de *peças informativas* que apontam a ocorrência de atos ilícitos.

<sup>55</sup> Lei 12.846/2013 - Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa. (grifo nosso)

<sup>56</sup> Via de regra, são também as formas mais comuns de conhecimento acerca de infração praticada por servidor público federal no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido, o que o sujeita à apuração de responsabilidade via processo disciplinar.

<sup>57</sup> Lembrando que na 15ª Reunião da Comissão de Coordenação de Correição, houve a aprovação de relatório que concluiu no sentido de que não há cometimento de ilícito disciplinar por parte do servidor que representa aos órgãos de controle, ainda que não obedecida a via hierárquica. O relatório e a ata da referida reunião estão disponíveis em <http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/comissao-de-coordenacao-de-correicao/atas-da-comissao-de-coordenacao-de-correicao>.

<sup>58</sup> O parágrafo único do artigo 5º da IN nº 14/2018 estabelece que “Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal poderão normatizar internamente procedimentos disciplinares de natureza investigativa, observada a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e demais normas aplicáveis”.

Cabe pontuar, ademais, o *acordo de leniência* como relevante instrumento jurídico de obtenção célere de informações e provas de outras infrações e/ou do eventual envolvimento de outras pessoas jurídicas no ato lesivo. Sem dúvida, por intermédio do acordo de leniência, são ampliadas as possibilidades de descoberta de novos casos ilícitos e outras empresas cujas condutas e respectivos elementos de prova não eram de conhecimento do órgão/entidade, permitindo a alavancagem investigativa pela Administração Pública.

Além das peças informativas produzidas no âmbito estatal, elementos indicativos da ocorrência de ilícitos administrativos chegam ao conhecimento das autoridades públicas através dos diversos *mecanismos de controle social*, tais como denúncias apresentadas por entidades privadas (sindicatos, associações, fundações) e por cidadãos - inclusive de forma anônima, como se abordará no tópico subsequente - e como notícias e matérias investigativas veiculadas na mídia.

A propósito dos mecanismos de controle à disposição dos cidadãos, convém mencionar a competência exclusiva das Ouvidorias dos órgãos e entidades da Administração Pública federal para o recebimento e tratamento de manifestações apresentadas por usuários dos serviços públicos. É o que estabelece o artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa CGU nº 7, de 8 de maio de 2019<sup>59</sup>:

*Art. 6º. As unidades do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal constituem o canal único para o recebimento e o tratamento das manifestações de que trata o art. 3º do Decreto nº 9.492, de 5 de setembro de 2018.*

*§ 1º Os órgãos e entidades da administração pública federal a que se refere o art. 1º adotarão as providências necessárias para ajustar os normativos internos que admitam o recebimento e tratamento de manifestações por unidades diversas da ouvidoria.*

*§ 2º As unidades diversas da ouvidoria que forem instadas a receber manifestações, presencialmente ou por escrito, deverão promover seu pronto encaminhamento à ouvidoria.*

Tal competência atribuída às unidades de Ouvidoria como canal único, conforme estabelecido na referida Instrução Normativa, deriva do artigo 10 da Lei 13.460, de 26 de junho de 2017 ao determinar que: “A manifestação será dirigida à ouvidoria do órgão ou entidade responsável e conterá a identificação do requerente”. A se destacar que manifestação é gênero do qual são espécies a sugestão, o elogio, a reclamação, a solicitação diversa, e a denúncia.

Ressalte-se que o Decreto nº 9.492, de 5 de setembro de 2018<sup>60</sup>, que instituiu o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal, define o vocábulo “denúncia” como “ato que indica a prática de irregularidade ou de ilícito cuja solução dependa da atuação dos órgãos apuratórios competentes”. Sendo assim, resta claro que a notícia da ocorrência de ato lesivo praticado por pessoa jurídica deve ser levada ao conhecimento da Administração Pública por meio do canal de ouvidoria.

E conforme dispõe o artigo 16 do Decreto nº 9.492, de 2018, a ferramenta adequada para a comunicação de irregularidades é o Sistema Nacional Informatizado de Ouvidorias do Poder Executivo federal - e-Ouv, de uso obrigatório<sup>61</sup> pelos órgãos e entidades da administração pública federal a que se refere o artigo 2º do mencionado Decreto.

Além da obrigatoriedade, a Instrução Normativa CGU nº 7, de 8 de maio de 2019, determina a adoção do Sistema Nacional Informatizado de Ouvidorias - e-Ouv como plataforma única de registro de manifestações, sendo que os demais canais de recebimento de denúncias e comunicação de irregularidades devem ser extintos. É o que se extrai dos seguintes artigos:

<sup>59</sup> Publicada no DOU nº 90, Seção 1, de 13 de maio de 2019.

<sup>60</sup> Conforme artigo 2º: “O disposto neste Decreto se aplica: I - aos órgãos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional; II - às empresas estatais que recebam recursos do Tesouro Nacional para o custeio total ou parcial de despesas de pessoal ou para o custeio em geral; e III - às empresas estatais que prestem serviços públicos, ainda que não recebam recursos do Tesouro Nacional para custeio total ou parcial de despesas de pessoal ou para o custeio em geral”.

<sup>61</sup> Em reforço, o art. 1º, § 3º, da Instrução Normativa CGU nº 7: “O e-Ouv é de uso obrigatório pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal a que se refere o art. 2º do Decreto nº 9.492, de 5 de setembro de 2018”. Já os órgãos e entidades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos demais Poderes poderão utilizar o e-Ouv mediante adesão à Rede Nacional de Ouvidorias de que trata a Instrução Normativa CGU nº 3, de 2019.

Art. 6º. [...]

§ 3º Os órgãos e entidades da administração pública federal deverão implementar as medidas necessárias para adotar o e-Ouv como plataforma única de registro de manifestações, nos termos do art. 16 do Decreto nº 9.492, de 2018, podendo realizar integração de sistemas de ouvidoria já utilizados para recebimento, de modo que a totalidade das manifestações estejam na base de dados do e-Ouv.

Art. 7º. Os órgãos e entidades da administração pública federal deverão suprimir de seus sítios eletrônicos oficiais, bem como de qualquer outro meio de comunicação por eles adotados, a indicação de canais de recebimento direto pelas áreas envolvidas nos processos apuratórios ou pelas áreas gestoras dos serviços ou políticas objeto das manifestações de ouvidoria, e demais áreas que não detêm competência específica ou vinculação às unidades de ouvidoria do órgão ou entidade, conforme disposto no art. 10 da Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017.

*Parágrafo único. Por áreas envolvidas nos processos apuratórios entendem-se as áreas de correição, comissão de ética e integridade, dentre outras.*

Por fim, frise-se a importância do momento da ciência dos atos lesivos, tendo em vista que a identificação de tal ocasião marca o início da contagem do prazo prescricional quanto às infrações previstas na Lei Anticorrupção<sup>62</sup>.

## 10.1. Denúncia Anônima

Instituto sempre envolto em polêmica, a denúncia anônima, como já asseverado, constitui um dos meios de se levar ao conhecimento da Administração Pública a ocorrência de pretensa lesividade perpetrada por pessoa jurídica.

Na definição conferida pelo artigo 1º, §1º, I, da Instrução Normativa Conjunta nº 01 da Corregedoria-Geral da União e Ouvidoria-Geral da União, de 24 de junho de 2014<sup>63</sup>, que estabelece normas de recebimento e tratamento de denúncias anônimas e diretrizes para a reserva de identidade do denunciante, denúncia anônima é a “manifestação que chega aos órgãos e entidades públicas sem identificação”.

Cumprido esclarecer que o denunciante pode querer se identificar, mas, ao mesmo tempo, solicitar que sua identidade permaneça restrita aos agentes estatais encarregados de dar tratamento e investigar a denúncia. Há também a possibilidade de a unidade de ouvidoria receptora da denúncia temer que a revelação da identidade possa trazer consequências negativas ao denunciante, optando por preservar tal informação. Nestes casos, diz-se que houve reserva de identidade<sup>64</sup>.

A despeito dos argumentos contrários à aceitação da denúncia anônima, não se pode olvidar que essa forma de comunicação pode indicar a existência de indícios de atos lesivos à Administração Pública, que se pauta, entre outros princípios, pela moralidade administrativa e eficiência.

O entendimento dominante é no sentido de que a Administração Pública tem o poder-dever de promover a apuração imediata de irregularidades de que tiver ciência, não importando, a priori, se o fato chegou ao conhecimento da autoridade pública por meio de denúncia formal (em que presentes a identificação e endereço do denunciante, além da confirmação da autenticidade das informações ali consignadas) ou por meio de peça anônima.

Na doutrina, vemos alguns autores que sustentam a admissibilidade da denúncia anônima:

<sup>62</sup> Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

<sup>63</sup> Publicada no Boletim Interno da CGU nº 27, de 04 de julho de 2014.

<sup>64</sup> De acordo com a mencionada Instrução Normativa Conjunta CRG/OGU nº 01, reserva de identidade é a “hipótese em que o órgão público, a pedido ou de ofício, oculta a identificação do manifestante”.

*Admite-se que a autoridade competente para instaurar o PAR chegue ao conhecimento da ocorrência de um ato lesivo à Administração por meio da denúncia anônima. Esta é tida como instrumento adequado de combate à corrupção (...)<sup>65</sup>*

*Importa destacar que a investigação preliminar pode ser iniciada por provocação, ainda que a notícia do ilícito seja anônima (...)<sup>66</sup>*

Esse entendimento, inclusive, vai ao encontro da previsão do art. 13, item 2, da já referida Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conforme se lê:

*Cada Estado Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, para a denúncia, inclusive a anônima, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção.*

Tem-se que não é condição indispensável para iniciar a averiguação a devida qualificação do denunciante, porquanto o que realmente importa é o conteúdo da denúncia (relevância e plausibilidade), que deve conter elementos capazes de justificar o início das investigações por parte da Administração Pública. Nesse contexto, somente se admite sua recusa quando se tratar de denúncia descabida, vazia, vaga, com total ausência de indícios de materialidade e autoria.

Mas, de qualquer forma, exige-se da autoridade pública a devida cautela quando se deparar com peça anônima, visto que, nada obstante a necessidade de promover a imediata averiguação, a Administração não deve reagir imediatamente com a instauração de processo punitivo. Faz-se necessário, de início, avaliar a pertinência da notícia veiculada sob o manto do anonimato, averiguando a existência de indicativos mínimos de razoabilidade. A tal procedimento dá-se o nome de juízo (ou exame) de admissibilidade.

Feito isso, ou seja, constatada a existência de indícios de verossimilhança da denúncia, o passo seguinte da autoridade é determinar a instauração de uma investigação preliminar, de caráter preparatório, a fim de recolher sinalizadores (provas de materialidade e autoria) aptos a respaldar o administrador público quanto à instauração de PAR ou mesmo de arquivamento da denúncia.

Tais providências, realizadas a partir do recebimento de denúncia anônima, são detalhadas no seguinte dispositivo:

#### *Instrução Normativa CGU nº 14/2018*

*Art. 10. As denúncias, as representações ou as informações que noticiem a ocorrência de suposta infração correcional, inclusive anônimas, deverão ser objeto de juízo de admissibilidade que avalie a existência de indícios que justifiquem a sua apuração, bem como a espécie de procedimento correcional cabível.*

O STF já se manifestou acerca da possibilidade de recepção da denúncia anônima, desde que observadas algumas condições:

*As autoridades públicas não podem iniciar qualquer medida de persecução (penal ou disciplinar), apoiando-se, unicamente, para tal fim, em peças apócrifas ou em escritos anônimos. É por essa razão que o escrito anônimo não autoriza, desde que isoladamente considerado, a imediata instauração de ‘persecutio criminis’. - Peças apócrifas não podem ser formalmente incorporadas a procedimentos instaurados pelo Estado, salvo quando forem produzidas pelo acusado ou, ainda, quando constituírem, elas próprias, o corpo de delito (...) Nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima (“disque-denúncia”, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, ‘com prudência e discrição’, a possível ocorrência de*

65 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.), Op. Cit, p. 130.

66 TEIXEIRA, Tarcísio; BATISTI, Beatriz; SALES, Marlon de. Lei anticorrupção: comentada dispositivo por dispositivo. São Paulo: Almedina, 2016. p. 97.

*eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da ‘persecutio criminis’, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas.*

*(STF, HC nº 100042 MC/RO. Relator Min. Celso de Mello, DJE 08/10/2009.)*

Nesse mesmo sentido, a CGU, enquanto órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SISCOR), editou enunciado sobre a forma de utilização da denúncia anônima:

*Enunciado CGU nº 3, publicado no DOU de 5/5/11, seção 1, página 22*

*DELAÇÃO ANÔNIMA. INSTAURAÇÃO. A delação anônima é apta a deflagrar apuração preliminar no âmbito da Administração Pública, devendo ser colhidos outros elementos que a comprovem.<sup>67</sup>*

Assim, em consonância com as manifestações do STF e da CGU, sustenta-se que, após levada a cabo essa averiguação preliminar, com a coleta de elementos que delineiem o cometimento de ato lesivo, a eventual instauração de PAR fundamentar-se-á no resultado desse procedimento prévio e não mais na denúncia anônima.

<sup>67</sup> Em reforço, o artigo 11, parágrafo único, da IN CGU nº 14: “A informação anônima que noticie a ocorrência de suposta infração correcional poderá deflagrar procedimento correcional acusatório, desde que sejam colhidos outros elementos que a respaldem”.

## 11. COMPETÊNCIA PARA APURAR: QUEM DEVE INSTAURAR O PROCESSO?

O capítulo IV da Lei Anticorrupção aborda importante questão, relacionada ao Processo Administrativo de Responsabilização, ao estabelecer o rito a ser seguido desde a instauração ao seu julgamento, indicando o conjunto de atos a ser observado na eventual punição da pessoa jurídica, respeitando, portanto, o devido processo legal<sup>68</sup>.

Na LAC, o PAR está regulado nos artigos 8º a 15, sendo que o Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, detalhou o rito procedimental, conforme se observa em seus artigos 2º a 14. Além disso, a CGU, como órgão central do SISCOR, no exercício da função de formular normas voltadas à atividade de responsabilização administrativa de entes privados, editou e publicou a Instrução Normativa nº 13, de 8 de agosto de 2019, que detalha ainda mais os procedimentos e normas operacionais do PAR.

É inerente à formatação de todo o processo administrativo que o seu curso se dê ao longo de três essenciais fases: instauração, instrução e julgamento, com a produção, ao final, de um ato administrativo conclusivo, de teor absolutório ou condenatório.

Para cada uma das mencionadas fases, a norma estabelece regras de competência direcionadas a determinadas autoridades que estarão responsáveis pela condução de um conjunto de procedimentos. Assim é que a fase de instauração se encontra sob a responsabilidade da autoridade instauradora, a fase de instrução encontra-se concentrada aos cuidados da comissão processante, ao passo que o julgamento sob o crivo da autoridade julgadora. Nos termos da LAC, eventualmente, a competência para instauração e julgamento poderá ser exercida de forma cumulativa pela mesma autoridade pública<sup>69</sup>.

Superado o exercício do juízo de admissibilidade, existindo os elementos suficientes de autoria e materialidade, adentra-se na fase processual, iniciando-se o curso do processo administrativo propriamente dito. O PAR é inaugurado pela mais sucinta das fases processuais, a instauração, por meio da qual se constitui comissão processante e, ato contínuo, publica-se a portaria de instauração do processo<sup>70</sup>.

### 11.1. Competência Originária

Compete à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, nos moldes da Lei Anticorrupção. No âmbito do Poder Executivo federal, a competência será do Ministro de Estado, quando se tratar de Administração Direta, ou da autoridade máxima de entidade, como Autarquia ou Fundação, no caso da Administração Indireta, de acordo com o disposto no art. 3º do Decreto nº 8.420, de 2015. A tese aqui defendida se aplica, por analogia, aos Estados e Municípios.

A instauração de PAR, contudo, nem sempre será a primeira ou a única medida a ser adotada pela autoridade competente ao tomar ciência da possível ocorrência de ato lesivo à administração pública federal.

Com efeito, segundo o art. 4º do Decreto nº 8.420, de 2015, a depender dos indícios de autoria e materialidade que forem apresentados a tal autoridade, esta poderá, em sede de juízo de admissibilidade, e mediante despacho fundamentado, decidir não só pela instauração de um PAR, mas, também, alternativamente, pela abertura de um processo de investigação preliminar ou até mesmo pelo arquivamento da matéria. Essa decisão irá depender da força probatória que os indícios de autoria e materialidade, até então obtidos, terão sobre o convencimento da autoridade competente para dar seguimento a tais medidas procedimentais.

<sup>68</sup> CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. Lei Anticorrupção Empresarial. 2. ed., ver. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 123 - 125.

<sup>69</sup> RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Op. Cit., p. 81.

<sup>70</sup> RIBEIRO, Márcio de Aguiar. OP. Cit., p. 91.

No exercício de suas competências para decidir o caminho a ser seguido (PAR, investigação preliminar ou arquivamento), a autoridade agirá de ofício ou mediante provocação, permitida a delegação das competências para a instauração e o julgamento da Investigação Preliminar (IP) e do PAR. A subdelegação é proibida em qualquer hipótese, conforme determinado no § 1º do art. 8º da Lei nº 12.846, de 2013 e no parágrafo único do art. 3º do Decreto nº 8.420, de 2015.

A propósito da autorização legal para delegação de competências, a Controladoria-Geral da União, no exercício da função de Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, estabeleceu limites que devem ser observados pelos órgãos e entidades. Com efeito, a IN nº 13/2019, dispõe que a delegação da competência para a instauração de PAR somente poderá ser concedida às unidades de corregedoria do órgão ou entidade, ou, na inexistência desta, às unidades diretamente responsáveis pelas atividades de correição.

Ademais, cumpre mencionar que ao longo de todo o curso processual, a autoridade instauradora desenvolve outros atributos, além da publicação da portaria inaugural e a designação da comissão processante. Tais essenciais atributos são decorrentes da supervisão técnica sobre o processo, a qual consiste em procedimento orientado ao controle de legalidade e forma do processo administrativo, tratando-se de procedimento de cunho preventivo, por meio do qual a autoridade instauradora toma as cautelas necessárias à preservação da higidez do processo em curso, revelando-se como genuíno ato de saneamento processual. Contempla também alguns atos relacionados a eventuais interfaces entre os atores internos e externos da apuração em curso, permitindo entre eles comunicação e interação.

Entretanto, veda-se, de forma absoluta, que a autoridade instauradora, no exercício da supervisão técnica, interfira no juízo de entendimento da comissão sobre os fatos sob apuração. É, por outro lado, desejável e esperado que os órgãos e entidades possuam unidades de corregedoria especializadas na matéria e, assim, possam exercer a supervisão dos trabalhos desenvolvidos pelas comissões processantes. Esse trabalho de supervisão visa assegurar o atingimento do resultado útil do processo, orientando as comissões sobre o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre as matérias aplicáveis à espécie, assegurando o cumprimento dos prazos previstos no planejamento do apuratório e alertando sobre o risco da ocorrência de eventuais prazos prescricionais.

## 11.2. Competências da Controladoria-Geral da União

Cumpre relembrar que, por força da Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, e com base no art. 1º do Anexo I ao Decreto nº 9.681, de 03 de janeiro de 2019, a CGU é o órgão central do SISCOR. Seguindo a estrutura organizacional e operacional estabelecida naqueles diplomas normativos e pretéritos, a Lei nº 12.846, de 2013, art. 8º, § 2º, c/c o Decreto nº 8.420, de 2015, art. 13, I e II, situou a CGU em uma posição de destaque dentro do sistema de responsabilização administrativa anticorrupção ali erigido e determinou sua **competência concorrente** para instaurar PAR ou para avocar os processos instaurados com fundamento na referida Lei, para exame de sua regularidade ou para correção do seu andamento.

Além disso, conforme já destacado, a LAC deixou assentado que a CGU possui **competência exclusiva** para apurar, processar e julgar os atos lesivos praticados por pessoas jurídicas brasileiras contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no artigo 4 da Convenção da OCDE<sup>71</sup>, que delimita a jurisdição de cada país ao território de ocorrência do delito ou ao envolvimento de nacionais na prática de atos lesivos em território estrangeiro.

<sup>71</sup> Artigo 4 - Jurisdição 1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, quando o delito é cometido integral ou parcialmente em seu território. 2. A Parte que tiver jurisdição para processar seus nacionais por delitos cometidos no exterior deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição para fazê-lo em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, segundo os mesmos princípios. 3. Quando mais de uma Parte tem jurisdição sobre um alegado delito descrito na presente Convenção, as Partes envolvidas deverão, por solicitação de uma delas, deliberar sobre a determinação da jurisdição mais apropriada para a instauração de processo. 4. Cada Parte deverá verificar se a atual fundamentação de sua jurisdição é efetiva em relação ao combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, caso contrário, deverá tomar medidas corretivas a respeito.

As competências da CGU podem, então, ser assim sintetizadas:

1. Competência **concorrente**: para instaurar e julgar PAR;
2. Competência **exclusiva**:
  - a) Para avocar os processos instaurados:
    - i. para exame de sua regularidade; ou
    - ii. para lhes corrigir o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível.
  - b) Para instaurar, apurar e julgar processos por atos ilícitos previstos na Lei nº 12.846/2013 praticados contra a administração pública estrangeira.

No tocante às competências relacionadas aos processos envolvendo atos lesivos contra a administração pública nacional, o Decreto nº 8.420, de 2015, art. 13, § 1º, I a V, elencou as circunstâncias em que a CGU poderá atuar concorrentemente para instaurar o PAR ou exclusivamente para avocar processos já em curso em outros órgãos e entidades do Poder Executivo federal. São elas:

- I. Caracterização de omissão da autoridade originariamente competente;
- II. Inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem;
- III. Complexidade, repercussão e relevância da matéria;
- IV. Valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade atingida; ou
- V. Apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou entidade da administração pública federal.

Em quaisquer dessas situações, os órgãos e entidades da administração pública ficam obrigados a encaminhar à CGU todos os documentos e informações que lhes forem solicitados, incluídos os autos originais dos processos que eventualmente estejam em curso. Ademais, segundo o §2º do art. 5º da IN nº 13/2019, os processos que forem avocados terão continuidade a partir da fase processual em que se encontravam no órgão ou entidade de origem, podendo ser designada nova comissão para dar seguimento à apuração, bem como poderão ser aproveitadas as provas já carreadas aos autos, salvo aquelas eivadas de nulidade absoluta.

### 11.3. Competência: Transferências de Recursos Federais

A respeito do repasse de verbas públicas da União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, vale registrar que ele se dá basicamente sob três formas: (i) transferências constitucionais ou obrigatórias; (ii) transferências legais ou “fundo a fundo”; e (iii) transferências voluntárias.

As primeiras - transferências constitucionais - são aquelas realizadas pelo Tesouro Nacional em cumprimento aos dispositivos da Constituição Federal e se referem ao rateio da receita proveniente de impostos aos entes federados, nos prazos legalmente estabelecidos. Os valores recebidos por meio de tais transferências passam a fazer parte do orçamento do ente da federação a que se referir, deixando de pertencer à União. Em razão disso, não recai sobre estes valores fiscalização exercida pela União por meio de órgãos como a CGU ou o TCU, sob pena de violação do princípio da federação, por interferência na autonomia e na autodeterminação do ente federativo.

As transferências legais ou “fundo a fundo” são aquelas previstas em leis específicas e consistem no repasse regular e programado de recursos federais diretamente de um fundo federal para fundos pertencentes aos Estados e Municípios, independentemente de convênio ou instrumento similar. Tem-se, como exemplo, os repasses oriundos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) e o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB).

Por fim, as transferências voluntárias consistem nos recursos financeiros repassados pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios em decorrência da celebração de convênios (cujos recursos são transferidos diretamente da União para o ente da federação), contratos de repasse (que é um instrumento de transferência voluntária realizada por intermédio de instituições financeiras oficiais federais) e ajustes ou outros instrumentos similares, cuja finalidade é a realização de obras e/ou serviços de interesse comum e coincidente às diversas esferas de governo envolvidas.

O que importa assinalar nestas duas últimas modalidades de repasse é que as verbas federais que são transferidas aos demais entes federativos não passam a pertencer a estes e nem são incorporadas aos seus orçamentos. Por esta razão, os valores federais envolvidos em tais transferências estão sujeitos à fiscalização tanto dos órgãos de controle interno e externo da União, quanto do órgão federal gestor do fundo ou do programa do governo federal a que se relacionam.

E, embora os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não disponham de autonomia federativa plena quanto aos recursos transferidos por meio de transferências “fundo a fundo” e voluntárias, possuem o dever de zelar pela boa gestão e aplicação de tais recursos públicos federais no âmbito das ações e projetos locais para os quais eles foram destinados, sendo tais entes federativos diretamente competentes para lançar mão das medidas sancionatórias administrativas cabíveis em caso de irregularidades envolvendo tais recursos.

Em um primeiro momento, entendeu-se que, diante de indícios de irregularidades na aplicação de recursos públicos federais transferidos pela União aos Estados, Distrito Federal ou Municípios, como, por exemplo, desvios de finalidade ou celebração de contratos fraudulentos, comprometendo, com isso, a realização de projeto, atividade ou serviço de interesse da União e da sociedade como um todo e, portanto, prejudicando a regularidade do funcionamento da Administração Pública Federal, estaria legitimada a atuação administrativa sancionadora da União para reprimir tais atos lesivos, seja, primeiramente, por meio do órgão federal que gere o fundo ou programa federal relacionado à verba transferida, seja, subsidiariamente, por meio da CGU ou, no âmbito do controle externo, pelo TCU.

Ocorre que a competência dos órgãos e entidades federais para apurar eventuais atos lesivos praticados por pessoas jurídicas em face de administração pública municipal ou estadual, quando envolvidos recursos federais, foi objeto de pareceres divergentes emitidos por consultorias jurídicas da Advocacia-Geral da União - AGU, o que demandou pronunciamento a respeito, em caráter uniformizador, pela Consultoria-Geral da União.

Nos termos do Parecer nº 00066/2017/DECOR/CGU/AGU, de 28 de junho de 2017, aprovado pelo Despacho nº 01177/2018/GAB/CGU/AGU, de 24 de dezembro de 2018, emitido pelo Exmo. Consultor-Geral da União Substituto, sedimentou-se o seguinte posicionamento da Consultoria-Geral da União da AGU acerca da matéria:

*Em que pese a competência primária do ente federativo contratante, é incontestável a atribuição, de forma concorrente, não só da Controladoria-Geral da União, mas das Pastas Ministeriais que transferiram recursos federais via convênios e instrumentos congêneres, para fins de fiscalizar e aplicar sanções - previstas no microsistema sancionatório-administrativo - a terceiros que cometeram irregularidades mediante a utilização daquelas verbas repassadas pela União aos Estados e/ou Municípios. (grifos acrescidos)*

Outrossim, repisa-se a competência do órgão/entidade lesada (no Estado, Município ou Distrito Federal) e destaca-se, em caso de omissão, a competência também do Ministério Público, nos termos do já citado art. 20 da Lei nº 12.846, de 2013:

*Art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.*

## 12. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

O juízo de admissibilidade é a análise que a autoridade competente para instaurar o PAR deve fazer toda vez que tiver ciência de alguma irregularidade, consistindo em um procedimento preliminar inquisitorial de análise acerca da existência dos elementos necessários para a instauração de PAR.

O juízo de admissibilidade deve ser realizado pela autoridade competente para instauração do PAR. Entretanto, na prática, quem efetivamente conduz os trabalhos e análises respectivos é a Corregedoria ou a unidade que exerce essa função no órgão ou entidade, a qual atua assessorando a decisão final da autoridade competente.

Então, a ciência de alguma irregularidade pela autoridade competente é o que faz nascer a necessidade de se proceder ao juízo de admissibilidade. É o chamado “dever de apurar” que é um poder-dever da Administração Pública.

Como já aludido, são variadas as formas de a autoridade competente tomar ciência de uma irregularidade. Didaticamente, pode-se dividir a ciência da irregularidade em real e ficta.

A ciência real é aquela em que se consegue indicar e comprovar documentalmente que a autoridade tomou conhecimento da irregularidade. São exemplos a denúncia, a representação, a ciência de um relatório de auditoria, recebimento de informações provenientes de acordos de leniência, o recebimento de ofícios de outros órgãos relatando a irregularidade a exemplo do Ministério Público, Polícia Federal, CGU, TCU, Poder judiciário etc.

Já a ficta é aquela em que não fica registrada em nenhum documento a ciência da autoridade competente. O principal exemplo é a informação de irregularidade que é amplamente divulgada na mídia oficial. Nessa hipótese, ainda que não haja um documento formal dando notícia da irregularidade à autoridade competente, considera-se que a autoridade tomou ciência da irregularidade.

Essa definição de que a autoridade competente tomou ciência da irregularidade é importante porque a ciência da irregularidade faz surgir o dever de apurar e, conseqüentemente, a necessidade de se realizar o juízo de admissibilidade. Mais do que isso, a ciência da irregularidade também faz iniciar a contagem da prescrição como se verá no capítulo que trata sobre prescrição.

A propósito, vale chamar atenção que o art. 27 da Lei nº 12.846, de 2013, previu a responsabilização penal, civil e administrativa para a autoridade competente que tome ciência de uma irregularidade prevista na Lei e não adote as providências para apuração dos fatos.

Então, ao tomar conhecimento de uma irregularidade, a autoridade competente deve realizar o juízo de admissibilidade, o qual se materializa em uma análise motivada e conclusiva dos elementos de informação e documentos disponíveis, para decidir pelo arquivamento da notícia de irregularidade ou pela instauração do PAR.

Nos termos do art. 8º da IN nº 13/2019, o juízo de admissibilidade compreende:

- 1. análise inicial das informações e provas disponíveis no momento da ciência da infração;*
- 2. produção de documentos e informações necessárias para comprovação da notícia de irregularidade, caso as informações e documentos existentes no momento da ciência da infração não sejam suficientes para a instauração imediata do PAR ou para o pronto arquivamento da notícia de irregularidade; e*
- 3. análise final conclusiva e fundamentada quanto à instauração do PAR ou arquivamento da notícia de irregularidade.*

O juízo de admissibilidade indicará a necessidade de instauração do PAR quando a Administração Pública dispuser de informações e documentos suficientes e aptos para sustentar a elaboração de uma acusação formal em face da pessoa jurídica infratora.

Para tanto, o art. 10 da IN nº 13/2019 indica ser indispensável que o documento conclusivo do juízo de admissibilidade aponte:

- a) o nome e o respectivo CNPJ da pessoa jurídica infratora;
- b) a descrição da conduta lesiva supostamente praticada;
- c) a indicação dos documentos constantes nos autos que permitiram concluir pela ocorrência da conduta lesiva; e
- d) o enquadramento preliminar da conduta lesiva nos tipos previstos no art. 5º da Lei 12.846, de 2013, registrando, inclusive, quando o ato lesivo configurar simultaneamente um ilícito para a Lei nº 8.666, de 1993 ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública, hipótese em que se registrará a instauração do PAR nos termos do art. 12 do Decreto nº 8.420, de 2015.

O PAR só deverá ser instaurado quando já houver informações e documentos suficientes para sustentar a acusação formal em desfavor da pessoa jurídica. Esse é entendimento consolidado pela CGU que, na condição de órgão central do SISCOR, orienta os demais órgãos e entidades do sistema, com fulcro na IN nº 13/2019. Essa orientação se baseia na própria leitura da lei e de seu regulamento, que não previram uma fase de inquérito administrativo após a instauração do PAR, tal como existe na Lei nº 8.112, de 1990<sup>72</sup>.

A CGU entende que o ideal é que o inquérito administrativo, se necessário, ocorra antes da instauração do PAR, na fase do juízo de admissibilidade, de forma inquisitorial, ou seja, sem a necessidade de observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Essa técnica tem como vantagem a redução do risco de instauração de PAR sem elementos concretos de informações e documentos que comprovem a irregularidade cometida pela pessoa jurídica. Ou seja, somente há a instauração do PAR quando já há um juízo preliminar da ocorrência do ilícito, pautado em informações e documentos de posse da administração pública.

Sob outra ótica, se o inquérito administrativo conduzido ainda na fase do juízo de admissibilidade não conseguir elementos de informação e documentos que permitam afirmar a ocorrência do ilícito, a notícia de irregularidade será arquivada sem que a pessoa jurídica seja intimada a acompanhar o PAR.

Então, para deixar bem didático, quando uma autoridade competente toma ciência de uma irregularidade, ela tem três opções a saber:

1. Arquivar a notícia de irregularidade - Caso a informação recebida não traga os elementos mínimos que permitam a sua apuração.
2. Instruir a notícia de irregularidade - Caso a informação recebida não tenha todas as informações e documentos necessários para a lavratura de uma acusação formal, mas contenha elementos que permitam aprofundar a análise por meio de uma investigação administrativa (sinônimo de inquérito administrativo).
3. Instauração do PAR - Caso a informação recebida já venha acompanhada das informações e documentos necessários para a lavratura de uma acusação formal.

As notícias de irregularidades que são prontamente arquivadas são as denúncias genéricas do tipo: “Tem um servidor do órgão X que recebe propina de empresas para direcionar licitações.”. Nesse exemplo de denúncia genérica não há a indicação de quem é o servidor que recebeu propina, de qual ou quais empresas pagaram propina, de qual ou quais são os contratos que estão relacionados ao pagamento dessa pro-

<sup>72</sup> O artigo 151 da Lei 8.112/90 previu a fase de inquérito administrativo após a instauração do PAD, sistemática que não se observa na Lei 12.846/13.

pina, de qual é a vantagem que o servidor proporcionou à empresa para que esta lhe pagasse uma propina, de que forma essa propina foi paga etc. Enfim, não há elementos mínimos que permitam o início de uma investigação administrativa. Nesse caso o juízo de admissibilidade relatará a generalidade da denúncia, a falta de elementos que possibilitem uma investigação e decidirá pelo arquivamento da notícia de irregularidade.

As notícias de irregularidade que demandam instrução (investigação administrativa ou inquérito administrativo) são aquelas que trazem notícias que permitem à autoridade competente apurar, mas que não trazem consigo todos os elementos de informação e documentos suficientes para sustentar uma acusação formal. Pode se dar como exemplo a denúncia de um licitante relatando que determinado atestado de capacidade técnica apresentado pelo licitante vencedor do certame é falso. O recebimento dessa denúncia faz nascer para a autoridade competente o dever de apurar. É uma denúncia que aponta claramente quem é a pessoa jurídica que cometeu a infração e qual a infração cometida indicando inclusive qual o documento falso que foi apresentado. Essa denúncia, por si, não é suficiente para sustentar uma acusação formal, pois é preciso diligenciar para comprovar que o atestado de capacidade técnica é, de fato, falso; caso se comprove a falsidade do citado documento, já se terá os elementos e documentos necessários aptos a sustentar uma acusação formal o que levará à instauração do PAR.

Finalmente, a notícia de irregularidade cujo juízo de admissibilidade determina de imediato a instauração do PAR é aquela notícia que chega com todos os elementos necessários para comprovar a irregularidade e conseqüentemente traz consigo as informações e documentos suficientes a sustentar uma acusação formal.

Um exemplo é um inquérito policial, enviado à autoridade competente, cujo relatório aponte a comprovação do recebimento de propina por servidor do órgão ou entidade, propina recebida de determinada empresa e comprovada por diversos documentos contidos nos autos como quebra de sigilo bancário, confissão do servidor dentre outros. Nesse exemplo, em relação à empresa que pagou a propina, a notícia da irregularidade chega à autoridade competente com todas as informações e documentos que comprovam a irregularidade e conseqüentemente aptos a sustentar uma acusação formal em face da pessoa jurídica infratora.

Vale chamar a atenção que o juízo de admissibilidade se materializa em um documento formal e deve observar necessariamente o princípio da motivação.

## 12.1. Investigação Administrativa

A investigação administrativa é uma ferramenta que visa colher elementos de informação e provas para subsidiar o juízo de admissibilidade da autoridade competente, podendo ser feita diretamente pela unidade de corregedoria do órgão ou entidade; ou por meio de uma comissão.

### 12.1.1. Investigação Administrativa Direta

No caso da investigação administrativa direta, a própria autoridade competente ou a unidade de corregedoria do órgão ou entidade instrui a investigação sem a necessidade de formalizar uma comissão para essa finalidade, a teor do que prevê o inciso I do art. 9º da IN nº 13/2019. Para tanto, devem ser praticados todos os atos necessários para a elucidação dos fatos sob apuração, tais como:

- I - expedição de ofícios requisitando informações e documentos;
- II - tomada de depoimentos necessários ao esclarecimento dos fatos;
- III - realização de perícias necessária para a elucidação dos fatos;
- IV - requisição à administração fazendária, por meio da autoridade competente, do compartilhamento de sigilo fiscal da pessoa jurídica investigada nos termos do inciso II do § 1º do art. 198 do Código Tributário Nacional quando necessário para a apuração dos fatos;

V - requisição, por intermédio do seu órgão de representação judicial ou equivalente, da realização de busca e apreensão e demais medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações;

Ainda que a investigação administrativa seja uma forma menos burocrática de condução do inquérito administrativo, continua sendo necessário o cadastro do recebimento da notícia de irregularidade no sistema CGU-PJ bem como a inclusão do documento final conclusivo do juízo de admissibilidade no citado sistema (nota técnica conclusiva; despacho decisório).

O resultado da investigação administrativa direta se materializa por meio de uma nota técnica fundamentada e conclusiva que será submetida à aprovação da autoridade competente. Na hipótese de a nota técnica sugerir a instauração de PAR, esta deverá conter o registro das informações indispensáveis do juízo de admissibilidade, já aqui enumeradas, com o apontamento, inclusive, de que o ato lesivo configura simultaneamente um ilícito para a Lei nº 8.666/93 ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública, hipótese em que se registrará a instauração do PAR nos termos do art. 12 do Decreto nº 8.420 de 2015.

### 12.1.2. Investigação preliminar Sumária - IPS

A Corregedoria-Geral da União, unidade da Controladoria-Geral da União, sempre orientou as unidades de correição do Poder Executivo Federal a adotarem providências necessárias para evitar a abertura de processos correicionais de forma precipitada ou à míngua de indícios de ocorrência de ilícitos funcionais ou de infração administrativa. Por esse motivo, reforça-se aqui a importância de um robusto juízo de admissibilidade prévio à abertura de processo administrativo de responsabilização. Tal medida torna o PAR mais robusto e eficiente, mas também propicia uma maior observância ao devido processo legal às pessoas jurídicas processadas.

Tal orientação ganhou ainda maior reforço com o advento da Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019). Referida norma passou a tipificar como crime o ato de “requisitar ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa” (art. 27). De forma complementar, tal dispositivo indica que não há crime quando o procedimento em questão se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada. Percebe-se, portanto, a preocupação do legislador em orientar ao gestor público que não deflagre processo de natureza punitiva, sem antes seja realizado uma devida análise das provas e indícios que justificam a medida.

Nesse contexto, a Corregedoria-Geral da União editou a Instrução Normativa nº 8/2020, com o propósito de regulamentar a Investigação Preliminar Sumária (IPS) no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal. A IPS é procedimento meramente investigativo, de caráter preparatório, que objetiva a coleta de elementos de informação para a análise acerca da existência dos elementos de autoria e materialidade relevantes para a instauração de processo administrativo disciplinar acusatório, processo administrativo sancionador ou processo administrativo de responsabilização.

Portanto, a IPS constitui instrumento do juízo de admissibilidade que tem por objetivo possibilitar juízo de valor sobre o cabimento da instauração do processo acusatório.

É um procedimento informal, cuja instauração poderá ocorrer mediante simples despacho da autoridade competente, sem a publicação em boletim interno ou D.O.U. Seu acesso é restrito até a decisão final ou o julgamento do processo acusatório decorrente.

A principal diferença da IPS em relação aos demais instrumentos de natureza investigativa, tais como a sindicância e a investigação preliminar, é a sua forma de condução. A IPS poderá ser conduzida diretamente pela unidade de correição e os atos instrutórios podem ser praticados por um ou mais servidores, a critério da autoridade instauradora, possibilitando que cada ato seja praticado por servidor mais capacitado na ma-

téria. Na IPS, portanto, não há necessidade de formação de comissão específica, como ocorre nos demais procedimentos.

Os atos instrutórios da IPS se dividirão em:

- a) exame inicial das informações e provas existentes;
- b) coleta de evidências e informações necessárias para averiguação da procedência da notícia; e
- c) manifestação conclusiva e fundamentada, indicando a necessidade de instauração do processo acusatório, de celebração de TAC ou de arquivamento da notícia.

Cabe à autoridade instauradora supervisionar os atos instrutórios, que devem observar o cronograma de trabalho estabelecido e os meios probatórios adequados. O prazo para conclusão dos trabalhos na IPS é de até 180 dias.

### 12.1.3. Investigação preliminar - IP

A outra forma que o órgão ou entidade tem para realizar o inquérito administrativo, caso necessário, é instaurar uma comissão de Investigação Preliminar - IP.

Tanto a investigação preliminar quanto a investigação administrativa direta e a IPS são ferramentas que o titular da unidade de correição tem à sua disposição para instruir a notícia de irregularidade que ainda não conta com todas as informações e documentos suficientes para a instauração do PAR. Ou seja, são procedimentos administrativos que subsidiam o juízo de admissibilidade da autoridade competente.

A diferença entre uma e outra está no nível de formalidade que se pretende dar à instrução da notícia de irregularidade. Isso por que a investigação preliminar é um procedimento formalmente instaurado, previsto em legislação.

A orientação da CGU é que os órgãos e entidades do SISCOR deem preferência para a investigação administrativa direta, que tende a ser mais célere. Ou seja, a investigação preliminar tem, preferencialmente, um caráter subsidiário.

A investigação preliminar foi instituída e disciplinada pelo Decreto nº 8.420, de 2015, em seu art. 4º e regulamentada pela IN nº 13/2019. Trata-se de procedimento sigiloso, não punitivo e de caráter preparatório que visa subsidiar o juízo de admissibilidade da autoridade competente por meio da coleta de informações e documentos que visam comprovar ou refutar a notícia de irregularidade.

A instauração da investigação preliminar pode ser realizada por mero despacho da autoridade competente para instauração do PAR dispensando-se a publicação.

A IP será conduzida por comissão formada por dois ou mais servidores efetivos, ressalvado o caso das entidades da administração pública federal cujos quadros funcionais não sejam formados por servidores estatutários, hipótese em que a comissão será composta por dois ou mais empregados públicos. O despacho de designação da comissão indicará o seu presidente.

O prazo para conclusão dos trabalhos da comissão de IP não excederá 60 dias, admitindo-se as prorrogações que se façam necessárias para ultimação da apuração, desde que haja pedido motivado do presidente da comissão à autoridade instauradora.,

Para o regular desempenho de suas atribuições, a comissão de IP realizará todas as diligências que se façam necessárias tais como, à semelhança das já citadas para a investigação administrativa.

Ao final dos trabalhos a comissão lavrará relatório final conclusivo que será enviado junto com os autos da IP para decisão da autoridade instauradora com sugestão de arquivamento ou de instauração de PAR.

## 13. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO (PAR)

### 13.1. Portaria

A portaria é o instrumento utilizado pela autoridade administrativa para formalizar a instauração do PAR, após a realização do juízo de admissibilidade que tenha conduzido à conclusão pelo seu cabimento.

Nos termos do art. 13 da IN nº 13/2019, a Portaria deverá ser publicada no Diário Oficial da União, contendo os seguintes elementos:

- I - o nome, o cargo e a matrícula dos membros integrantes da comissão;
- II - a indicação do membro que presidirá a comissão;
- III - o número do processo administrativo onde foi realizado o juízo de admissibilidade;
- IV - o prazo para conclusão dos trabalhos da comissão; e
- V - o nome empresarial e o número do registro no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ da pessoa jurídica que responderá ao PAR.

Necessário enfatizar que os trabalhos da comissão somente poderão ser iniciados a partir da data da publicação da portaria, sob pena de nulidade dos atos eventualmente praticados anteriormente.

Em relação ao prazo, a Lei nº 12.846, de 2013, estabeleceu no § 3º do seu art. 10, que a comissão deverá concluir o processo em 180 (cento e oitenta) dias, contados da publicação da portaria de instauração, podendo ser prorrogado mediante ato fundamentado da autoridade instauradora (cf. art. 10, § 4º, Lei nº 12.846, de 2013).

Vale ressaltar que tal prazo poderá ser prorrogado quantas vezes forem necessárias para que a apuração seja finalizada a contento, desde que o pedido de prorrogação seja devidamente fundamentado pela comissão e aprovado pela autoridade competente. Neste sentido, o Enunciado CGU nº 24, publicado em 26 de março de 2019<sup>73</sup>.

Para permitir o correto acompanhamento e validação dos atos da comissão, em relação à vigência das portarias, tanto a de instauração, quanto as de prorrogação, deverão ser juntadas aos autos do PAR.

### 13.2. Comissão

A comissão responsável por conduzir o PAR será composta por dois ou mais servidores estáveis designados pela autoridade competente para a instauração (art. 10, caput, LAC). Em entidades da administração pública federal cujos quadros funcionais não sejam formados por servidores estatutários, a comissão de PAR será composta por dois ou mais empregados públicos, preferencialmente com no mínimo três anos de tempo de serviço na entidade.

Para assegurar o devido e regular exercício de suas funções, a comissão de PAR poderá:

- a) propor à autoridade instauradora a suspensão cautelar dos efeitos do ato ou do processo objeto da investigação;
- b) solicitar a atuação de especialistas com notório conhecimento, para auxiliar na análise da matéria sob exame;

<sup>73</sup> Enunciado CGU nº 24, de 23 de janeiro de 2019 (DOU de 26 de março de 2019, seção 1, página 74): O prazo dos trabalhos das comissões de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR, de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, poderá ser prorrogado, por mais de uma vez, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora, para possibilitar a regular conclusão do processo.

- c) solicitar ao órgão de representação judicial ou equivalente dos órgãos ou entidades lesadas que requeira as medidas necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão, no País ou no exterior;
- d) utilizar-se de todos os meios probatórios admitidos em lei para elucidação dos fatos; e
- e) realizar os atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Após a instauração do PAR, a comissão lavrará nota de indicição, que será abordada adiante em tópico específico, e intimará a pessoa jurídica processada para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretenda produzir. Entretanto, se julgar necessário, a comissão poderá produzir novas provas antes de lavrar a nota de indicição.

Por fim, vale registrar ainda que, os membros da comissão deverão agir de modo a evitar o conflito de interesses e a proteger informações privilegiadas, obrigações gerais previstas no art. 4º da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.

### 13.2.1. Impedimento e Suspeição

Os arts. 18 e 20, da Lei nº 9.784, de 1999, de maneira não taxativa, materializam o princípio da impessoalidade, ao exigir de todos os atores do processo administrativo uma atuação isenta e imparcial, de modo a não privilegiar, de modo devido, a si ou a terceiro, não incorrendo, para tanto, em situações de impedimento ou suspeição. Em que pese a aplicação, inclusive, às autoridades, em razão de estarmos tratando da comissão do PAR, os comentários seguintes terão por foco a situação dos seus integrantes.

Embora a designação dos membros seja pontual e a cargo apenas da autoridade instauradora, não comportando contraditório, inclui-se no direito à ampla defesa a possibilidade de questionar a designação de um ou mais dos integrantes da comissão, quando o potencial prejudicado vislumbrar situação de impedimento ou suspeição.

O impedimento deriva de uma situação objetiva e gera presunção absoluta de parcialidade. Uma vez configurado, não há possibilidade de refutação pelo próprio impedido ou pela autoridade a quem se destina a alegação. Ao contrário, quem estiver em situação de impedimento, deverá, obrigatoriamente, comunicar o fato, se abstendo de atuar, sob pena de incorrer em falta grave (art. 19, Lei nº 9.784, de 1999). Desse modo, o integrante de comissão de PAR que se encontrar em situação de impedimento, deverá, imediatamente, comunicar à autoridade instauradora, para que seja substituído na comissão de que se tratar.

A suspeição, por sua vez, deriva de uma situação subjetiva e gera uma presunção relativa de parcialidade. Pela sua própria natureza, depende de arguição, pelo próprio suspeito ou pelo prejudicado pela situação. Caso não arguida oportunamente, o vício será considerado sanado.

No contexto da comissão de PAR, o próprio membro poderá indicar a situação de suspeição ou a pessoa jurídica processada poderá argui-la. Em ambos os casos, competirá à autoridade instauradora a decisão final a respeito. A autoridade, nestes casos, desempenhará papel extremamente relevante, pois que poderá rejeitar a alegação de suspeição e, nesta hipótese, manter o membro atuando no processo. Para tanto, além de analisar as circunstâncias do caso concreto, deverá fazer uma análise de risco, em especial quando o próprio membro já indicar a sua não parcialidade para atuação no caso. Vale dizer que, quando houver alegação do possível prejudicado, aquele membro da comissão contra quem se arguir a suspeição deverá manifestar-se a respeito, podendo concordar ou discordar do alegado, seguindo a alegação e argumentação para apreciação da autoridade.

Como mencionado, as hipóteses trazidas pela Lei nº 9.784, de 1999 não são taxativas, sendo relevante considerar que a linha mestra para a análise da situação concreta é a potencial ou real quebra da

imparcialidade necessária para atuar no PAR. Pela relevância do tema, é importante transcrever a previsão legal em comento:

*Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:*

*I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;*

*II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;*

*III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.*

*(...)*

*Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.*

Além da dificuldade prática inerente à definição de conceitos como “interesse na matéria”, “amizade íntima”, “inimizade notória”, há uma elevação do grau de dificuldade para análise no PAR, onde não haverá pessoa física processada, mas, tão somente entes privados.

A primeira observação a ser feita é quanto aos requisitos normativos que, para órgãos que sigam o regime estatutário, exige que a comissão seja composta por servidores estáveis e, nos que não o forem, empregados públicos (vale dizer que o tempo mínimo de serviço, neste caso, é “preferencial”, ou seja, não seria um impeditivo para a designação do empregado público). São características objetivas que, portanto, se amoldam à figura do impedimento.

Ademais, para minimizar a dificuldade acima mencionada e, por outro lado, tentar maximizar o alcance de situações que, realmente, poderão interferir no andamento do PAR, a CGU sugere avaliar o seguinte rol de situações, sem qualquer pretensão de ser uma lista taxativa:

- a) Existência interesse direto ou indireto na matéria, avaliando-se o interesse indicado, e sua relação com o objeto do processo;
- b) Participação como como perito, testemunha, representante ou preposto da pessoa jurídica investigada, ou de sócio (s) que a integre (m) e que detenha (m) poder decisório<sup>74</sup>, assim como de seu respectivo cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;
- c) Litígio findo ou em curso, administrativo ou judicial, com a pessoa jurídica investigada, com sócio (s) que a integre (m) e que detenha (m) poder decisório, com seu (s) representante (s) ou preposto (s); ou com o (s) respectivo (s) cônjuge (s), companheiro (s) ou parente (s) e afins até o terceiro grau;
- d) Amizade íntima ou inimizade notória com qualquer (is) do (s) sócio (s) que integre (m) e que detenha (m) poder decisório na pessoa jurídica investigada, com seu (s) representante (s) ou preposto (s); ou seu (s) respectivo (s) cônjuge (s), companheiro (s) ou parente (s) e afins até o terceiro grau;
- e) Participação em análises e atividades anteriores referentes aos fatos em apuração, como juízos de admissibilidade, investigações preliminares, sindicâncias, auditorias, fiscalizações, operações especiais, bem como outros procedimentos de caráter investigativo e/ou contraditório nos quais tenha sido exposta convicção sobre (não) materialidade e/ou (não) culpabilidade, devendo ser indicada a atividade em questão;
- f) Posse de ações ou participação relevante na pessoa jurídica investigada, caso em que o integrante da comissão deverá informar o valor das ações e o percentual de participação, conforme o caso.

Importante, assim, que haja análise criteriosa, no caso concreto, pois, a configuração de uma situação de impedimento ou suspeição, não remediada, poderá conduzir à nulidade do processo administrativo.

### 13.3. Instrução Processual

A referência à forma de comunicação no âmbito do PAR decorre do fato de se tratar de um processo conduzido com respeito ao contraditório e à ampla defesa, para cujo exercício é indispensável o conhecimento daquilo que instrui o processo.

Assim, o Decreto nº 8.420, de 2015, ao prever a Investigação Preliminar como instrumento de “apuração de indícios de autoria e materialidade”, conforma a noção de que o PAR (que, na existência de ambos os procedimentos, normalmente será posterior) já deve ser instaurado com provas mínimas de autoria e de materialidade, aferidas por ocasião do já referido juízo de admissibilidade.

Em que pese o parágrafo único do art. 17 da IN nº 13/2019 possibilitar à comissão que produza novas provas antes de lavrar a nota de indicição, trata-se de previsão que deve ser utilizada de forma excepcional. Deve-se ter em mente que o juízo de admissibilidade é o momento adequado para a realização da avaliação acerca existência elementos que justificam a instauração de um PAR e, portanto, da formulação de uma acusação formal para que a pessoa jurídica exerça seu direito defesa. A produção de provas antes do indiciamento, indica possível discordância com o juízo de convencimento já realizado pela autoridade competente.

Dessa maneira, publicada a portaria de instauração, e presumindo que, pelo menos do ponto de vista da Administração Pública, a matéria a apurar já está evidenciada, será dado conhecimento e garantido acesso aos representantes legais ou procuradores da pessoa jurídica processada, por meio de intimação que visa dar conhecimento do conteúdo da nota de indicição (art. 16).

#### 13.3.1. Nota de indicição

Nos termos do art. 17 da IN nº 13/2019, a Nota de Indicição deverá conter no mínimo:

- a) a descrição clara e objetiva do ato lesivo imputado à pessoa jurídica, com a descrição das circunstâncias relevantes;
- b) o apontamento das provas que sustentam o entendimento da comissão pela ocorrência do ato lesivo imputado; e
- c) o enquadramento legal do ato lesivo imputado à pessoa jurídica processada.

Com a intimação da nota de indicição, oportuniza-se para a pessoa jurídica processada o direito de apresentação defesa escrita, no prazo de 30 dias.

#### 13.3.2. Comunicações processuais

Os atos processuais já praticados ou futuros serão comunicados por meio de intimações. Estas serão utilizadas, também, para convocação de testemunha para prestar depoimento ou do declarante para prestar declaração.

Na esfera civil os atos processuais são transmitidos a seus destinatários por meio da citação e da intimação, utilizando-se aquela para que o réu tome conhecimento do processo e esta para que qualquer sujeito, parte ou não, tome conhecimento de certos atos e de certos termos do processo. Também no PAR, em que pese a maior preocupação com o conteúdo dos atos, em relação à sua nomenclatura, à pessoa jurídica também será dado o conhecimento do processo, para acompanhamento, e ciência dos atos processuais, mesmo porque, conforme já referido, a informação é um dos elementos do direito ao contraditório.

Ressalte-se que não há uma forma determinada para a comunicação processual no PAR, podendo a mesma ser feita por qualquer meio físico ou eletrônico que assegure a certeza de ciência da pessoa jurídica acusada, em vista do disposto no art. 7º, do Decreto nº 8.420, de 2015. Nesse sentido vale mencionar o Enunciado CGU n.º 10, de 30 de outubro de 2015, segundo o qual:

*VALIDADE DA NOTIFICAÇÃO DE ATOS PROCESSUAIS. A validade de uma intimação ou notificação real fica condicionada a ter sido realizada por escrito e com a comprovação da ciência pelo interessado ou seu procurador, independentemente da forma ou do meio utilizado para sua entrega.*

A certeza do conhecimento pelo destinatário do ato de comunicação é essencial, tanto para a demonstração do atendimento ao princípio do contraditório, quanto para demarcação temporal quando o ato implicar na fixação de prazo para alguma providência, por exemplo, especificação de provas, apresentação de defesa, etc. Importa ressaltar que o §1º do art. 7º, do Decreto n.º 8.420, de 2015, prevê, para o caso de insucesso das formas ordinárias de comunicação, a utilização de edital publicado na imprensa oficial, em jornal de grande circulação no Estado da federação em que a pessoa jurídica tenha sede, e no sítio eletrônico do órgão ou entidade pública responsável pela apuração do PAR, hipótese em que o prazo eventualmente fixado será contado a partir da última data de publicação do edital. Destaque-se, quanto à forma de contagem dos prazos, a aplicabilidade da Lei nº 9.784, de 1999, em especial os arts. 66 e 67.

O edital também deverá ser utilizada quando frustrada a comunicação ordinária à pessoa jurídica que não possua sede, filial ou representação no País, cuja representação no exterior seja desconhecida. Neste caso, a publicação ocorrerá na imprensa oficial e no sítio eletrônico do órgão ou entidade público responsável pela apuração do PAR, contando-se o prazo para apresentação da defesa a partir da última data de publicação do edital (cf. §2º do art. 7º, Decreto nº 8.420, de 2015).

Importante salientar que o meio eletrônico é a forma mais simples, rápida e com custo muito baixo de comunicação dos atos do processo, levando em consideração aspectos de tempo, esforço e custo propriamente dito, por esses motivos é o meio que deve prevalecer como forma de comunicação. No entanto, visando à certeza do conhecimento dos atos processuais pela pessoa jurídica, deve-se pedir a sua confirmação, que também poderá ser por meio eletrônico, evitando-se os avisos de recebimento automáticos, os quais não indicam a devida ciência por parte do destinatário.

Em que pese estar em desuso, admite-se a comunicação por via postal<sup>75</sup>, com fundamento no art. 273, II, CPC. Frustrada a comunicação pelo meio correio, e não sendo caso de utilização do edital, a via postal poderá ser utilizada, especialmente, quando a sede ou representação da pessoa jurídica processada estiver em localidade diferente da do órgão que estiver apurando as irregularidades. Quanto ao prazo, este só começará da juntada aos autos do aviso de recebimento.

Visando adequar os procedimentos correccionais com as práticas mais modernas de comunicação, a Corregedoria-Geral da União editou a IN nº 9/2020, que regulamentou a utilização de comunicações processuais a serem realizadas por meio de correio eletrônico ou aplicativo de mensagem instantânea. Trata-se de medida que visa permitir e orientar as unidades correccionais a adotarem mecanismos mais modernos de comunicação, primando pela eficiência e assegurando a maior participação dos acusados nos processos.

A IN nº 9/2020 permite que a utilização de recursos tecnológicos para a realização de qualquer ato de comunicação processual, inclusive, no caso de PAR, a intimação para apresentação de alegações escritas e alegações finais. A comunicação processual deve ser encaminhada para o e-mail e para o telefone móvel pessoal, funcional ou particular do servidor público; ou para o e-mail ou telefone móvel institucional dos entes privados. No entanto, a pessoa jurídica processada poderá fornecer outro endereço de e-mail ou outro número de telefone móvel para o encaminhamento das comunicações pela comissão.

<sup>75</sup> A ferramenta de busca disponibilizada pela receita federal tem sido valiosa para se encontrar o endereço das empresas, facilitando, sobremaneira, o trabalho da comissão; sugere-se, nesse sentido, a sua consulta sempre que necessário por meio do seguinte endereço eletrônico: [https://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/cnpj/cnpjreva/cnpjreva\\_solicitacao02.asp](https://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/cnpj/cnpjreva/cnpjreva_solicitacao02.asp).

A confirmação de leitura da comunicação enviada poderá ocorrer com a manifestação expressa do destinatário; com a confirmação automática de leitura; com o sinal gráfico característico do aplicativo; ou com o atendimento da finalidade da comunicação. Com a confirmação da leitura, terá início no dia útil seguinte a contagem de prazo processual, quando for o caso. Importante acrescentar que, caso o encaminhamento tenha sido para e-mail ou número de telefone móvel informados ou confirmados pela pessoa jurídica, ocorrerá a ciência ficta da comunicação. Em outras palavras, presume-se como recebida a comunicação, nessa hipótese. Trata-se de respeito ao princípio da boa-fé processual, uma vez que o próprio interessado indicou aquele meio de comunicação como sendo o adequado.

Caso não ocorra alguma das formas de confirmação de leitura elencadas no parágrafo anterior, a comunicação processual deverá cancelada e repetida por qualquer meio.

A mensagem de e-mail ou de aplicativo de mensagem instantânea e a confirmação da leitura pelo destinatário devem ser juntadas aos autos ou, alternativamente, ser juntado termo no qual constem o dia, o horário e o número de telefone para o qual a comunicação foi enviada, bem como o dia e o horário em que ocorreu a confirmação da leitura pelo destinatário.

Ainda neste tema vale mencionar a possibilidade prevista no art. 191 do CPC, conhecida como “calendarização”, que, no caso do PAR, significaria o acordo entre a comissão e a pessoa jurídica processada quanto ao calendário para a prática dos atos processuais. A prática, tal como descrita, pode concorrer para maior celeridade do processo, vez que, como regra, o calendário vinculará as partes, e os prazos nele previstos somente poderão ser modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. Está prevista, ainda, a dispensa de intimações individualizadas a respeito do pactuado por ocasião da elaboração do calendário. Deve-se ressaltar que não se trata de medida em plena utilização na Administração Pública, não obstante se considerar, ao menos em tese, cabível no PAR, em razão do disposto no art. 15 do CPC, que prevê sua aplicação supletiva e subsidiária aos processos administrativos.

## 13.4. Provas

Prova apresenta-se como termo plurissignificante que, nas lições de Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>76</sup>, tem os seguintes principais significados:

- a) Pode significar a produção de atos tendentes ao convencimento do juiz, confundindo-se nesse caso com o próprio procedimento probatório (por exemplo, o autor tem o ônus de provar, ou seja, de praticar os atos atinentes à formação do convencimento do juiz);
- b) Pode significar o próprio meio pelo qual a prova será produzida (prova documental, prova testemunhal etc.);
- c) Pode significar a coisa ou pessoa da qual se extrai informação capaz de comprovar a veracidade de uma alegação, ou seja, a fonte prova (documento, testemunha);
- d) Pode significar o resultado do convencimento do juiz (por exemplo, “esse fato está devidamente provado nos autos”).

No Processo Administrativo de Responsabilização, a prova é direcionada ao convencimento da comissão processante e, principalmente, da autoridade julgadora, sendo elemento central para embasar e direcionar o julgamento do processo à absolvição, à condenação ou até mesmo anulação (por exemplo, quando as conclusões da comissão forem contrárias às provas dos autos e for necessário o refazimento de atos processuais).

Partindo da ideia já referida, de que o PAR deve ser instaurado com demonstração mínima da autoria e materialidade, o normal é que a instrução probatória seja eminentemente provocada pela pessoa jurídica processada, consistindo em uma oportunidade de, com amparo no contraditório, na ampla defesa e nas

<sup>76</sup> Página 646 do Manual de Direito Processual Civil - Volume Único. 8ª ed, Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

posições processuais equilibradas, reconstruir o histórico dos fatos ocorridos, formando, ao final, a denominada verdade processual (em que pese, na esfera administrativa almejar-se alcançar a verdade real). Não há qualquer óbice, por óbvio, a que haja produção de provas por iniciativa do Colegiado, o que é inerente à própria dialética do processo.

No âmbito do Processo Administrativo de Responsabilização não há rol exemplificativo de meios de provas a serem requeridos, sendo desnecessária a divisão de provas típicas e atípicas, pois são admitidos todos os meios probatórios admitidos em lei, bem como quaisquer diligências necessárias à elucidação dos fatos.

#### 13.4.1. Prova testemunhal

É o meio de prova no qual um terceiro, que, se utilizando de algum dos sentidos humanos, acompanhou o momento do acontecimento dos fatos sob apuração, vem perante a comissão do PAR e os entes processados para declarar o que sabe.

Vale mencionar a possibilidade de produção deste tipo de prova por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. A medida pode diminuir o custo do processo, mediante a não realização de gastos com deslocamento, além de poder promover melhores condições para o exercício do contraditório e da ampla defesa, em especial quando o ente processado, ou seus representantes e procuradores, estiverem em local diverso daquele da apuração dos fatos<sup>77</sup>.

#### 13.4.2. Perícia

A prova pericial é o meio de prova realizado por pessoa alheia e sem interesse no processo, que tenha conhecimentos técnicos, científicos ou domínio específico em determinada área do saber e que por meio de exame, vistoria ou avaliação apresenta análise essencial para elucidação dos fatos sob apuração.

#### 13.4.3. Prova documental

Documento é qualquer coisa representativa de um fato ou ato relevante, conforme moderna doutrina. Nessa concepção ampla atual, documento pode ser fotografia, desenho, esquema, tabela, planilha, e-mail, figura digitalizada, gravação sonora ou filme cinematográfico, dentre outros.

Na instrução probatória, recai sobre alguns documentos a proteção constitucional do sigilo<sup>78</sup>. Destarte, apresenta-se importante a análise das exceções que permitem a utilização desses documentos sigilosos no Processo Administrativo de Responsabilização.

#### 13.4.4. Sigilo fiscal

O Código Tributário Nacional é expresso ao conferir sigilo às informações fiscais como regra.

Todavia, a atual interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto a esse é de sua não oponibilidade em relação ao Ministério Público (investigação de crimes) ou a Administração Pública (investigação de irregularidades), tendo em vista que nesses casos ocorreria apenas a transferência do sigilo entre órgãos públicos<sup>79</sup>.

Corroborando esse entendimento, segue trecho do CTN que excetua e autoriza a transferência de sigilo fiscal do Fisco para a Administração Pública:

<sup>77</sup> No âmbito da Controladoria-Geral da União, a utilização de videoconferência para tais fins foi disciplinada pela Instrução Normativa CGU nº 12, de 1º de novembro de 2011.

<sup>78</sup> Decorrente da proteção à intimidade e à vida privada - Art. 5º, X, da Constituição Federal.

<sup>79</sup> ADI 2.859/DF.

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (Redação dada pela LCP nº 104, de 2001)

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (Redação dada pela LCP nº 104, de 2001)

(...)

II - solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. (Incluído pela LCP nº 104, de 2001)

Desse modo, o principal requisito para a transferência do sigilo fiscal é a instauração de processo administrativo para investigar o sujeito passivo a que se refere a informação.

Logo, apresenta-se plenamente cabível a solicitação por comissão de PAR de informações ao Fisco referente ao sigilo fiscal do contribuinte envolvido nas irregularidades sob apuração.

### 13.4.5. Informações do COAF

A Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (conhecida popularmente como Lei da Lavagem de Dinheiro) instituiu o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF e determinou que as “pessoas jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira” (art. 9º, I) sujeitam-se a obrigação, dentre outras, de manter “registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas”.

Outrossim, o art. 15 da mesma lei prevê que “o COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.”, pelo que as informações comunicadas ficam à disposição, não sendo necessária a autorização judicial de quebra de sigilo para acessá-las ou para utilizá-las dentro do contexto investigatório, bem como não há ilegalidade ao se provocar, de ofício, a geração do relatório.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem julgado recente manifestando-se favoravelmente à tese de que o COAF pode ser demandado para encaminhamento do Relatório de Inteligência Financeira. Segue trecho:

*EMEN: PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. OPERAÇÃO ZELOTES. RELATÓRIO DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRO EMANADO DO COAF. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE QUEBRA DE SIGILO FINANCEIRO. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ATIPICIDADE DETECTADA E COMUNICADA À POLÍCIA FEDERAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 15 DA LEI 9.613/98. UTILIZAÇÃO EXCLUSIVA DO RELATÓRIO DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA PARA QUEBRA DO SIGILO. INOCORRÊNCIA. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PRELIMINARES. ADOÇÃO DE MEDIAS MENOS INVASIVAS. ILEGALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRÉVIO EXAME DO RESULTADO DA QUEBRA DO SIGILO FINANCEIRO E FISCAL. DESNECESSIDADE. PREENCHIMENTO DOS*

*REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO QUE SE FUNDOU NO ACERVO PROBATÓRIO. RECURSO IMPROVIDO.*

1. O trancamento do inquérito policial por meio do habeas corpus é medida excepcional, somente passível de adoção quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

2. Ao contrário da ação penal, não possui a fase investigatória delimitação fática, podendo crescer em delitos ou agentes.

**3. A provocação inicial pela autoridade policial não desnatura a comunicação do ilícito indiciariamente constatado pelo COAF, que possui prerrogativa de encaminhar Relatório de Inteligência Financeira comunicando a operação suspeita.**

4. Constatada a anomalia da operação, com a presença de indícios de crime previsto na Lei 9.613/98, e devidamente comunicada à Polícia Federal, não se verifica ilegalidade no Relatório de Inteligência Financeira nº 12225, na medida em que se encontra em consonância com o art. 15 da Lei 9.613/98.

5. No tocante à utilização exclusiva do Relatório de Inteligência Financeira para quebra do sigilo fiscal e financeiro, verifica-se que o relatório não consistiu no primeiro ato de investigação, pois precedido de diligências policiais preliminares, identificadoras de indícios de autoria na prática de crimes de corrupção, tráfico de influência, participação em organização criminosa e lavagem de dinheiro praticados por Conselheiros do Conselho Administrativo e Recursos Fiscais.

6. Quanto à ilegalidade da interceptação telefônica, a Lei 9.296/96 não prevê como condição o exame prévio do resultado da quebra do sigilo financeiro e fiscal, de modo que, encontrando-se devidamente fundamentada a decisão de monitoramento telefônico, inexistente flagrante ilegalidade, notadamente porque os crimes averiguados são punidos com reclusão, com a presença de indícios de autoria e ainda considerada a impossibilidade de obtenção por meio de outras provas menos invasivas.

7. A representação e decretação da quebra de sigilo telefônico não derivaram exclusivamente das informações obtidas pelo COAF, mas de todo o acervo probatório constante dos autos, em especial das investigações preliminares e dos levantamentos de campo.

8. Recurso em habeas corpus improvido. (grifos acrescidos)

(STJ, RHC 73331, Relator Nefi Cordeiro Sexta Turma, DJE 17/11/2016.)

Destarte, apresenta-se possível que as comissões de processos administrativos de responsabilização efetuem o requerimento ao COAF de informações para subsidiar processos instaurados.

No âmbito do STF, o assunto foi igualmente pacificando com o julgamento do RE 1055941. A decisão, que possui efeitos de repercussão geral, assentou o entendimento que é legítimo o compartilhamento com o Ministério Público e as autoridades policiais, para fins de investigação criminal, da integralidade dos dados bancários e fiscais do contribuinte obtidos pela Receita Federal e pela Unidade de Inteligência Financeira (UIF), sem a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário. Na oportunidade, o Plenário do STF, por maioria, aderindo à proposta formulada pelo Ministro Alexandre de Moraes, fixou a seguinte tese de repercussão geral:

1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.

2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.

#### 13.4.6. Interceptação telefônica, sigilo telefônico e bancário

No âmbito dos processos administrativos, não é possível a determinação administrativa de interceptação telefônica, de quebra dos dados telefônicos particulares ou do sigilo bancário. Trata-se de hipóteses cuja autorização excepcional é reservada ao Poder Judiciário.

A exceção não abrange, todavia, os dados telefônicos (extrato da conta que traga o detalhamento das ligações, por exemplo) de linha de propriedade da Administração Pública, seja móvel ou fixa. Nesse caso, trata-se de instrumento de trabalho cuja forma de utilização está sujeita à publicidade e, portanto, pode ser acessada para fins de investigação, independente de autorização judicial.

No caso de acesso a dados telefônicos particulares ou de sigilo bancário, a autoridade administrativa pode recorrer a dois caminhos, caso estejam presentes os motivos que justifiquem o acesso a tais tipos de informações sigilosas.

No caso de acesso a informações abarcadas por sigilo telefônicos e bancário, a comissão poderá solicitar à autoridade instauradora, que efetue a interlocução com a Advocacia-Geral da União (ou órgão equivalente de representação judicial) para formalização de pedido específico junto ao juízo competente. Por se tratar de medida de exceção, o pedido formulado pela comissão deve ser acompanhado dos elementos de fato e direito que justifiquem a proposição, a fim de que o juiz tenha condições de decidir pelo deferimento do acesso a tais dados.

A segunda opção ocorre quando se tem conhecimento que tais informações já foram produzidas em sede de processo judicial. Nesse caso, é igualmente possível que se solicite o compartilhamento de processo judicial ou inquérito policial (prova emprestada) no qual essas tenham sido produzidas com autorização do Magistrado<sup>80</sup>.

Importante notar que o sigilo telefônico que aqui se fala não se confunde com pedido de interceptação telefônica. No primeiro, se deseja obter acesso aos dados de registros telefônicos, enquanto na interceptação telefônica o objetivo é a gravação do conteúdo das comunicações. A interceptação telefônica só é possível de ser pedida em juízo no curso de investigação criminal ou em instrução processual penal (Lei nº 9.296/96). Portanto, a autoridade administrativa não é legitimado para solicitar judicialmente a realização de interceptação telefônica. Nada obstante, aqui também é possível a utilização do instituto da prova emprestada. Caso, a interceptação já tenha sido deferida em sede judicial, pode a autoridade administrativa solicitar seu compartilhamento ao juízo competente.

##### 13.4.6.1. Sigilo bancário envolvendo recursos públicos

Ressalta-se que, nos termos do posicionamento do STF, manifestado no Mandado de Segurança nº 21.729/DF, o sigilo bancário não está apto a englobar informações relacionadas à aplicação de recursos públicos.

Nesse sentido, destacam-se as conclusões do Parecer Plenário nº. 5/2017/CNU/CGU/AGU sobre o assunto:

- a. além das hipóteses previstas no art. 1º, §§ 3º e 4º, da Lei Complementar nº 105, de 2001, não incide a proteção ao sigilo bancário, em decorrência da incidência do princípio constitucional da publicidade, ao menos nas seguintes situações:

<sup>80</sup> STF. 1ª Turma. RMS 28774/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016 (Info 834).

- i. operação bancária em que a contraparte da instituição financeira é pessoa jurídica de direito público; ou
  - ii. operação bancária que envolva recursos públicos, ainda que parcialmente, independentemente da contraparte da instituição financeira;
- b. Para este fim, devem ser considerados recursos públicos:
- i. os previstos nos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, inclusive nos orçamentos previstos no § 5º do art. 165 da Constituição; e
  - ii. os titularizados não pela coletividade como um todo, mas por coletividades parciais (como os trabalhadores regidos pela CLT ou servidores públicos) que sejam administrados pelo poder público, tal como o FGTS e o Fundo PIS-PASEP, mas apenas em relação à sua aplicação pelas instituições financeiras, excluídas as operações bancárias realizadas entre o banco e o titular de contas individualizadas (cotista do fundo), que continuam protegidas pelo sigilo bancário;
- c. A exceção ao sigilo bancário decorrente do princípio da publicidade, nos termos acima expostos, não se estende a:
- i. operações subsequentes àquela operação inicial de transferência de recursos públicos, realizadas pelo tomador dos recursos e decorrentes da disponibilização destes em conta corrente ou por outro meio;
  - ii. outros sigilos previstos em lei ou em norma regulatória editada pela autoridade competente, em especial o Banco Central do Brasil ou a CVM - Comissão de Valores Mobiliários, cuja incidência sobre documentos apresentados à instituição financeira ou por ela produzidos deve ser verificada caso a caso.
- d. Salvo na hipótese de celebração do convênio a que se refere o art. 2º, § 4º, I, da Lei Complementar nº 105, de 2001, o sigilo bancário, quando incidente, deve ser oposto inclusive ao Ministério Público, aos tribunais de contas e ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, sendo inaplicáveis o art. 26 da Lei nº 10.180, de 2001, e o art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75, de 1993.

*(grifos acrescidos)*

Portanto, nos termos descritos, se constata a impossibilidade de oposição de sigilo bancário quando envolvidos recursos públicos, ensejando que as comissões de PAR possam requerer informações bancárias de recursos públicos para subsidiar processos instaurados.

### 13.4.7. Monitoramento de e-mail corporativo de servidor público

Em que pese, o e-mail corporativo encontrar-se resguardado pelo sigilo das comunicações telemáticas (Art. 5º, X e XII, da CF), o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência clara de que “a reserva da intimidade, no âmbito laboral, público ou privado, limita-se às informações familiares, da vida privada, política, religiosa e sindical, não servindo para acobertar ilícitos”. Segue trecho do julgado do STJ:

**CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. E-MAIL CORPORATIVO. FERRAMENTA DE TRABALHO. POSSIBILIDADE DE MONITORAMENTO E RASTREAMENTO. DIREITO À INTIMIDADE x DEVER-PODER DISCIPLINAR. RECURSO NÃO PROVIDO.**

1. O recorrente alega que foi apurado, no IPM n. 40BPMI 013-14-06, que, no período compreendido entre 28 de dezembro de 2005 e 21 de outubro de 2006, ele teria tomado parte no geren-

ciamento de atividade comercial de pessoa jurídica; argumenta que tal apuração se deu através da colheita de informações no e-mail corporativo do recorrente. Sustenta a ocorrência de prescrição intercorrente da pretensão punitiva estatal e a ilicitude das provas que escoram o Conselho de Justificação, em razão de violação desautorizada dos e-mails do recorrente.

(...)

4. A quebra do sigilo de dados telemáticos também é vista como medida extrema, pois restritiva de direitos consagrados na Carta Magna (art. 5º, X e XII, CF/88; arts. 11 e 21 do Código Civil). Não obstante, a intimidade e a privacidade das pessoas, protegidas no que diz respeito aos dados já transmitidos, não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, assim como quaisquer outros direitos fundamentais, os quais, embora formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva), podem ser restringidos caso isso se revele imprescindível à garantia de outros direitos constitucionais.

5. Não configura prova ilícita a obtenção de informações constantes de e-mail corporativo utilizado pelo servidor público, quando atinentes a aspectos não pessoais, mas de interesse da Administração Pública e da própria coletividade; sobretudo quando há expressa menção, nas disposições normativas acerca do seu uso, da sua destinação somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, bem como advertência sobre monitoramento e acesso ao conteúdo das comunicações dos usuários para fins de cumprir disposições legais ou instruir procedimento administrativo. Precedentes do TST.

6. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(STJ, RMS 48.665/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, SEGUNDA TURMA, DJe 05/02/2016)

Desse modo, é possível que a comissão de PAR promova, em sede de produção de provas, o acesso ao e-mail corporativo de servidor público, quando existentes indícios de sua participação, direta ou indireta, nas irregularidades sob apuração.

### 13.4.8. Prova emprestada

Prova emprestada exprime-se como a utilização, em dado processo, de provas produzidas em determinado processo ou procedimento administrativo ou judicial.

Com fulcro no princípio da economia processual, permite-se que o PAR utilize-se de provas produzidas em processo ou procedimento diverso (administrativo ou judicial), evitando-se a necessidade de repetição da colheita de provas, repetição que nem sempre é possível, garantindo a maior proximidade com a plena reconstrução do histórico dos fatos e reduzindo a possibilidade de decisões conflitantes em processos e/ou esferas diversas (segurança jurídica).

Nesse sentido, a jurisprudência pátria é firme em corroborar a possibilidade da prova emprestada nos processos administrativos<sup>81</sup>, inclusive, colacionando neste as provas sob sigilo telefônico, bancário ou fiscal, desde que garantido o contraditório e a ampla defesa.

Na linha do exposto, segue o entendimento sumulado do STJ:

*Súmula 591-STJ: É permitida a “prova emprestada” no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.*

81 STF, RMS 28774/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, Info 834. STJ, MS 16.146-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 22/5/2013.

Ademais, não se verifica necessário que haja identidade de natureza jurídica ou de partes entre os processos e procedimentos comunicantes<sup>82</sup>.

### 13.4.9. Indícios e Presunções

Nos termos do art. 239 do Código de Processo Penal (CPP), o indício é a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Desse modo, o indício apresenta-se como prova semiplena, parcial ou indireta. Logo, em regra, utiliza-se mais de um indício para conclusão sobre o histórico dos fatos ocorridos<sup>83</sup>, e, por conseguinte, para a absolvição ou condenação do sujeito passivo.

A importância da prova indiciária resta demonstrada pela sua utilização como fundamento de decisão nos famosos e rumorosos processos penais julgados nos últimos anos no Brasil. Dentre esses, destaca-se o julgamento da Ação Penal nº 470 - 'Mensalão' - a qual trouxe expressamente a sua fundamentação nessa.

Outrossim, sobre o tema colaciona-se trecho da obra de Guilherme de Souza Nucci<sup>84</sup> que com maestria traz importantes considerações:

*Os indícios são perfeitos tanto para sustentar a condenação, quanto para a absolvição. Há autorização legal para a sua utilização e não se pode descurar que há muito preconceito contra essa espécie de prova, embora seja absolutamente imprescindível ao juiz utilizá-la. Nem tudo se prova diretamente, pois há crimes camuflados - a grande maioria - que exigem a captação de indícios para a busca da verdade real. Lucchini, mencionado por Espínola Filho, explica que a “eficácia do indício não é menor que a da prova direta, tal como não é inferior a certeza racional à histórica e física.*

*O indício é somente subordinado à prova, porque não pode subsistir sem uma premissa, que é a circunstância indiciante, ou seja, uma circunstância provada; e o valor crítico do indício está em relação direta com o valor intrínseco da circunstância indiciante. Quando esteja esta bem estabelecida, pode o indício adquirir uma importância predominante e decisiva no juízo” (Elementi di procedura penale, n. 131, apud Código de Processo Penal brasileiro anotado, v. 3, p. 175). Assim também Bento de Faria, apoiado em Malatesta (Código de Processo Penal, v. 1, p. 347). Realmente, o indício apoia-se e sustenta-se numa outra prova. No exemplo citado na nota anterior, quando se afirma que a coisa objeto do furto foi encontrada em poder do réu não se está provando o fato principal, que consiste na subtração, mas tem-se efetiva demonstração de que a circunstância ocorreu, através do auto de apreensão e de testemunhas. Em síntese, o indício é um fato provado e secundário (circunstância) que somente se torna útil para a construção do conjunto probatório ao ser usado o processo lógico da indução. Na jurisprudência: STF: “A criminalidade dedicada ao tráfico de drogas organiza-se em sistema altamente complexo, motivo pelo qual a exigência de prova direta da dedicação a esse tipo de atividade, além de violar o sistema do livre convencimento motivado previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, praticamente impossibilita a efetividade da repressão a essa espécie delitiva.”*

*STF, HC 111666 - MG, 1.ª T., Relator Luiz Fux, DJE 08/05/2012 (grifos acrescidos nosso).*

Lado outro, presunção apresenta-se como o conhecimento daquilo que ordinariamente ocorre e funciona como parâmetro para, em regra, por dedução, concluir de forma lógica sobre determinada situação<sup>85</sup>.

82 RIBEIRO, Márcio Aguiar. Op. Cit.. Página 119.

83 TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 10ª Edição. Editora Juspodivm. Página 680.

84 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. Editora Forense. 15ª Edição. Página 368.

85 Távora, Nestor e Alencar, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 10ª Edição. Editora Juspodivm. Página 680.

Destarte, como já asseverado, presunções e indícios tornaram-se ponto central para o julgamento de crimes nos quais as provas diretas apresentam-se raras senão impossíveis, dentre esses apresentam-se os casos envolvendo corrupção, os quais relacionam-se à LAC e ao PAR.

Na linha do exposto, seguem julgados do STF que exprimem os indícios e presunções como fundamentos:

*EMENTA Ação penal. Deputado federal. Corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral). Oferta de vantagem a eleitoras, consistente na realização de cirurgia de esterilização, com o intuito de obter votos. Reconhecimento. Desnecessidade de prévio registro de candidatura do beneficiário da captação ilegal de votos. Precedente do Plenário. Participação do réu. Provas suficientes para reconhecimento de concurso por parte do acusado. Prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto reconhecida.*

(...)

*4. Fraude eleitoral que tem sido comumente praticada em nosso País, cometida, quase sempre, de forma engenhosa, sub-reptícia, sutil, velada, com um quase nada de risco. O delito de corrupção via de regra permite que seus autores, mercê da falta de suficiente lastro probatório, escapem pelos desvãos, em manifesta apologia do fantasma da impunidade, e com sério e grave comprometimento do processo eleitoral. Bem por isso, vem se entendendo que indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente.*

(...)

*STF, AP 481, Relator Min. Dias Toffoli, DIAS TOFFOLI, DJE 29/06/2012 (grifos acrescentados)*

*HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PRESUNÇÃO HOMINIS. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS. APETIDÃO PARA LASTREAR DECRETO CONDENATÓRIO. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. REAPRECIÇÃO DE PROVAS. DESCABIMENTO NA VIA ELEITA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA APTA A AFASTAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06, ANTE A DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA.*

*1. O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções hominis ou facti, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do ius puniendi, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Doutrina (LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162). Precedente (HC 96062, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJE-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-02 PP-00336). 2. O julgador pode, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.*

(...)

*STF, HC 103118, Relator Min. Luiz Fux, DJE 16/04/2012 (grifos acrescentados)*

Destarte, constata-se plenamente possível a utilização e fundamentação de julgamentos de PAR com base em indícios e presunções concatenados de forma lógica.

### 13.5. Desconsideração da Personalidade Jurídica

Pessoa jurídica, segundo Gustavo Tepedino<sup>86</sup>, é o agrupamento de pessoas dotado de aptidão para a titularidade de direitos e obrigações na ordem civil, tendo personalidade própria e diversa da de seus sócios.

José Anacleto Abduch Santos conceitua pessoas jurídicas como sendo entes criados pelo direito, dotados de capacidade e personalidade jurídica própria, e que independem daquela de titularidade de seus integrantes, aptas, portanto, a adquirir direitos e a contrair obrigações em nome próprio<sup>87</sup>.

A existência de personalidade jurídica própria, conforme é possível verificar a partir desses conceitos, é o ponto de destaque da pessoa jurídica. Essa característica constitui benefício à pessoa física responsável pela instituição da empresa, pois limita os riscos no exercício das atividades econômicas pelos sócios.

Em outras palavras, a constituição da pessoa jurídica estabelece separação patrimonial entre ela e seus sócios, operando efeitos concretos e significativos, pois não se confunde a responsabilidade, qualquer que seja a sua natureza, do ente criado com a responsabilidade das pessoas físicas que o compõem<sup>88</sup>.

Essa proteção oferecida aos sócios, contudo, deve ser utilizada para propósitos legítimos e não deve ser pervertida. Caso a pessoa jurídica seja constituída e utilizada para fins diversos de sua função social, ou seja, para a prática de atos ilícitos, não deve prevalecer o benefício da separação patrimonial.

Esse privilégio atribuído à pessoa jurídica só se justifica, segundo Marlon Tomazette<sup>89</sup>, quando ela é usada adequadamente, sendo que o desvio de sua função faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial.

Nesses casos, adota-se o que se convencionou chamar de desconsideração da personalidade jurídica. Esse instrumento é utilizado para limitar e coibir o uso indevido do benefício atribuído à pessoa jurídica, pois, uma vez configurado seus pressupostos autorizadores, passa-se a responsabilizar os sócios por atos da pessoa jurídica.

Nada mais eficaz, portanto, do que retirar os privilégios que a lei assegura à pessoa jurídica, descartando sua autonomia patrimonial, quando da prática de ato ilícito por parte de seus administradores ou sócios, consoante previsto no art. 14 da Lei Anticorrupção.

Importante destacar que não há, nessas medidas extremas, a desconstituição da pessoa jurídica ou sua destruição, mas apenas o afastamento temporário do privilégio concedido pelo direito<sup>90</sup>.

A doutrina apresenta duas teorias a respeito da desconsideração de personalidade jurídica. A primeira é chamada de teoria menor e a segunda de teoria maior.

Para a teoria menor, a desconsideração é possível quando se verifica a prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial<sup>91</sup>.

A teoria maior, por sua vez, entende que para se desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica, não basta a insolvência da sociedade, exigindo-se o desvio de sua função social ou a confusão patrimonial como requisitos justificadores da medida de exceção.

A Lei Anticorrupção parece ter adotado essa última opção, conforme se lê:

86 TEPEDINO, Código civil interpretado - conforme a Constituição da República. São Paulo: Renovar, 2011. Vol. 1, p.109.

87 SANTOS, et. al., Op. Cit, p. 271.

88 Idem. p.273.

89 TOMAZETTE, Marlon, Op. Cit., p. 266.

90 Idem, p. 267.

91 Idem, p. 275.

*Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com **abuso do direito** para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar **confusão patrimonial**, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa. (grifos acrescentados)*

Dessa forma, a insolvência econômica de pessoa jurídica que esteja respondendo a processo pela prática de ato lesivo previsto na LAC, não poderá ser justificativa para a desconsideração de sua personalidade, caso não tenha cometido abuso de direito ou confusão patrimonial.

Em outras palavras, a Lei nº 12.846, de 2013, autoriza a desconsideração administrativa da pessoa jurídica apenas se seus sócios ou administradores a tiverem utilizado como instrumento para a prática de ato lesivo previsto na LAC, com abuso do direito atribuído à personificação da empresa ou por meio de confusão patrimonial.

Isso não significa, entretanto, que toda pessoa jurídica que infringir a LAC terá sua personalidade desconsiderada. Para que isso ocorra, deve restar claramente comprovado que a pessoa jurídica foi criada e utilizada pelos sócios para fins da prática de ato lesivo previsto na lei, deixando de exercer a função para a qual foi criada.

Outro ponto importante é sobre os sócios que sofrerão os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica, nos casos de desconsideração da personalidade. Segundo Marlon Tomazette, somente aqueles que praticaram ou se beneficiaram do ato lesivo responderão pelas sanções da LAC.

Já no que diz respeito às sanções a serem aplicadas aos sócios ou administradores, Antonio Cecílio Moreira Pires<sup>92</sup> aponta que a desconsideração prevista na LAC tem sua utilização vinculada à prática lesiva prevista na lei e que as sanções passíveis de atingir os sócios são apenas aquelas nela previstas, quais sejam multa e publicação extraordinária.

Não seria possível, portanto, segundo o autor, a aplicação das sanções previstas nas leis de licitação aos sócios, tais como suspensão ou declaração de inidoneidade.

Por fim, cumpre destacar a necessidade de observância à ampla defesa e ao contraditório quando do incidente da desconsideração. Por força do art. 14 da Lei Anticorrupção, sempre que necessária a adoção da desconsideração da personalidade jurídica, deve a comissão conceder às partes envolvidas, sejam sócios ou administradores, a possibilidade de se manifestar a respeito do incidente.

## 13.6. Indiciação

A pessoa jurídica investigada poderá acompanhar todos os atos do processo, bem como especificar as provas que pretende produzir, conforme rito procedimental previsto na Lei nº 12.846, de 2013 e normas regulamentares, em especial o Decreto nº 8.420, de 2015 e a Instrução Normativa CGU n.º 13, de 2019.

De acordo com a IN 13/2019, instaurado o PAR por meio da publicação da Portaria, a comissão produzirá nota de indicição e intimará a pessoa jurídica investigada para apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretenda produzir (art. 16).

Porém, entendemos que a realização de diligências e a reunião de elementos de informação necessários para averiguar a irregularidade, por parte da Administração Pública, deverão ocorrer, prioritariamente, por meio de diligências nos autos em que se realiza o juízo de admissibilidade ou por meio da instauração de Investigação Preliminar - IP.

Conforme art. 11 da LAC e do art. 5º do Decreto nº 8420, de 2015, a pessoa jurídica terá o prazo de 30 (trinta) dias para a apresentação de defesa escrita e para a especificação de eventuais provas que

92 Idem, p. 277;

pretenda produzir. Esse prazo inicialmente concedido tem por objetivo deferir lapso temporal viável para a ciência do teor dos autos e designação das provas que inicialmente a defesa deseja produzir, sem prejuízo daquelas que possa ter interesse de apresentar a posteriori.

O contraditório e a ampla defesa, princípios que devem nortear toda a apuração têm início aqui, com o cumprimento da intimação da parte investigada, sob pena de conduzir à nulidade parcial ou mesmo total do processo. Trata-se da fase propriamente dialética do processo, momento em que se permite a ativa participação da pessoa jurídica investigada. Com esse esboço, os elementos que deverão estar presentes na nota de indicição são os seguintes (art. 17):

*I - descrição clara e objetiva da conduta lesiva imputada à pessoa jurídica com a descrição das circunstâncias relevantes;*

*II - apontamento das provas que sustentam o entendimento da comissão pela ocorrência da conduta lesiva imputada; e*

*III - enquadramento da conduta lesiva imputada à pessoa jurídica processada.*

Além disso, a intimação prevista no caput do art. 16:

*I - facultará expressamente à pessoa jurídica a possibilidade de apresentar informações e provas que subsidiem a análise da comissão de PAR no que se refere aos parâmetros previstos nos incisos II, IV e V do art. 18 do Decreto nº 8.420, de 2015; e*

*II - solicitará a apresentação de informações e documentos que permitam a análise do parâmetro previsto no inciso IV do art. 17 do Decreto nº 8.420, de 2015.*

Além da segurança estabelecida em lei de que irá apurar os fatos com independência e imparcialidade, a comissão de PAR ainda poderá adotar medidas destinadas a assegurar o devido e regular exercício de suas funções, como propor à autoridade instauradora a suspensão cautelar dos efeitos do ato ou do processo objeto da investigação e solicitar, por intermédio da autoridade instauradora, ao órgão de representação judicial ou equivalente dos órgãos ou entidades lesados que requeira as medidas necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.

Recebida a defesa escrita, a comissão avaliará de forma motivada a pertinência de produzir as provas requeridas pela pessoa jurídica processada, podendo indeferir os pedidos de produção de provas que sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas. Após o recebimento da defesa escrita a comissão poderá de ofício deliberar pela produção de novas provas que julgar pertinente para a elucidação dos fatos. Nesse sentido, a comissão também poderá solicitar a atuação de especialistas com notório conhecimento, de órgãos e entidades públicos ou de outras organizações, para auxiliar na análise da matéria sob exame.

Caso sejam produzidas novas provas após a nota de indicição, a comissão poderá: i - intimar a pessoa jurídica para se manifestar sobre as novas provas juntadas aos autos no prazo de 10 (dez) dias quando, a juízo da comissão, a produção das novas provas não justificar alteração da nota de indicição; ou ii - lavrar nova indicição ou indicição complementar quando a comissão entender que a produção das novas provas justifica a alteração na nota de indicição, hipótese em que se observará novamente o disposto no art. 16.

## 13.7. Relatório Final

O relatório final será elaborado na sequência da apresentação da defesa ou das “alegações adicionais”, caso tenha havido dilação probatória complementar (Instrução Normativa n.º XXX, de 2019, arts. 14 e 15), momento em que a comissão decidirá sobre a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, bem como sugerirá, sempre de forma motivada, as sanções a serem aplicadas, ou o arquivamento do processo.

Uma vez que o processo não é um fim em si mesmo, a elaboração do relatório dispensa grandes formalidades, a ênfase é no seu caráter informativo, opinativo e conclusivo, deve, portanto, a peça em questão, fornecer as informações necessárias à exata compreensão do processo pela autoridade julgadora, além das convicções da comissão sobre o mérito, sugerindo, por conseguinte, a correta tipificação legal e as sanções decorrentes, inclusive com eventual indicação de ilícitos penais. Privilegia-se, também nessa fase, o formalismo moderado presente em todo o procedimento, no entanto, em que pese a independência e a imparcialidade atribuídas à comissão no exercício das suas atividades, de acordo com o p. único, do art. 21, da IN nº 13/2019, o relatório final deverá conter:

*I - relato histórico do processo, narrando a forma de ciência da irregularidade pela autoridade instauradora e as diligências e conclusões produzidas no juízo de admissibilidade;*

*II - descrição sucinta das imputações realizadas em face da pessoa jurídica processada e das provas que lhe dão sustentação;*

*III - indicação das novas provas produzidas após a indicição, se for o caso;*

*IV - exposição e análise dos argumentos da defesa da pessoa jurídica processada;*

*V - conclusão fundamentada quanto à responsabilização ou não da pessoa jurídica processada; e*

*VI - proposta de:*

*a) arquivamento da matéria; ou*

*b) punição da pessoa jurídica.*

No caso de a comissão propor a punição da pessoa jurídica, ela deverá:

*1. indicar a proposta de aplicação das sanções previstas no art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013;*

*2. fundamentar a sugestão de aplicação de multa com base em memória de cálculo detalhada da dosimetria da multa, com descrição da análise do programa de integridade, se for o caso;*

*3. sugerir a aplicação das sanções da Lei nº 8.666, de 1993, ou de outras normas de licitações e contratos da administração pública, se for o caso; e*

*4. propor o envio de expediente, após a conclusão do procedimento administrativo, dando conhecimento ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União para análise quanto à pertinência da responsabilização judicial da pessoa jurídica, nos termos do Capítulo VI da Lei nº 12.846, de 2013.*

Desta forma, evidencia-se que a comissão deverá, ao final da apuração que conduziu, ser conclusiva se os fatos apurados configuram atos lesivos à administração pública, conforme os tipos descritos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013, e se eles podem ser imputados à pessoa jurídica que figurou como parte no PAR. Em caso positivo, a comissão irá sugerir as sanções cabíveis ao caso e descrever a dosimetria utilizada para o cálculo da multa a ser aplicada, caso tal penalidade tenha sido sugerida no relatório final.

Nesse momento, faz-se necessário um parêntese. A comissão tem bastante liberdade na produção do relatório final, porém, como se vê acima, é necessário que certos elementos estejam presentes. Ao analisarmos o contido no §3º, do art. 10, da LAC<sup>93</sup>, parece-nos que a Lei alçou à categoria de formalidade essencial a explicação dos parâmetros da dosimetria da pena, isso porque a Lei determinou que as sanções sejam devidamente motivadas, em estreita relação com o princípio da proporcionalidade, presente no PAR tanto por dispositivo próprio, §1º, do art. 6º, da LAC<sup>94</sup>, como por obediência ao caput, do art. 2º, da Lei n.º

93 § 3º A comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, *sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas.*” (grifo nosso).

94 Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: (...) § 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

9.784/99, e ao inciso VI do mesmo artigo<sup>95</sup>. Assim, de extrema relevância que o relatório apresentado pela comissão contenha, de modo satisfatório, o juízo de dosimetria da pena que pautou a seu entendimento conclusivo.

Se, por outro lado, a comissão estiver convencida de que os fatos apurados não ensejam a responsabilização da pessoa jurídica em face da qual o PAR foi instaurado, seja pela comprovação obtida no correr da fase instrutória, seja pelo acolhimento dos argumentos apresentados pela defesa da pessoa jurídica, o arquivamento do processo deverá ser sugerido à autoridade julgadora. Reitera-se que o ato processual será sempre conclusivo, no caso de dúvida a respeito da prática ou não do ato lesivo à Administração Pública, esta será interpretada em favor do ente jurídico processado, em observância ao princípio da presunção de inocência.

Caso o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação da defesa escrita tenha transcorrido sem que a pessoa jurídica tenha se manifestado, a comissão procederá à elaboração do relatório final com base exclusivamente nas provas produzidas e juntadas no PAR.

Importante registrar que, após a elaboração do relatório final, o PAR será remetido à autoridade instauradora, a qual intimará a pessoa jurídica para, querendo, manifestar-se no prazo máximo de 10 (dez) dias. Transcorrido o prazo, recebida a manifestação, o relatório final do PAR será encaminhado à autoridade instauradora que determinará à corregedoria ou à unidade que exerça essa função a análise dos argumentos de defesa contidos na manifestação. Juntada essa análise ou não havendo manifestação da pessoa jurídica processada, a autoridade instauradora remeterá os autos para julgamento, o qual será precedido de manifestação da unidade de correição e do órgão de assistência jurídica competente.

<sup>95</sup> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; (...)

## 14. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

Encerrada a fase de instrução com a elaboração do relatório conclusivo da comissão acerca da apuração e eventual responsabilização da pessoa jurídica, adentra-se na fase de julgamento.

O julgamento é a fase final do PAR, oportunidade em que a autoridade administrativa competente recebe as conclusões de todo o trabalho processual desenvolvido pela comissão processante, após a suficiente produção de provas e exercício efetivo ou potencial do direito de defesa.

O ato de julgamento contempla o momento decisivo do processo administrativo, uma vez que a autoridade julgadora deverá decidir sobre a comprovação ou não da materialização da infração administrativa, mensurando de forma criteriosa e fundamentada as provas coletadas nos autos em cotejo com os fundamentos exarados na defesa e no relatório elaborado pela comissão, para então formar juízo conclusivo em torno da conduta imputada à pessoa jurídica processada<sup>96</sup>.

### 14.1. Autoridade competente

Nos termos do art. 8º da Lei Anticorrupção, o julgamento do processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvada a possibilidade de posterior delegação, não se admitindo, entretanto, a possibilidade de subdelegação (§ 1º).

Concluídos os trabalhos de apuração e a análise da defesa escrita eventualmente apresentada pela pessoa jurídica, a comissão elaborará relatório a respeito dos fatos apurados e da eventual responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, no qual sugerirá, de forma motivada, as sanções a serem aplicadas, a dosimetria da multa ou o arquivamento do processo.

Desta forma, evidencia-se que a comissão deverá, ao cabo da apuração que conduziu, ser **conclusiva** se os fatos apurados configuram atos lesivos à administração pública, conforme os tipos descritos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013, e se eles podem ser imputados à pessoa jurídica que figurou como parte no PAR. Em caso positivo, a comissão irá sugerir as sanções cabíveis ao caso e descrever a dosimetria utilizada para o cálculo da multa a ser aplicada, caso tal penalidade tenha sido sugerida no relatório final. Se, por outro lado, a comissão estiver convencida de que os fatos apurados não ensejam a responsabilização da pessoa jurídica em face da qual o PAR foi instaurado, seja pela comprovação obtida no correr da fase instrutória, seja pelo acolhimento dos argumentos apresentados pela defesa da pessoa jurídica, o arquivamento do processo deverá ser sugerido à autoridade julgadora.

Caso o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação da defesa escrita tenha transcorrido sem que a pessoa jurídica tenha se manifestado, a comissão procederá à elaboração do relatório final com base exclusivamente nas provas produzidas e juntadas no PAR.

Importante registrar que, após a elaboração do relatório final, o PAR será remetido à autoridade competente, a qual intimará a pessoa jurídica para, querendo, manifestar-se no prazo máximo de **10 (dez) dias**, conforme se verifica do disposto no art. 18 da Portaria CGU nº 910/2015. Transcorrido o prazo, independentemente de tal manifestação, o relatório final do PAR será encaminhado à autoridade competente para julgamento, o qual será precedido de manifestação jurídica, elaborada pelo órgão de assistência jurídica competente (cf. art. 20 da Portaria CGU nº 910/2015).

Cumprido assinalar que nas situações em que a comissão tenha sugerido a aplicação das sanções previstas na Lei nº 12.846/2013, a manifestação prévia da Advocacia Pública ou do órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público é obrigatória para que a autoridade julgadora profira sua decisão, conforme se depreende do disposto no § 2º do art. 6º da LAC.

<sup>96</sup> RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Op. Cit, p. 173.

Entretanto, cabe mencionar que apesar de o parecer necessariamente compor o procedimento administrativo, nada obstante as suas razões então exaradas não necessariamente vincularão a autoridade julgadora, desde que apresente os pressupostos de fato e de direito que amparam a compressão jurídica em contrário ao que foi exarado<sup>97</sup>.

Outrossim, conforme já mencionado, a Lei nº 12.846/2013, art. 8º, § 2º, c/c o Decreto 8.420/2015, art. 13, incisos I e II, conferiu a CGU competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento na referida Lei, para exame de sua regularidade ou para correção do seu andamento. Assim, não há dúvidas de que, no exercício de tais competências, a CGU poderá proceder o seu julgamento.

Quanto a julgamento dos processos administrativos decorrentes de atos ilícitos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, por se tratar de competência exclusiva da CGU, o seu correspondente julgamento será exercido também de forma exclusiva pela CGU, nos termos do art. 9º da LAC.

## 14.2. Vinculação relativa do relatório da Comissão

Uma das funções do relatório final é emitir opinião sobre a responsabilização da pessoa jurídica. Logo, a comissão processante sugere à autoridade julgadora o acatamento integral de sua própria convicção formada ao longo da apuração, de forma que haja plena confluência entre o entendimento do colegiado apurador e a decisão a ser externada posteriormente pela autoridade julgadora. Todavia, na seara do processo administrativo sancionador, o caráter opinativo do relatório conclusivo assume feição totalmente diferenciada das usuais peças processuais de índole meramente sugestiva.<sup>98</sup>

A motivação do ato de julgamento é formalidade essencial, cuja inobservância inquirará inevitavelmente o elemento decisório de nulidade insanável, nos termos do art. 50 c/c art. 2º da Lei 9.784/1999.

Assim, é imprescindível a demonstração de motivação substancial do ato de julgamento, exigindo-se perfeita conformação entre os motivos invocados como determinantes do ato punitivo e os elementos fáticos e jurídicos comprovados nos autos do processo administrativo sancionador<sup>99</sup>.

Nesse sentido, em regra, o relatório final elaborado pela comissão processante vinculará à autoridade julgadora. No entanto, isso não significa que a autoridade julgadora estará sempre subjugada ao entendimento externado pela comissão processante, afinal o mencionado efeito do relatório final produz apenas vinculação relativa, detendo o julgador factível possibilidade de discordar do órgão colegiado, desde que o faça com fundamentos nas provas insertas nos autos do processo administrativo. Ou seja, o que de fato vincula a autoridade julgadora ou a autoridade administrativa processante, a exemplo da comissão, são os elementos probatórios coligidos nos autos do PAR, demonstrando as sensíveis premissas que lastreiam a congruência das conclusões exaradas<sup>100</sup>.

Entretanto, tal regra não foi prevista expressamente na Lei nº 12.846/2013. Porém, foi contemplada no bojo do Decreto nº 8.420/2015, nos termos do parágrafo 6º, do art. 9º, consignando-se que eventual decisão contrária ao relatório da comissão “deverá ser fundamentada com base nas provas produzidas no PAR”, em alinhamento com o já previsto no art. 168 da Lei nº 8.112/1990, que regula o regime disciplinar dos servidores públicos da União, de indiscutível aplicação subsidiária ao PAR.

Cumprir reiterar que o efeito vinculativo do relatório final deve ser entendido em termos relativos, uma vez que poderá ser desconstituído pelas próprias provas juntadas aos autos, de forma que autoridade

97 Idem, p. 176.

98 Idem, p. 153.

99 Idem, p. 176.

100 Idem, p. 173.

julgadora poderá agravar ou abrandar a sanção administrativa proposta, ou mesmo isentar a pessoa jurídica de responsabilidade, sempre que demonstrar que o relatório da comissão contrariou as provas dos autos.<sup>101</sup>

Outrossim, a autoridade julgadora poderá se valer da técnica da remissão não contextual, em que a motivação se encontra em documentos diverso do ato de julgamento proferido, consoante também estabelecido no art. 50, da Lei nº 9.784/1999. Assim, o ato de julgamento poderá incorporar como seus os fundamentos de fato e de direito já externados no bojo do relatório da comissão processante ou parecer do órgão de assessoria jurídica, desde que tais peças processuais revelem suficiente fundamentação do ato administrativo sancionador de forma explícita, clara e congruente na indicação de todos os fatos relevantes e fundamentos jurídicos que foram determinantes na tomada de decisão, inclusive, em atenção também ao princípio do contraditório, com o exame circunstanciado de todos os argumentos fáticos e jurídicos deduzidos na peça de defesa<sup>102</sup>.

A decisão administrativa proferida pela autoridade julgadora ao final do PAR deverá ser publicada no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico do órgão ou entidade público responsável pela instauração do PAR. Na hipótese de decisão contrária ao relatório da comissão, a autoridade julgadora deverá fundamentá-la com base nas próprias provas produzidas no PAR.

Da decisão administrativa sancionadora proferida pela autoridade competente, caberá pedido de reconsideração, com efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data de publicação da decisão, sendo que a autoridade julgadora terá o prazo de 30 (trinta) dias para decidir e publicar nova decisão.

A pessoa jurídica contra a qual foram impostas sanções no PAR e que não apresentar pedido de reconsideração deverá cumpri-las no prazo de 30 (trinta) dias, contados do fim do prazo para interposição do pedido de reconsideração. Se a pessoa jurídica sancionada tiver apresentado pedido de reconsideração, mas a decisão administrativa sancionadora tiver sido mantida, será concedido novo prazo de trinta dias para cumprimento das sanções impostas, contado da data de publicação da nova decisão.

### 14.3. Julgamento conjunto

Conforme apontado alhures, algumas situações fáticas poderão ensejar a prática de irregularidades enquadráveis administrativamente tanto na Lei nº 12.846/2013, quanto em normas de licitações e contrato, sobretudo a Lei nº 8.666/1993.

Assim, desde que garantido o devido processo legal, com todos os seus consectários jurídicos, principalmente, contraditório e ampla defesa, deve-se reconhecer o caráter meramente instrumental do processo, de forma que as infrações administrativas, ainda que previstas em leis diversas, poderão ser apuradas no bojo de um único processo, no caso em tela, o PAR<sup>103</sup>.

Assim, por exemplo, a prática do ato lesivo descrito na LAC em seu art. 5º, IV, “a” (frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público) também pode configurar o ato ilícito previsto no art. 88, II, da Lei nº 8.666/1993 (tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação), uma das hipóteses sancionadas com a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Tendo em vista que situações como essas poderiam gerar a instauração de processos administrativos sancionadores distintos, submetidos a procedimentos igualmente diferentes e, muito possivelmente, instruídos por comissões distintas, não é difícil constatar o grave cenário de insegurança jurídica que seria imposto às pessoas jurídicas que estivessem sendo processadas naqueles feitos administrativos.

101 Idem, p. 154.

102 Idem, p. 177.

103 Idem, p. 177.

Objetivando minimizar esta instabilidade processual, o Decreto nº 8.420/2015 determinou, em seu art. 12, que os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666/1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846/2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental do PAR:

*Art. 12. Os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 , ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013 , serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo.*

*§ 1º Concluída a apuração de que trata o caput e havendo autoridades distintas competentes para julgamento, o processo será encaminhado primeiramente àquela de nível mais elevado, para que julgue no âmbito de sua competência, tendo precedência o julgamento pelo Ministro de Estado competente.*

*§ 2º Para fins do disposto no caput , o chefe da unidade responsável no órgão ou entidade pela gestão de licitações e contratos deve comunicar à autoridade prevista no art. 3º sobre eventuais fatos que configurem atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013. (grifos acrescentados)*

Caberá ao chefe da unidade responsável no órgão ou entidade pela gestão de licitações e contratos o dever de comunicar à autoridade competente para instaurar o PAR sobre eventuais fatos que configurem simultaneamente atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013 e infrações às normas de licitações e contratos.

Em harmonia com as regras de competência legalmente estabelecidas, por força da autoridade administrativa competente, em consonância com o princípio constitucional do juiz natural na esfera administrativa, concluída a apuração conjunta por meio de PAR, e ocorrendo de as autoridades competentes para julgamento serem distintas (por exemplo, um presidente de autarquia e um Ministro de Estado), o processo será encaminhado primeiramente àquela de nível mais elevado, para que julgue no âmbito de sua competência, tendo precedência o julgamento pelo Ministro de Estado competente.

De outro lado, não haverá maiores controvérsias sempre que houver identidade entre as instâncias de julgamento.

## 15. RECURSOS

### 15.1. Pedido de reconsideração

De acordo com os princípios que regem os procedimentos administrativos, dentre eles o da ampla defesa, o ordenamento jurídico possibilita ao administrado o direito de ter a decisão que, eventualmente lhe seja desfavorável, reavaliada. Essa reavaliação, em regra, ocorre mediante a interposição de recurso pela parte interessada.

No âmbito do PAR, a Lei nº 12.846/2013 não trouxe qualquer disposição expressa no que diz respeito à interposição de recurso administrativo.

A referida falta de previsão no bojo daquela norma possivelmente se deve ao fato de que o processo administrativo de responsabilização de pessoas jurídicas, tal como ali regulamentado, é submetido a julgamento pela autoridade máxima do órgão ou entidade; ou seja, não existe autoridade superior apta a reexaminar o ato, cabendo ao interessado apenas a oposição de pedido de reconsideração.

O pedido de reconsideração, a ser examinado pela própria autoridade que proferiu o julgamento, possui previsão no art. 11 do decreto regulamentador:

*Decreto nº 8.420/2015*

*Art. 11. Da decisão administrativa sancionadora cabe pedido de reconsideração com efeito suspensivo, no prazo de dez dias, contado da data de publicação da decisão.*

*§ 1º A pessoa jurídica contra a qual foram impostas sanções no PAR e que não apresentar pedido de reconsideração deverá cumpri-las no prazo de trinta dias, contado do fim do prazo para interposição do pedido de reconsideração.*

*§ 2º A autoridade julgadora terá o prazo de trinta dias para decidir sobre a matéria alegada no pedido de reconsideração e publicar nova decisão.*

*§ 3º Mantida a decisão administrativa sancionadora, será concedido à pessoa jurídica novo prazo de trinta dias para cumprimento das sanções que lhe foram impostas, contado da data de publicação da nova decisão.*

Conforme se verifica no caput do art. 11, foi atribuído efeito suspensivo ao pedido de reconsideração. Tal efeito emana, geralmente, da existência de justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da sanção administrativa.

Em regra, as sanções administrativas produzem efeitos imediatamente, ou seja, independentemente da sujeição a recurso e de sua efetiva interposição.

Como exemplo, podemos citar os recursos em face das penalidades de advertência, suspensão temporária, multa e declaração de inidoneidade (em que cabe pedido de reconsideração), previstos na Lei nº 8.666/93, que não gozam de efeito suspensivo, conforme §2º do seu art. 109. Na prática, isso significa que com a publicação da penalidade na imprensa oficial, ainda que caiba recurso administrativo ou pedido de reconsideração, a empresa não poderá licitar e contratar imediatamente.

*Lei 8.112/90*

*Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:*

*I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:*

*(...)*

f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do [§ 4o do art. 87 desta Lei](#), no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

(...)

§ 2º O recurso previsto nas alíneas “a” e “b” do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

Apenas de forma, excepcional, como previsto na parte final do mencionado § 2º do art. 109, é que a autoridade competente pode atribuir tal efeito aos demais recursos, desde que de forma motivada e presentes razões de interesse público.

O decreto regulamentador da LAC, portanto, inovou ao atribuir automaticamente efeito suspensivo ao pedido de reconsideração no âmbito do PAR, inovação essa, segundo Márcio de Aguiar Ribeiro<sup>104</sup>, que se coaduna com preceitos de razoabilidade e segurança jurídica, em razão da complexidade do referido processo e dos efeitos seriamente gravosos decorrentes da execução das correspondentes sanções administrativas.

Como visto no tópico anterior, a competência para julgamento do PAR, no âmbito do Poder Executivo federal, é da autoridade máxima do órgão (Ministro de Estado), sendo esta, no caso das empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações públicas, o seu presidente ou detentor de cargo com hierarquia equivalente.

Tal competência, contudo, pode ser delegada, nos termos do art. 8º, § 1º da LAC.

Com o exercício dessa delegação, outra autoridade administrativa, subordinada à autoridade máxima do órgão ou entidade processante efetuará o julgamento, de forma que a ela, investida na competência de autoridade máxima, deverá ser dirigido eventual pedido de reconsideração.

Por fim, cumpre destacar, nos casos de apuração conjunta, que as autoridades competentes para a aplicação das sanções previstas nas normas de licitações não necessariamente se identificam com aquelas da Lei Anticorrupção.

A existência de autoridades distintas para julgamento também provocará a existência de ritos recursais distintos. Nesse caso, deverá ser adotado procedimento similar àquele previsto para o julgamento em que foi aplicada a sanção (art. 12, § 1º, do Decreto nº 8.420/2015), tendo precedência o julgamento pela autoridade de nível mais elevado.

104 RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Op. Cit., 2017.

## 16. PENALIDADES

### 16.1. Penalidades administrativas da LAC

#### 16.1.1. Publicação Extraordinária

Acerca desta sanção, a Lei nº 12.846, de 2013, assim dispõe:

*Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:*

*[...]*

*II - publicação extraordinária da decisão condenatória.*

*§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.*

*[...]*

*§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.*

O art. 24 do Decreto nº 8.420, de 2015, repete a forma de cumprimento da sanção em tela, reforçando que a pessoa jurídica sancionada é que deverá providenciar a publicação do extrato da decisão, de maneira cumulativa, nos seguintes canais:

- a) em meio de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica;
- b) em edital afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, em localidade que permita a visibilidade pelo público, pelo prazo mínimo de trinta dias;
- c) em seu sítio eletrônico, pelo prazo mínimo de trinta dias e em destaque na página principal do referido sítio.

Destaque-se que, na falta do meio de comunicação citado no item “a”, a publicação deverá ocorrer em veículo de circulação nacional.

Por oportuno, cumpre mencionar que Márcio de Aguiar Ribeiro<sup>105</sup> espousa entendimento segundo o qual esta sanção tem origem no Direito Internacional, inicialmente marcado pela insuficiência de cominações aos entes soberanos que descumprissem/ofendessem compromissos internacionais. Neste sentido, afirma que:

*Buscando dar maior efetividade ao sistema de conformidade às obrigações internacionais, os mais diversos organismos internacionais passaram a adotar a aplicação de sanções do tipo name and shame, que consiste em causar vergonha ao infrator perante a comunidade internacional, em razão da inobservância dos deveres fixados em tratados e convenções internacionais, a exemplo das famosas “listas negras”.*

<sup>105</sup> Op. cit., p. 192-193.

Importante ressaltar que no caso da publicação por meio de afixação de edital específico no estabelecimento da pessoa jurídica e de seu sítio eletrônico, a Lei estabeleceu que o prazo de 30 dias é o mínimo a ser imposto. Portanto, entende-se que o prazo de 30 dias é adequado aos casos de menor gravidade, por se tratar do piso da pena. Logo, caso presentes os elementos que justifiquem a imposição de sanção mais gravosa, pode a autoridade determinar prazo superior a 30 dias, de forma proporcional e razoável à conduta praticada e aos demais elementos de que tratam o art. 7º da Lei Anticorrupção.

### 16.1.2. Multa

A Lei Anticorrupção estabelece que pela prática dos atos lesivos a pessoa jurídica poderá ser apenada com multa administrativa no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos. A norma ainda estabelece que a multa nunca poderá ser inferior à vantagem auferida pela prática do ato lesivo, quando possível tal estimativa.

Considerando que a metodologia de cálculo da multa demanda estudo mais detalhado, a CGU produziu manual específico, descrevendo todos os procedimentos necessários para o adequado cálculo da sanção. De modo que se remete este tópico para o manual em questão que poderá ser acessado no sítio oficial da CGU ([www.cgu.gov.br](http://www.cgu.gov.br)) ou no portal de corregedorias do Poder Executivo Federal ([www.corregedorias.gov.br](http://www.corregedorias.gov.br)).

O Manual divide o cálculo da multa da seguinte forma: Etapa 01 - definição da base de cálculo; Etapa 02 - definição da alíquota que incidirá sobre a base de cálculo; Etapa 03 - cálculo da multa preliminar; Etapa 04 - definição dos limites mínimo e máximo da multa; e Etapa 05 - calibragem da multa preliminar perante os limites mínimo e máximo, se necessário. Para cada etapa, são feitos os comentários teóricos pertinentes e, ao final, apresentado um caso prático para exemplificar os parâmetros e cálculos a serem feitos no caso concreto. Assim, se trata de leitura obrigatória para as comissões de PAR, por esclarecer diversas pequenas dúvidas sobre conceitos e referências contidas no Decreto nº 8.420/2015.

## 16.2. Penalidades das normas de licitações e contratos

A responsabilização administrativa de entes privados tem respaldo de múltiplas fontes normativas. Encontram-se à disposição da Administração os preceitos da Lei nº 8.666/93 (arts. 86 a 88), Lei nº 10.520/2002 (art. 7º), Lei nº 12.462/2011 (art. 47), Lei nº 12.846/2013 (arts. 5º a 7º) e Lei nº 13.303/2016 (arts. 82 a 84). As penalidades previstas nos diplomas podem ser cominadas aos infratores de modo isolado ou cumulativo, dependendo da subsunção do caso concreto num ou em mais de um dispositivo legal, o que evidencia a necessidade de diálogo das normas para harmonia do sistema.

Em especial, as leis de contratações públicas (Leis nº 8.666/93, nº 10.520/2002, nº 12.462/2011 e nº 13.303/2016) comungam de pressupostos e sanções, permitindo a análise concomitante das disposições normativas. Apesar de algumas referências à Lei nº 12.846/2013, o foco dirige-se doravante às penalidades que decorrem do vínculo entre o Estado e os licitantes ou contratados.

Nesse sentido, expor-se-ão os seguintes tópicos para a exposição do assunto: (i) espécies de sanção; (ii) campo de abrangência das leis vigentes; (iii) proibição de contratar com o Poder Público; (iv) hipóteses de cumulação de apurações. O objetivo é discorrer a respeito dos aspectos práticos que literatura especializada consolidou, mantendo-se a atenção às polêmicas relevantes à condução dos trabalhos de responsabilização de pessoas jurídicas.

As sanções administrativas subdividem-se em:

- a) Advertência (art. 87, inciso I, da Lei nº 8.666/93 e art. 83, inciso I, da Lei nº 13.303/2016);
- b) Multa (art. 87, inciso II, da Lei nº 8.666/93, art. 7º da Lei nº 10.520/2002, art. 47 da Lei nº

- 12.462/2011, art. 6º, inciso I, da Lei nº 12.846/2013 e art. 83, inciso II, da Lei nº 13.303/2016);
- c) Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, art. 7º da Lei nº 10.520/2002, art. 47 da Lei nº 12.462/2011 e art. 83, inciso III, da Lei nº 13.303/2016);
  - d) Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93);
  - e) Publicação extraordinária da decisão condenatória à custa do infrator (art. 6º, inciso II, da Lei nº 12.846/2013);
  - f) Descredenciamento do SICAF e de sistemas congêneres (art. 7º da Lei nº 10.520/2002).

A eficácia das penalidades (b) e (c) varia, consoante as leis de regência quanto a valor, tempo ou amplitude. Por isso, convém tecer alguns comentários sobre as espécies para apontar os lineamentos básicos e as distinções. Quanto à penalidade (d), não será abordada aqui em função da análise realizada em tópico específico.

### 16.2.1. Advertência

A advertência é aplicável a infrações com reduzida lesividade, como as pequenas falhas na execução contratual, cuja reparação é sanável, justamente para instar o ente privado a promover as diligências necessárias à normalização das obrigações, além de não incorrer em transgressão novamente.

A penalidade tem fundamento no art. 87, inciso I, da Lei nº 8.666/93 e art. 83, inciso I, da Lei nº 13.303/2016 (Estatuto das Empresas Estatais). Não há diferença de fundo em razão dos diplomas legais. Contudo, de acordo com Marçal Justen Filho<sup>106</sup>, podem-se identificar dois principais efeitos decorrentes da advertência.

O primeiro implica a submissão do punido à fiscalização mais acurada por parte da Administração, recrudescendo-se o acompanhamento estatal da atuação do particular frente às cláusulas contratuais. O segundo concerne à possibilidade de motivar o agravamento doutra pena na eventualidade de reincidência genérica ou específica do infrator, contanto que a sanção subsequente seja infligida no contexto da mesma relação contratual<sup>107</sup>.

### 16.2.2. Multa

A multa é a espécie de sanção mais recorrente entre as opções legislativas. Ela tem previsão em todos os diplomas legais arrolados (art. 87, inciso II, da Lei nº 8.666/93, art. 7º da Lei nº 10.520/2002, art. 47 da Lei nº 12.462/2011, art. 6º, inciso I, da Lei nº 12.846/2013 e art. 83, inciso II, da Lei nº 13.303/2016). Trata-se de punição pecuniária decorrente de infração de obrigações contratuais ou deveres legais. Ademais, somente a multa é passível de cumulação com as outras reprimendas, conforme o art. 87, § 2º, da Lei nº 8.666/93, art. 6º, § 1º, da Lei nº 12.846/2013, art. 7º da Lei nº 10.520/2002, art. 47 da Lei nº 12.462/2011 e art. 83, § 2º, da Lei nº 13.303/2016.

A Lei nº 12.846/2013 é a única fonte normativa que dispõe acerca dos limites da multa. O art. 6º, inciso I e § 4º, da Lei nº 12.846/2013 coarcta a pretensão punitiva da Administração a patamares mínimo e máximo da pena como medida de proporcionalidade em abstrato. Quanto às demais leis de regência, o legislador escolheu delegar a aplicabilidade da espécie ao administrador, condicionando-a à previsão nos ins-

<sup>106</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010, 14ª edição, p. 891.

<sup>107</sup> De acordo com Marçal Justen Filho, "O art. 87 da Lei 8.666/1993 contempla elenco das sanções administrativas. São elas a advertência, a multa, a suspensão temporária do direito de licitar e de contratar com a Administração e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública. As duas primeiras sanções são internas ao contrato, porquanto exaurem seus efeitos no âmbito de cada contratação. As outras duas são externas, já que se aplicam fora dos limites do contrato de que se trate." - frisos nossos (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 422.).

trumentos convocatório e contratual, os quais devem indicar o percentual da multa, a sua natureza jurídica (moratória ou compensatória) e as respectivas hipóteses de incidência.

*4. Inviável a aplicação de penalidade ao adjudicatário que se recusa a assinar o contrato (Lei 8.666/93, art. 81) sem que ela tenha sido prevista no edital (art. 40, III, do referido diploma legal).*

*(STF, REsp 709.378/PE, 1ª Turma, rel. Ministro. Teori Zavascki, DJE 03/11/2008)*

O art. 55, inciso VII, da Lei nº 8.666/93 reza: “São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas”. De modo similar, o legislador positivou o comando do art. 69, inciso VI, da Lei nº 13.303/2016: “São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei: [...] os direitos e as responsabilidades das partes, as tipificações das infrações e as respectivas penalidades e valores das multas”. Tal sistemática mantém-se em face do pregão e do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) por força da subsidiariedade das normas da Lei nº 8.666/93 aos correspondentes contratos com supedâneo no art. 9º da Lei nº 10.520/2002 e no art. 39 da Lei nº 12.462/2011.

A multa tem natureza moratória ou compensatória. A primeira tem fundamento no caput do art. 86 da Lei nº 8.666/93 (art. 82, caput, da Lei nº 13.303/2016), tendo em vista o atraso injustificado da execução contratual. A segunda assenta-se no art. 87, inciso II, da Lei nº 8.666/93 (art. 83, inciso II, da Lei nº 13.303/2016), incidindo nos casos de inexecução parcial ou total do contrato. Em ambas as situações, a finalidade é indenizar a Administração dos prejuízos derivados do inadimplemento da obrigação, o que difere da função punitiva da multa do art. 6º, inciso I, da Lei nº 12.846/2013, cuja aplicação independe de relação negocial dos entes privados com o Poder Público, consoante o art. 5º, incisos I a III e V, da Lei Anticorrupção.

Como carecem de disciplina normativa os parâmetros utilizados para a definição do percentual da multa, exige-se do administrador a observância dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade com supedâneo do art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei nº 9.784/99. O montante não pode ser inexpressivo, sob risco de torná-la inefetiva. Não obstante, ela tampouco deve ser exorbitante a ponto de ensejar enriquecimento sem causa da Administração Pública.

Existe controvérsia acerca da fonte para pagamento da multa ante os §§ 2º e 3º do art. 86 da Lei nº 8.666/93, porque o primeiro versa sobre a garantia prestada pelo contratado; e o segundo, sobre o desconto das parcelas vincendas, à semelhança do § 1º do art. 87 da Lei nº 8.666/93, conferindo autoexecutoriedade à sanção administrativa.

*Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*

*Art. 86 (...)*

*§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.*

*§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.*

*Art. 87 (...)*

*§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.*

O Tribunal de Contas da União tem-se manifestado refratário ao desconto direto da multa sobre o valor da garantia com o argumento de que o ato poderia implicar uma situação de vulnerabilidade para a Administração, pois quedaria desprovida da integralidade da garantia no decurso da execução do contrato (TCU. Processo nº 012.916/1999-4. Decisão nº 621/2001-Plenário).

h) possível ilegalidade da cobrança da multa de mora, diretamente do interessado, sem, preliminarmente, deduzi-la do valor da garantia, ditame contido no subitem 15.3.2 do instrumento editalício (matéria objeto dos itens 36, 37 e 38 de fls. 139 e 140 dos presentes autos). No caso em análise, o critério de hermenêutica (sistemático) mais consentâneo com os princípios que regem a Administração Pública impõe concluir pelo não imediatismo da dedução, das multas eventualmente aplicadas, das garantias em poder do agente público, conforme previsto no § 2º do art. 86 do Estatuto Licitatório, cabendo interpretar tal dispositivo primeiro, como suporte jurídico à dedução dos valores de crédito do contratado junto ‘a Administração, e, em segundo lugar, como salvaguarda para o contratado, de forma a evitar - caso a ocorrência motivadora da multa provoque também a rescisão do contrato e a conseqüente perda dos valores caucionados - o desembolso adicional para pagar débito que a caução absorveu. Por outro lado, a dedução imediata, sem a rescisão ou o término do contrato, consumiria a garantia, deixando a Administração em situação de vulnerabilidade durante parte do período de implementação do contrato. Assim, o melhor entendimento, s.m.j. é de que **o valor da garantia deve manter-se íntegro ao longo da execução do contrato, devendo o agente público primeiramente deduzir dos créditos da contratada o valor da multa eventualmente aplicada, promovendo, a seguir, a cobrança direta ou judicial, somente após, no caso de rescisão contratual, deduzindo-a do valor da garantia.** (grifos acrescidos).

Assim, o TCU entende imperativo proceder-se à dedução da multa inicialmente em face dos eventuais créditos devidos ao contratado. Caso frustrada, deverá posteriormente ser acionada a cobrança imediata ou judicial para promover-se o abatimento da pena pecuniária afinal sobre a quantia prestada a título de garantia contratual, desde que implique concomitante rescisão do contrato administrativo (arts. 77 a 81 da Lei nº 8.666/93).

### 16.2.3. Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração

A pena em questão constitui fato impeditivo ao direito das pessoas jurídicas de participar de licitações ou celebrar contratos com os entes das Administração direta ou indireta. A sanção tem previsão no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, art. 7º da Lei nº 10.520/2002, art. 47 da Lei nº 12.462/2011 e art. 83, inciso III, da Lei nº 13.303/2016. Todavia, as leis de regência destoam no tocante à duração da reprimenda.

O art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93 e o art. 83, inciso III, da Lei nº 13.303/2016 preveem o prazo não superior a dois anos de suspensão, porém o art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e o art. 47 da Lei nº 12.462/2011 dilatam o período da penalidade para até um quinquênio. Além disso, a diferença não se detém ao aspecto temporal, pois afeta a amplitude da punição.

O art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93 diz: “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos”. O emprego do vocábulo “Administração” é razão de controvérsia doutrinária, haja vista a terminologia eleita pelo legislador no art. 6º, incisos XI e XII, da Lei nº 8.666/93, segundo a qual a Administração Pública significa a “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”, ao passo que a Administração consiste em “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”.

Em suma, as duas correntes discordam sobre a interpretação do preceito, já que uma sugere a manutenção da literalidade da norma; outra, a conjugação da regra com princípios que autorizariam a extensão dos efeitos. A primeira corrente, mais restritiva, entende que os efeitos da penalidade de suspensão circunscrevem-se a órgão, entidade ou unidade administrativa que a impôs ao particular, não podendo ser aplicado o mesmo tratamento da declaração de inidoneidade, que tem amplitude máxima, abrangendo todos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública. A segunda corrente sustenta uma percepção mais

extensiva dos efeitos da suspensão temporária, os quais seriam equivalentes aos da declaração de inidoneidade, com a distinção apenas em relação ao termo final da eficácia impeditiva.

Aponta-se também, como nota distintiva considerada pelo legislador, o fato de o tipo penal previsto no art. 97 da Lei nº 8.666/93 (*admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo*) fazer menção unicamente à hipótese da declaração de inidoneidade, nada dispondo sobre a suspensão temporária. A referência expressa à sanção de inidoneidade denota, por conseguinte, a diversidade das repercussões jurídicas das punições administrativas em tela no tocante à seara criminal, que não admite analogia *in malam partem*.

O TCU consolidou a jurisprudência segundo a corrente restritiva, determinando aos órgãos públicos que se abstivessem de incluir em seus editais a vedação à participação de empresas que tivessem sido apenadas por outros órgãos somente com a suspensão do direito de licitar (art. 87, III, da Lei nº 8.666/1993), exceto nos casos em que a suspensão tivesse sido imposta pelo próprio ente realizador da licitação.

Em julgados isolados, identificam-se divergências em decisões do TCU (Acórdão nº 2.218/2011 - 1ª Turma) que sugeririam uma revisão do entendimento outrora consolidado, suscitando o acatamento da posição interpretativa mais ampla, que se coaduna com as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no sentido de que o efeito da suspensão temporária para licitar e contratar deve ter alcance subjetivo amplo.

Contudo, não se pode afirmar que houve alteração substancial do entendimento anteriormente consagrado na Corte de Contas, uma vez que, ante a suscitada divergência, o Plenário voltou a examinar recentemente o assunto, reafirmando então o seu posicionamento tradicional, sintetizado da seguinte maneira: “As sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, previstas no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcançam apenas o órgão ou a entidade que as aplicaram.” (Acórdão nº 3.439/2012-Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo, 10/12/2012). Vide também:

*Em jurisprudência predominante, mais recentemente o TCU tem conferido abrangência limitada às suspensões temporárias de licitar, coerentemente com as definições insculpidas no próprio texto legal (Acórdãos 1.457/2014, 2.556/2013, 2.242/2013, 1.017/2013, 3.243/2012, todos do Plenário):*

(...)

*Segundo os julgados relacionados, quando se aplica a punição baseada no art. 87, inciso III, da Lei de Licitações, a proibição de contratar adstringe-se à entidade sancionadora*

*(TCU, Acórdão nº 2.081/2014, Plenário, Relator Min. Augusto Sherman).*

No outro extremo, encontra-se o posicionamento firmado reiteradamente pelo STJ, segundo o qual, em interpretação consentânea com o princípio da moralidade, ao entender que a Administração Pública é una, irrelevante se torna a distinção de vocábulos “Administração Pública” e “Administração”, de sorte que ambas as figuras sancionadoras - “suspensão temporária” e “declaração de inidoneidade” - acarretam ao fornecedor punido administrativamente a impossibilidade de participar de licitações e contratações futuras, pois “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” (REsp nº 151.567/RJ, rel. Min. Francisco Peçanha, julgado em 25/02/2003). A posição foi reafirmada pelo STJ na ocasião do Recurso em Mandado de Segurança nº 32.628/SP (rel. Min. Mauro Campbell, julgado em 06/09/2011).

**ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE. ADMINISTRAÇÃO X ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISTINÇÃO. AUSÊNCIA.**

(...)

10. Por fim, não é demais destacar que neste Tribunal já se pontuou a ausência de distinção entre os termos Administração e Administração Pública, razão pela qual a sanção de impedimento de contratar estende-se a qualquer órgão ou entidade daquela. Precedentes.

(STJ. RMS nº 32.628/SP, Relator Min. Mauro Campbell, julgado em 06/09/2011)

A princípio, a Advocacia-Geral da União (AGU), após analisar a divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência, curvou-se ao entendimento do STJ, publicando o Parecer nº 87/2011/DECOR/CGU/AGU, para externar o entendimento de que a penalidade de suspensão temporária ou impedimento de contratar “afasta o sancionado das licitações e contratações promovidas por toda a Administração Pública brasileira”. O Parecer nº 02/2013/GT/Portaria nº 11, de 27/02/2013, todavia, altera radicalmente o entendimento anteriormente consagrado e filia-se à posição restritiva do TCU, adotando-se a tese de que os efeitos impeditivos alcançam somente licitações ou contratos da entidade ou do órgão que cominou a sanção ao ente privado.

Nesse diapasão, o art. 40, inciso III e § 1º, da Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 2/2010 acolhe o posicionamento da corrente restritiva ao estabelecer normas para funcionamento do Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores - SICAF.

*Art. 40. São sanções passíveis de registro no SICAF, além de outras que a lei possa prever:*

*I - advertência por escrito, conforme o inciso I do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;*

*II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, conforme o inciso II do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;*

*III - suspensão temporária, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;*

*IV - declaração de inidoneidade, conforme o inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993; e*

*V - impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.*

*§ 1º A aplicação da sanção prevista no inciso III deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção.*

O art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e o art. 47 da Lei nº 12.462/2011 estabelecem o impedimento de licitar e contratar com “União, Estados, Distrito Federal ou Municípios”, desde que o ente privado cometa alguma das transgressões previstas nos dispositivos, o que se aplica aos pregões e aos certames sob o regime diferenciado de contratações públicas (RDC). A eficácia da penalidade é extensiva ao Poder Público na íntegra à semelhança da disciplina reservada à declaração de inidoneidade, porquanto abrange a Administração Pública, nos termos do art. 87, inciso IV, c/c art. 6º, inciso XI, da Lei nº 8.666/93.

Entretanto, em razão da conjunção “ou” presente na redação do art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e do art. 47 da Lei nº 12.462/2011, instalou-se dissenso hermenêutico a respeito dos dispositivos. De um lado, defende-se que a norma subentende a alternatividade, o que cinge o efeito da sanção ao ente político que a infligir (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios) perante os órgãos e as entidades da Administração respectiva. De outro, existe a tese de que a abrangência da pena é equivalente à da declaração de inidoneidade.

Novamente, a tese da corrente restritiva tem arrimo no art. 40, inciso V e § 3º, da IN MPOG/SLTI nº 2/2010.

*Art. 40. São sanções passíveis de registro no SICAF, além de outras que a lei possa prever:*

*(...)*

*V - impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o Art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.*

*(...)*

*§ 3º A aplicação da sanção prevista no inciso V deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos no âmbito interno do ente federativo que aplicar a sanção:*

*I - da União, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade da União;*

*II - do Estado ou do Distrito Federal, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Estado ou do Distrito Federal; ou*

*III - do Município, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Município.*

Cumpra registrar que o STJ destoa outra vez, à semelhança da suspensão temporária, para projeção mais ampla dos efeitos do impedimento, que alcançariam qualquer órgão ou entidade da Administração Pública no sentido abrangente em razão de seu caráter uno. Para o órgão jurisdicional, equiparam-se as suspensões temporárias do art. 7º da Lei nº 10.520/2002, art. 47 da Lei nº 12.462/2011 e art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, exceto quanto à duração da pena (cinco anos no pregão e RDC; dois anos no regime geral).

O art. 83, inciso III, da Lei nº 13.303/2016 adota, por sua vez, a textualidade da interpretação restritiva sobre o art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93: “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos”. Com a substituição do vocábulo “Administração” por “entidade sancionadora”, o legislador elege a vertente restritiva, coarctando os efeitos impeditivos apenas às licitações e contratações da empresa estatal que cominou a sanção ao ente privado.

A suspensão temporária de participar de licitação e o impedimento de contratar com a Administração são aplicáveis a infrações com a lesividade média ou grave, comportando-se a graduação do tempo de eficácia de acordo com o dispositivo legal incidente in casu. Os tipos que autorizam o ato encontram-se no art. 88 da Lei nº 8.666/93, art. 7º da Lei nº 10.520/2002, art. 47 da Lei nº 12.462/2011 e art. 84 da Lei nº 13.303/2016. Eis a lista:

- 1. tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; (Leis nº 8.666/93 e nº 13.303/2016)*
- 2. tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; (Leis nº 8.666/93 e nº 13.303/2016)*
- 3. demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados; (Leis nº 8.666/93 e nº 13.303/2016)*
- 4. convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato; (RDC e pregão)*
- 5. deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso; (RDC e pregão)*
- 6. ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; (RDC e pregão)*
- 7. não mantiver a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado; (RDC e pregão)*
- 8. falhar ou fraudar na execução do contrato; (pregão)*

9. fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato; (RDC)

10. comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; (RDC e pregão)

11. der causa à inexecução total ou parcial do contrato. (RDC)

Diferentemente da declaração de inidoneidade, a aplicação da suspensão ou do impedimento de licitar ou contratar não tem competência exclusiva definida em lei. Por inexistir delimitação legal, tal como o art. 87, § 3º, da Lei nº 8.666/93, aplica-se subsidiariamente a regra do art. 17 da Lei nº 9.784/99, cabendo aos normativos internos do órgão ou da entidade indicar a autoridade competente. Se ausente a norma específica, o julgamento competirá à autoridade de menor grau hierárquico para prolatar a decisão. Eis o entendimento pretoriano pertinente.

*PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO. DIGITALIZAÇÃO DE PROCESSOS. CERTIFICADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. CONSTATAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE INFORMAÇÕES DISCREPANTES QUANTO A REQUISITO CONSTANTE DO EDITAL, DE EXPERIÊNCIA EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NAS DEPENDÊNCIAS DO ÓRGÃO CONTRATANTE. QUESTIONAMENTO SOBRE A VALIDADE DO REQUISITO E AO MODO DE REALIZAÇÃO DAS DILIGÊNCIAS DE APURAÇÃO. LICITAÇÃO POSTERIORMENTE REVOGADA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE À LICITANTE. IMPUGNAÇÃO.*

*1. A competência exclusiva do Ministro de Estado ou Secretário Estadual ou Municipal, disciplinada no art. 87, §3º, da Lei 8666/93, diz respeito exclusivamente à declaração de inidoneidade de empresa para contratar com a administração pública, não à mera suspensão temporária tratada pelo art. 87, inc. III.*

(...)

(STJ, MS nº 14.991/DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 12/05/2011).

#### 16.2.4. Declaração de inidoneidade

A declaração de inidoneidade constitui também um impedimento ao direito dos entes privados de participar de licitações e celebrar contratações com o Poder Público. A sanção está positivada no art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93 unicamente. Inexiste a celeuma a respeito da amplitude da penalidade, abrangendo órgãos e entidades da Administração Pública nacional (União, Distrito Federal, Estados e Municípios) por força da terminologia do art. 6º, inciso XI, da Lei nº 8.666/93.

Quanto ao aspecto temporal, o prazo mínimo de eficácia da pena é dois anos, porém não há previsão de termo final. Para desconstituição da situação jurídica de condenado, o interessado deve promover a reabilitação junto à Administração mediante o ressarcimento do prejuízo por ela experimentado (art. 87, inciso IV e § 3º, da Lei nº 8.666/93).

A competência para imposição da sanção é exclusiva de Ministro de Estado e de Secretário Estadual ou Municipal, consoante o art. 87, § 3º, da Lei nº 8.666/93. Dessa maneira, as entidades da Administração indireta devem remeter ao órgão da pasta a que se vinculam os casos em que vislumbrem a possibilidade de aplicação da reprimenda. Aliás, o art. 38, inciso III, da Lei nº 13.303/2016 permite tal conclusão manifestamente: “Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia mista a empresa: [...] 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”.

Nesse sentido, posiciona-se o Parecer nº 00296/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, que diz:

*72. Em relação às penalidades, conforme vimos anteriormente, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, previu apenas aquelas que possam ser aplicadas no âmbito da respectiva entidade, não*

*incluindo a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, uma vez que, no âmbito da União, essa reprimenda somente pode ser aplicada por Ministro de Estado, nos termos do § 3º do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993.*

*73. Essa constatação se confirma pela simples leitura dos incisos II e III do artigo 38 da Lei 13.303, os quais fazem a separação entre as punições aplicadas pelas estatais e as impostas pela União e pelas demais unidades da federação. Mais uma vez se confirma que a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, não revogou nenhum dispositivo das Leis nº 8.666, de 1993, e 12.846, de 2013.*

*74. Isto é, a declaração de inidoneidade é pena que só pode ser aplicada por Ministro de Estado e não foi revogada. Os presidentes das estatais poderão utilizar a Lei nº 13.303/2016 para aplicar as penas ali previstas, mas, sendo o fato mais grave, o Ministro de Estado permanece com sua competência residual para aplicar a declaração de inidoneidade da Lei 8.666/93. E não poderia ser diferente.*

*75. Decorre da construção teórica do Direito Administrativo a ideia de supervisão ministerial. A PETROBRAS, como órgão da Administração Indireta, se submete à supervisão da Administração Direta, via de regra o Ministério de Minas e Energia, o qual está vinculada por força do art. 61 da Lei 9.478/97. O Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União - CGU, por sua vez, possui competência concorrente para atuação nestes casos, tanto em razão da atribuição de instauração de Processos Administrativos de Responsabilização - PAR, como por desempenhar a função de órgão central em matéria correicional no âmbito do Poder Executivo Federal. Portanto, entender pela inaplicação, pelo Poder Executivo através de Ministro de Estado, da sanção de inidoneidade seria afrontar a própria construção teórica do Direito Administrativo, mormente a teoria relativa à descentralização administrativa e a necessidade de supervisão das entidades da Administração Indireta.*

*76. Mesmo não havendo mais dúvidas a respeito desse assunto, é importante acrescentar que o **caput do artigo 83 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, prevê expressamente que as penalidades ali previstas devem ser aplicadas pela respectiva entidade estatal (empresa pública ou sociedade de economia mista), ou seja, essa norma não trata de reprimendas cuja competência para aplicação é de autoridade externa.** (grifos no original) (fl. 14).*

As infrações que justificam a declaração de inidoneidade estão enquadradas no art. 88 da Lei nº 8.666/93, cuja reprodução consta do art. 84 da Lei nº 13.303/2016, reservando-se a competência punitiva à autoridade máxima do Ministério ou da Secretaria que é vítima do ato ilícito, ou que tem o poder-dever de supervisão (tutela) sobre a empresa estatal lesada.

*Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*

*Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:*

*I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;*

*II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;*

*III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.*

A declaração de inidoneidade pressupõe o cometimento de falta mais grave ou complexa que a ensejadora da suspensão temporária, notadamente quando se demonstrar que o contratado ou licitante agiu com dolo ou má-fé perante o órgão ou ente administrativo, isto é, perpetrar transgressões com alta

reprovabilidade, configurando a prática de ato incompatível com a condição de licitante e de contratante com a Administração Pública.

### 16.2.5. Descredenciamento do SICAF e de sistemas congêneres

Em que pese à previsão do art. 7º da Lei nº 10.520/2002, o descredenciamento do Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores (SICAF) é consequência da imposição das penas de suspensão e impedimento de licitar e contratar ou de declaração de inidoneidade. Não se trata de sanção autônoma.

Como o SICAF serve de instrumento para cadastramento de potenciais fornecedores, os entes privados impedidos de participar de certames por condenações administrativas automaticamente devem deixar de figurar no cadastro para dar concretude às penalidades que motivaram o descredenciamento.

Convém não olvidar que os requisitos da habilitação de fornecedores podem ser comprovados por meio do SICAF, consoante o art. 3º da IN MPOG/SLTI nº 2/2010: “A habilitação dos fornecedores em licitação, dispensa, inexigibilidade e nos contratos administrativos pertinentes à aquisição de bens e serviços, inclusive de obras e publicidade, e a alienação e locação poderá ser comprovada por meio de prévia e regular inscrição cadastral no SICAF, desde que os documentos comprobatórios estejam validados e atualizados.”

Na realidade, ocorre o registro da sanção que inabilita o fornecedor pelo prazo cabível em lei, conforme se depreende dos arts. 41 e 42 da IN MPOG/SLTI nº 2/2010 por força do art. 14, parágrafo único, do Anexo I do Decreto nº 3.555/2000:

*Art. 14 (...)*

*Parágrafo único. As penalidades serão obrigatoriamente registradas no SICAF, e no caso de suspensão de licitar, o licitante deverá ser descredenciado por igual período, sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e das demais cominações legais.*

*Art. 41. Após o registro da sanção, o órgão ou a entidade responsável por sua aplicação realizará comunicação ao fornecedor, informando que o fato foi registrado no SICAF.*

*Art. 42. Decorrido o prazo da penalidade registrada no Sistema, o fornecedor estará apto a participar de licitações e contratações públicas.*

*Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica à declaração de inidoneidade, prevista no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, caso em que o fornecedor deverá requerer a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.*

Em comentário à Lei nº 10.520/2002, Marçal Justen Filho preleciona que “[...] o sujeito será descredenciado dos cadastros de fornecedores, se for o caso. Essa consequência é lógica e pressupõe, como é evidente, que o sujeito seja cadastrado. Mas é evidente que o sancionamento do art. 7º impede também que o punido se cadastre supervenientemente, até que se exaura o prazo da sanção.”<sup>108</sup>

Extrapolado o prazo ou implementada a condição da reabilitação, o fornecedor tem direito à participação das contratações públicas, o que inclui a alimentação do cadastro do SICAF com o fim de satisfazer as exigências dos eventuais certames.

### 16.3. Campo de abrangência das leis vigentes

As infrações previstas nas leis vigentes dizem respeito a condutas concernentes (i) ao procedimento licitatório, (ii) à execução contratual e (iii) às relações extracontratuais lato sensu. Com exceção da Lei nº 12.846/2013, as leis que regem a responsabilidade administrativa dos entes privados versam sobre situações que se encaixam essencialmente nos itens (i) e (ii).

<sup>108</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão. São Paulo: Dialética, 2009, 5ª edição, p. 252.

Quanto ao item (i), elencam-se os seguintes atos:

1. *tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação (art. 88, inciso II, da Lei nº 8.666/93 e art. 84, inciso II, da Lei nº 13.303/2016);*
2. *convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato (art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e art. 47, inciso I, da Lei nº 12.462/2011);*
3. *deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso (art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e art. 47, inciso II, da Lei nº 12.462/2011);*
4. *não manter a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado; (art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e art. 47, inciso IV, da Lei nº 12.462/2011);*
5. *fraudar a licitação (art. 47, inciso V, 1ª parte, da Lei nº 12.462/2011);*
6. *frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público (art. 5º, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 12.846/2013);*
7. *impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público (art. 5º, inciso IV, alínea “b”, da Lei nº 12.846/2013);*
8. *afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo (art. 5º, inciso IV, alínea “c”, da Lei nº 12.846/2013);*
9. *fraudar licitação pública (art. 5º, inciso IV, alínea “d”, 1ª parte, da Lei nº 12.846/2013);*
10. *criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública (art. 5º, inciso IV, alínea “e”, 1ª parte, da Lei nº 12.846/2013).*

Quanto ao item (ii), elencam-se os seguintes atos:

1. *A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente (art. 81, caput, da Lei nº 8.666/93);*
2. *atraso injustificado na execução do contrato (art. 86, caput, da Lei nº 8.666/93 e art. 82, caput, da Lei nº 13.303/2016);*
3. *inexecução total ou parcial do contrato (art. 87, caput, da Lei nº 8.666/93, art. 47, inciso VII, da Lei nº 12.462/2011 e art. 83, caput, da Lei nº 13.303/2016);*
4. *ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; (art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e art. 47, inciso III, da Lei nº 12.462/2011);*
5. *praticar atos fraudulentos na execução do contrato (art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e art. 47, inciso V, da Lei nº 12.462/2011);*
6. *fraudar contrato decorrente de licitação (art. 5º, inciso IV, alínea “d”, 2ª parte, da Lei nº 12.846/2013);*
7. *criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para celebrar contrato administrativo (art. 5º, inciso IV, alínea “e”, 2ª parte, da Lei nº 12.846/2013);*
8. *obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais (art. 5º, inciso IV, alínea “f”, da Lei nº 12.846/2013);*

9. manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública (art. 5º, inciso IV, alínea “g”, da Lei nº 12.846/2013).

Quanto ao item (iii), elencam-se os seguintes atos:

1. tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos (art. 88, inciso I, da Lei nº 8.666/93 e art. 84, inciso I, da Lei nº 13.303/2016);
2. demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados (art. 88, inciso III, da Lei nº 8.666/93 e art. 84, inciso III, da Lei nº 13.303/2016);
3. comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal (art. 47, inciso VI, da Lei nº 12.462/2011);
4. prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada (art. 5º, inciso I, da Lei nº 12.846/2013);
5. comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos na LAC (art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.846/2013);
6. comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados (art. 5º, inciso III, da Lei nº 12.846/2013);
7. dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional (art. 5º, inciso V, da Lei nº 12.846/2013).

A maior parte das leis de regência pressupõe o vínculo direto ou indireto do ato ilícito com a contratação. Nota-se do art. 88, caput, da Lei nº 8.666/93 e do art. 84, caput, da Lei nº 13.303/2016 idêntica diretriz, prevendo que as penas são cominadas em razão dos contratos regidos pelos respectivos diplomas. Por conseguinte, ainda que a infração não ostente um liame imediato com o negócio jurídico, a exemplo do comportamento inidôneo, não é desprezível que se demonstre alguma pertinência da conduta com a relação contratual para legitimar o encaixe no enquadramento.

A Lei nº 12.846/2013 inova a disciplina, porque tipifica atos lesivos que prescindem de relação contratuais com a Administração. A título de ilustração, o oferecimento de vantagem indevida a agente público (inciso I do art. 5º) pode acontecer no contexto do exercício do poder de polícia administrativa com o objetivo de esquivar-se de qualquer medida restritiva do Poder Público ante a atividade econômica da pessoa jurídica.

O fundamento da interpretação decorre do art. 2º da Lei nº 12.846/2013, que estabelece o interesse ou benefício da pessoa jurídica como circunstância elementar normativa dos tipos (*As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não*). Com tal premissa, o legislador restringiu as condutas que afetam os procedimentos licitatórios e contratos ao rol do inciso IV do art. 5º. É bem mais fácil demonstrar o interesse ou benefício dos entes privados em fraudes contratuais ou licitatórias do que nos comportamentos extracontratuais, porém isso não significa que não há o interesse ou benefício à pessoa jurídica no tocante aos últimos.

A Lei nº 12.846/2013 abrange mais situações do que os outros regimes jurídicos acerca de infrações administrativas. Os enquadramentos da Lei Anticorrupção aplicam-se a atos lesivos referentes a qualquer licitação ou contrato, bem como se amoldam a condutas que não têm pertinência com negócios jurídicos. Quanto à Lei nº 8.666/93, à Lei nº 10.520/2002, à Lei nº 12.462/2011 e à Lei nº 13.303/2016, o vínculo direto ou indireto com a espécie de contratação correspondente é uma constante.

Cada lei de contratação disciplina situações que concernem à seleção de fornecedores e à execução contratual. A Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/2002 e a Lei nº 12.462/2011 têm manifesta proximidade em termos de objetivos e princípios. O art. 9º da Lei nº 10.520/2002 (*Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*) e o art. 47, §2º, da Lei nº 12.462/2011 (*As sanções administrativas, criminais e demais regras previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se às licitações e aos contratos regidos por esta Lei.*) permitem a aplicação subsidiária das disposições da Lei nº 8.666/93. Em contrapartida, a Lei nº 13.303/2016 apresenta resistência às normas da Lei nº 8.666/93, tendo em vista o art. 68 (*Os contratos de que trata esta Lei [13.303/2016] regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado.*) e outras disposições restritivas da incidência da Lei nº 8.666/93, como o art. 41 (*Aplicam-se às licitações e contratos regidos por esta Lei [13.303/2016] as normas de direito penal contidas nos arts. 89 a 99 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*).

De todo modo, convém salientar que seria inócua a aproximação em razão da disciplina própria da responsabilização administrativa constante dos arts. 82 a 84 da Lei nº 13.303/2016, que praticamente é a reprodução dos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666/93, excepcionando-se somente a penalidade de declaração de inidoneidade, cuja competência para cominação permanece adstrita a autoridades da Administração Pública direta nos termos do art. 38, inciso III, da Lei nº 13.303/2016 (*Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia mista a empresa: [...] 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*) c/c art. 87, § 3º, da Lei nº 8.666/93 (*A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso [...]*), o que demonstra algum diálogo axiológico entre as fontes normativas.

## 16.4. Efeitos das penas impeditivas de contratar em relação aos contratos sujeitos à prorrogação

Conforme a lição de Marçal Justen Filho<sup>109</sup>, o contratado tem a obrigação de manter os requisitos de habilitação e qualificação ao longo da execução do contrato por força do art. 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, o que está reproduzido no art. 69, inciso IX, da Lei nº 13.303/2016 (Estatuto das Empresas Es-tatais). A superveniência das penas de impedimento de contratar ou declaração de inidoneidade inabilita o ente privado à celebração de novos contratos com o Poder Público dentro do prazo e da extensão subjetiva previstos pelo correspondente diploma normativo.

A controvérsia reside na repercussão sobre os contratos vigentes. Marçal Justen Filho (Ibidem) alerta que o STJ tem posicionamento reiterado no sentido de que, em se tratando de declaração de inidoneidade, o efeito é ex nunc. Noutras palavras, não há rescisão automática de contratos em curso por ocasião de penalidade superveniente que inabilite o contratado para contratação pública (MS 14.002/DF, 1ª Seção, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 6/11/2009; MS 13.101/DF, 1ª Seção, rel. p/acórdão Min. Eliana Calmon, DJe de 9/12/2008). No entanto, a questão que se põe doravante consiste na qualificação jurídica da prorrogação contratual. Trata-se da relação jurídica primitiva ou de nova relação jurídica?

De acordo com o manual de “Licitações & Contratos” do TCU (4ª edição, pp. 765-766<sup>110</sup>), são requisitos mínimos para prorrogação contratual:

- a) existência de previsão para prorrogação no edital e no contrato;
- b) objeto e escopo do contrato inalterados pela prorrogação;

<sup>109</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª edição, São Paulo: Ed. Dialética, 2010, pp. 894-895.

<sup>110</sup> Disponível neste endereço eletrônico: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?line=1&fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC-81CA540A>.

- c) interesse da Administração e do contratado declarados expressamente;
- d) vantajosidade da prorrogação devidamente justificada nos autos do processo administrativo;
- e) **manutenção das condições de habilitação pelo contratado;**
- f) preço contratado compatível com o mercado fornecedor do objeto contratado. (grifos acrescidos)

Em princípio, a exigência de manter as condições de habilitação não é novidade, já que repete a norma que vigora desde a celebração do contrato por força dos dispositivos legais aludidos acima. No entanto, convém pôr em evidência que o contrato prorrogado envolve sutilezas que o distinguem do pacto originário. Em primeiro lugar, o contratado não tem nenhum direito subjetivo à prorrogação contratual. Isso difere da situação inicial, porque, com a homologação e a adjudicação, existe forte posicionamento doutrinário e judicial no sentido de indenizar o licitante cuja contratação não se efetivou<sup>111</sup>. Mesmo assim, independentemente da indenização, a adjudicação gera certos efeitos jurídicos aos envolvidos (art. 64 da Lei nº 8.666/93), conforme salienta Marçal Justen Filho (Idem, p. 603): “O ponto marcante do instituto da adjudicação reside na atribuição ao licitante vencedor de um determinado direito (cujo conteúdo é objeto de controvérsia). Trata-se de assegurar a ele a condição de vencedor da licitação e de titular dos direitos e deveres daí decorrentes.”. Diversamente, no tocante à prorrogação contratual, não se impõe ônus pela não celebração do ato à Administração ou ao contratado por causa da negativa de alguma das partes. Novamente, segundo Marçal Justen Filho (Idem, pp. 728-729), “[...] a renovação é ato bilateral, de natureza convencional. Isso significa a impossibilidade de ‘renovação automática’ do contrato.”. A propósito, o art. 51 c/c o item 3 do Anexo IX da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 5/2017 positiva a tese:

**3. Nas contratações de serviços continuados, o contratado não tem direito subjetivo à prorrogação contratual que objetiva a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, podendo ser prorrogados, a cada 12 (doze) meses, até o limite de 60 (sessenta) meses, desde que a instrução processual contemple:**

- a) estar formalmente demonstrado que a forma de prestação dos serviços tem natureza continuada;
- b) relatório que discorra sobre a execução do contrato, com informações de que os serviços tenham sido prestados regularmente;
- c) justificativa e motivo, por escrito, de que a Administração mantém interesse na realização do serviço;
- d) comprovação de que o valor do contrato permanece economicamente vantajoso para a Administração;
- e) manifestação expressa da contratada informando o interesse na prorrogação; e
- f) **comprovação de que o contratado mantém as condições iniciais de habilitação.** (grifos acrescidos)

Em segundo lugar, a prorrogação contratual não se resume ao juízo discricionário sobre a vantagem econômica da continuidade da prestação de serviço. A Administração tem o dever de sujeição à legalidade nos termos do art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93, art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/99 e art. 37, caput, da CRFB/88. Não pode ignorar automaticamente a eficácia das penalidades de impedimento de contratar ou declaração de inidoneidade. A *ratio decidendi* dos julgados do STJ mitiga o princípio da legalidade em função dos princípios da proporcionalidade e eficiência (MS 13.101/DF, 1ª Seção, rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 09/12/2008). É bem verdade que a interrupção dos contratos em andamento pode concretamente dificultar a prestação de serviços públicos, mas a prorrogação é medida excepcional, que não vincula o administrador, ainda que presentes os motivos que a autorizem. A realização das licitações é o caminho normal das contratações ante o fim da sua vigência.

<sup>111</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 32ª edição. São Paulo: Ed. Gen/Atlas, 2018, pp. 360-362.

Os requisitos discriminados pelo TCU e pela IN do MPOG visam a concretizar os princípios regentes da contratação pública. Por exemplo, materializam a vantajosidade (avaliação do custo do contrato), a legalidade (manutenção das condições de habilitação), a vinculação ao instrumento convocatório (previsão da prorrogação em edital) e a probidade administrativa (objeto e escopo contratual inalterados para não se fraudar o dever de licitar do art. 37, inciso XXI, da CRFB/88). Nenhuma das normas prevalece hierarquicamente sobre as demais. Por isso, o caso concreto deve balizar o sopesamento dos valores em colisão.

Em terceiro lugar, Marçal Justen Filho ressalta que o legislador não tem preciosismo técnico ao tratar de prorrogação contratual. Preleciona que “[...] a prorrogação consiste na pura e simples alteração do prazo original de vigência, fixando-se um período de tempo mais longo para a execução das obrigações contempladas no contrato. Ora, a disciplina do art. 57, inc. II, não consiste propriamente numa prorrogação de prazo. Trata-se, muito mais, de uma renovação contratual. Assim se passa porque a ‘prorrogação’ exige a concordância de ambas as partes, surgindo a alternativa para qualquer uma delas rejeitar a extensão da vigência por outro período de tempo.” (Idem, p. 728). Em ensaio recente, o doutrinador aduz que:

*Há pelo menos duas figuras jurídicas distintas no direito brasileiro, todas denominadas legislativamente de ‘prorrogação’.*

*Existe, primeiramente, a ‘prorrogação-renovação’ do contrato. Consiste num ato jurídico destinado a instaurar uma nova relação jurídica, envolvendo os mesmos sujeitos e com objeto jurídico similar, depois de exaurido o prazo determinado da relação original. Essa figura destina-se a impedir que o atingimento do termo contratual final produza o encerramento do relacionamento jurídico entre as partes. O ponto fundamental reside em que a prorrogação acarreta o surgimento de um novo vínculo jurídico, inconfundível com aquele anterior. É até possível que o conteúdo da nova contratação seja influenciado pelos dados da contratação anterior. É nessa acepção que o art. 175, parágrafo único, inc. I, da CF/88 alude à prorrogação dos contratos de concessão. Também é essa a acepção do termo ‘prorrogação’ no art. 57, inc. II, da Lei 8.666, que dispõe sobre contratos de prestação de serviços contínuos.*

*Mas também existe a ‘prorrogação-ampliação do prazo’. Trata-se de ato jurídico por meio do qual o termo final de uma relação jurídica é transferido para o futuro. Essa figura destina-se a impedir a extinção da vigência do vínculo. Nesse caso, a prorrogação amplia o prazo do vínculo que se encontra em curso, mantendo-o por período de tempo superior ao originalmente previsto. Portanto, nem se extingue a relação anterior, nem é instituída uma nova. As condições previstas para o vínculo original são mantidas, com eventuais alterações e adaptações. É nesse sentido que o art. 57, § 1º, da Lei 8.666 utiliza a expressão, tal como se passa no caso do art. 57, inc. I, do mesmo diploma.<sup>112</sup> - grifos acrescidos*

Cumprе ressaltar que, apesar de o art. 71 da Lei nº 13.303/2016 não reproduzir a redação do art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93 (A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...] à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses), estabelecendo somente que “A duração dos contratos regidos por esta Lei [13.303] não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir de sua celebração [...]”, com as exceções previstas nos seus incisos, não há empecilho à realização de “prorrogação-renovação” no âmbito dos contratos das empresas estatais, já que, de acordo com o item 46 do Parecer nº 00296/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, o art. 119 da Lei nº 8.666/93 autoriza a sua aplicação subsidiária à Lei nº 13.303/2016.

Havendo “prorrogação-renovação”, existe uma relação jurídica nova em face do contrato original. Por conseguinte, a incidência do art. 47 da Lei nº 12.462/2011 não prejudica nenhum contrato em curso à custa da segurança jurídica ou de outros valores constitucionais. Negar a eficácia da penalidade de impedimento de contratar também nesta hipótese coarctaria o campo da atuação da norma a duas circunstâncias:

<sup>112</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. “Prorrogação contratual”: a propósito da Lei 13.448/2017. Diferenças entre “prorrogação-renovação” e “prorrogação-ampliação do prazo”. Acesso em 25/4/2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/prorrogacao-contratual-a-proposito-da-lei-13-4482017-12062017>.

(i) impedimento de contratar decorrente de processo de licitação, o que é inócuo, pois o óbice já advém da suspensão temporária do direito de ser licitante; (ii) impedimento de ser contratado diretamente por dispensa ou inexigibilidade, o que causa surpresa, porque a situação pode ser análoga, visto que a contratação emergencial ocorre na iminência do fim de vigência doutro contrato em curso celebrado após procedimento licitatório.

Na “prorrogação-renovação”, o posicionamento do STJ não parece aplicável. A relação jurídica “secundária” derivada da “prorrogação-renovação” não se confunde com a própria relação jurídica “primária” procedente do contrato original. O legislador escolheu permitir o prolongamento da prestação de serviços como medida de eficiência, porquanto permite a manutenção de custos razoáveis sem a necessidade de abrir licitação frequentemente, porém não significa que os contratados que descumpram gravemente as obrigações assumidas podem manejar os contratos na qualidade de subterfúgios para evadirem-se dos efeitos concretos das sanções. Afinal, mesmo a “prorrogação-renovação” é faculdade da Administração, dependendo de sua anuência, além do consentimento do particular.

Destarte, em contratos de execução continuada, por se sujeitarem a renovações periódicas, constituindo-se novas relações jurídicas, a penalidade de impedimento de contratar com a União tem o condão de obstar à “prorrogação” contratual no âmbito de empresas estatais federais, tendo em vista o art. 47 da Lei nº 12.462/2011, visto que o contratado não ostenta os requisitos de habilitação para legitimação do negócio jurídico nos termos do art. 69, inciso IX, da Lei nº 13.303/2016.

O julgamento do MS 13.964/DF traz alguns apontamentos. O Ministro Zavascki fundamentou que “[...] a ausência do noticiado 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.**” (frisamos). O trecho remonta à razão de decidir do MS 13.101/DF, relatado afinal pela Min. Eliana Calmon, o qual se sujeitou a Embargos de Declaração para elucidação da eficácia ex nunc da pena de inidoneidade, entre outras questões.

Nos Embargos de Declaração no MS 13.101/DF, constam os seguintes excertos:

*Verifica-se que o acolhimento do pleito da UNIÃO, qual seja, rescisão imediata de todos os contratos pactuados entre a embargada e a Administração Pública em razão da 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 pela contratada, contrariando, assim, o princípio da proporcionalidade, da eficiência e obrigando gasto de verba pública com realização de novo procedimento licitatório.*

*Ressalvo, contudo, o direito da Administração (entendida aqui como pessoa jurídica integrante de qualquer das 03 (três) esferas da Federação) de, **constatando a inexecução do contrato por parte da embargada, instaurar processo administrativo com vistas a obter a rescisão da avença.** (grifos acrescentados)*

Nos Embargos de Declaração, a relatora enfrentou a arguição da União de que a rescisão administrativa tem o apoio dos arts. 55, inciso XIII, e 78, inciso I, da Lei nº 8.666/93:

*Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:*

*(...)*

*XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.*

*(...)*

*Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:*

*I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;*

Ancorada nas lições de Jessé Torres Pereira Júnior, a magistrada alertou os riscos de prejuízo ao interesse público por ocasião da rescisão dos contratos vigentes, conforme a passagem acima. Do cotejo entre os julgados, nota-se que os referidos embargos declaratórios do MS 13.101/DF obstam à rescisão automática dos contratos, salvo a circunstância de inexecução contratual, o que não excepciona nada efetivamente, pois isso é decorrência lógica do art. 77 da Lei nº 8.666/93 [A *inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.*]. Pouco importa a eficácia da pena de inidoneidade no tocante ao contratado, visto que o art. 77 incide normalmente em contratos com entes privados, mesmo sem condenação administrativa prévia.

O Min. Zavascki acrescentou no texto do MS 13.964/DF a hipótese do art. 78, cujo inciso I pode ser conjugado com o inciso XIII do art. 55, autorizando aparentemente o juízo de discricionariedade. Em princípio, houve o alargamento de escopo em face do MS 13.101/DF, a que se referiu o magistrado, na ocasião do MS 13.964/DF. O entendimento do ministro é então reproduzido no MS 14.002/DF. Por isso, não é gratuita a Orientação Normativa nº 49/2014 da AGU: “**A APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR NO ÂMBITO DA UNIÃO (ART. 7º DA LEI Nº 10.520, DE 2002) E DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE (ART. 87, INC. IV, DA LEI Nº 8.666, DE 1993) POSSUEM EFEITO EX NUNC, COMPETINDO À ADMINISTRAÇÃO, DIANTE DE CONTRATOS EXISTENTES, AVALIAR A IMEDIATA RESCISÃO NO CASO CONCRETO.**”. Mesmo assim, o entendimento não é cristalino, visto que os julgados declaram reiteradamente que a pena de inidoneidade “*só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento.*” (AgRg em RESp 1.148.351/MG, min. Herman Benjamin, DJe de 30/03/2010). Não esclarecem de que modo a eficácia impeditiva atuará nos contratos em curso com base somente no art. 78, inciso I, c/c art. 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, porque a comprovação doutros motivos legais (arts. 77 e 78, incisos II a XVIII, da Lei nº 8.666/93) basta em tese para a finalização do vínculo contratual, independentemente da superveniência de sanções impeditivas.

Apesar da problemática dos julgados, remanesce a hipótese de colisão quanto aos interesses de obtenção, de um lado, das utilidades decorrentes de serviços em andamento e, de outro, da efetividade da norma punitiva. Os dois valores compõem o interesse público. Prover a população e o Estado com bens ou serviços e preservar o império da ordem jurídica por meio da cominação de penalidades consistem em espécies de administração pública em sentido objetivo.

Na prorrogação contratual, boa parte da discussão dos julgados não é relevante. Descabe falar de rescisão administrativa e de suas hipóteses. Se a Administração não renovar o contrato, ele chegará ao termo final, extinguindo-se naturalmente. Por conseguinte, o debate dos ministros concentra-se na extinção do contrato administrativo durante o prazo regular com as consequências daí derivadas (necessidade ou não de indenização). Na renovação contratual, a celeuma não tem sentido, visto que se trata de nova relação jurídica (contrato futuro).

De qualquer modo, o eventual juízo de oportunidade da renovação contratual é questão relevantíssima. A presença de pena impeditiva de contratar com a Administração não deve ser solenemente desprezada pelo gestor. As desvantagens da extinção contratual também merecem a sua atenção.

Imagine-se que um órgão público seja surpreendido pela condenação do contratado numa sanção impeditiva. Ocorre que o fim do contrato é iminente, mas não resta tempo para licitar. Como o objeto contratual cuida de prestação de serviços continuados, a Administração decidirá se renovará o contrato ou celebrará outro emergencialmente (art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93). No entanto, a celebração do contrato emergencial pode não ser capaz de impedir a interrupção dos serviços.

Em tal situação, rejeitar a “prorrogação-renovação” implica muita ousadia ou temeridade. Contudo, a mera renovação não parece suficiente. O ente privado deve sujeitar-se à punição. Caso contrário, a Administração negará eficácia concreta à vontade do legislador sem declaração de inconstitucionalidade da lei. É possível, pois, um contrato que sirva de ponte a outro “definitivo”. Reza o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

*Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.*

*Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (grifos acrescidos).*

A Lei nº 13.655/2018, que incluiu o art. 20 e os seguintes na LINDB, positivou o entendimento do STJ. O administrador sopesará as vantagens e desvantagens das alternativas. Havendo possibilidade de concluir o processo licitatório, não se vislumbra necessidade de prorrogação contratual, porquanto o legislador já ponderou que o contratado condenado em inidoneidade não deve prosseguir com as contratações públicas (contanto que viável obviamente). A omissão da pena repercute sobre a credibilidade da Administração Pública ante a sociedade.

Com a disciplina da LINDB, o legislador afastou as soluções intuitivas. A avaliação do caso concreto é cogente. Contudo, as situações dos contratos no prazo regular e da “prorrogação-renovação” irrogam ônus diferentes ao crivo do administrador. No prazo regular, a solução de continuidade dos serviços é fato evidente na eventual rescisão contratual. Na prorrogação, o risco não é automático, pois depende da possibilidade de planejamento da substituição do contratado. Ademais, o objeto contratual pode não ser indispensável à Administração ou aos administrados (contratação de garçons por exemplo). Nesse contexto, inexistente a justificativa ao seguimento da avença com o ente privado impedido.

Já que o juízo de oportunidade consiste porventura num ônus inarredável, então a liberdade do administrador não pode ser amplíssima. Caso o efeito secundário da penalidade (impedimento de contratar) não puder de imediato concretizar-se, deve ele indicar na decisão quando acontecerá, explicitando as correspondentes razões fáticas e jurídicas (art. 50, incisos I e II, da Lei nº 9.784/99 e art. 20 da LINDB). As afirmações vazias ou genéricas atraem a responsabilidade funcional da autoridade pública (art. 28 da LINDB<sup>113</sup>). Na “prorrogação-renovação”, a regra é não contratar. Afinal, o ato é discricionário em essência sem consideração de qualquer sanção superveniente. Na falta de motivos para não prorrogar, o fato impeditivo de contratar constitui obstáculo suficiente para autorizar a decisão de licitar em vez de prolongar a prestação dos serviços, ressalvados os fatores excepcionais que sirvam à simples postergação do preceito, porém jamais ao seu vilipêndio.

## 16.5. Hipóteses de cumulação de apurações

Em se tratando de infrações às normas das leis de contratação (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002, Lei nº 12.462/2011 e Lei nº 13.303/2016), concerne ao órgão ou à entidade contratante o poder-dever de responsabilizar os entes privados. Com esboço na manifestação técnica de comissão de licitação, pregoeiro ou fiscal de contrato, o contratante deve instaurar o processo punitivo, respeitando rito e garantias legais, a fim de deslindar a controvérsia e castigar porventura o transgressor.

O art. 8º, § 2º, da Lei nº 12.846/2013 confere à CGU a competência concorrente de processar e punir os entes privados que perpetrem os atos lesivos do art. 5º da LAC no âmbito do Poder Executivo Federal. Por isso, é possível o desencadeamento de ações correccionais tanto por órgão ou entidade que sofreu a lesão quanto pela CGU (em sede originária ou por avocação). Para regulamentar a atuação concorrente da CGU, o art. 13, § 1º, do Decreto nº 8.420/2015 fixa as circunstâncias que recomendam a intervenção da pasta no litígio<sup>114</sup>.

Eventualmente, o ato lesivo pode enquadrar-se no art. 5º da Lei nº 12.846/2013 e num dispositivo doutra lei de regência sobre responsabilização administrativa (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002, Lei nº

<sup>113</sup> Decreto-Lei nº 4.657/42 (LINDB), Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

<sup>114</sup> Decreto nº 8.420/2015, Art. 13, § 1º A Controladoria-Geral da União poderá exercer, a qualquer tempo, a competência prevista no caput, se presentes quaisquer das seguintes circunstâncias: I - caracterização de omissão da autoridade originariamente competente; II - inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem; III - complexidade, repercussão e relevância da matéria; IV - valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade atingida; ou V - apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou entidade da administração pública federal.

12.462/2011 ou Lei nº 13.303/2016). Nessa situação, com arrimo no art. 12 do Decreto nº 8.420/2015, ocorrerá a apuração conjunta dos fatos nos mesmos autos.

*Art. 12. Os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo.*

*§ 1º Concluída a apuração de que trata o caput e havendo autoridades distintas competentes para julgamento, o processo será encaminhado primeiramente àquela de nível mais elevado, para que julgue no âmbito de sua competência, tendo precedência o julgamento pelo Ministro de Estado competente.*

*§ 2º Para fins do disposto no caput, o chefe da unidade responsável no órgão ou entidade pela gestão de licitações e contratos deve comunicar à autoridade prevista no art. 3º sobre eventuais fatos que configurem atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013.*

No seio da apuração conjunta, não há óbice à aplicação de penalidades oriundas de fontes normativas diversas. Noutras palavras, é viável irrogar as sanções da Lei nº 8.666/93, ou de qualquer lei de contratação pública, simultaneamente com as penas da Lei nº 12.846/2013 por força do art. 12, caput, do Decreto nº 8.420/2015. A competência para irrogar penalidades costuma variar de acordo com a espécie de sanção, razão por que se estipulou a possibilidade de cisão do julgamento na forma do art. 12, § 1º, do Decreto nº 8.420/2015.

Cabe anotar que a CGU, ainda que no exercício da competência concorrente, é autorizada a cominar as sanções da Lei nº 12.846/2013 cumuladas com a de qualquer diploma extravagante em matéria de responsabilização de entes privados. O fundamento decorre do art. 51, §§ 2º e 5º, da Medida Provisória nº 870/2019, autorizando a aplicação do direito material correspondente à situação fática:

*Art. 51 (...)*

*§ 2º À Controladoria-Geral da União, sempre que constatar omissão da autoridade competente, cumpre requisitar a instauração de sindicância, procedimentos e processos administrativos e avocar aqueles já em curso perante órgão ou entidade da administração pública federal, com vistas à correção do andamento, inclusive por meio da aplicação da penalidade administrativa cabível.*

*(...)*

*§ 5º Os procedimentos e os processos administrativos de instauração e avocação facultados à Controladoria-Geral da União incluem aqueles de que tratam o Título V da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o Capítulo V da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e o Capítulo IV da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e outros a serem desenvolvidos ou já em curso em órgão ou entidade da administração pública federal, desde que relacionados à lesão ou à ameaça de lesão ao patrimônio público.” (grifos acrescidos).*

Uma vez conferida a atribuição de instaurar e avocar os processos punitivos, não se vislumbra empecilho ao desempenho de poderes-deveres que lhes são inerentes, o que inclui a inflicção das reprimendas previstas pelas normas de direito material. As ações correccionais são instrumentos para atendimento da finalidade institucional da CGU de velar o patrimônio público no âmbito do Poder Executivo Federal: “À Controladoria-Geral da União, no exercício de suas competências, compete dar andamento às representações ou às denúncias fundamentadas que receber, relativas a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público e velar por seu integral deslinde.” (art. 51, § 1º, da MPV nº 870/2019).

## 17. PRESCRIÇÃO: QUAL O PRAZO PARA APLICAR AS SANÇÕES?

A previsibilidade mínima das relações, associada à expectativa legítima de que as pessoas possam mudar seus valores e perfis, recomenda e até exige que o Estado exerça suas prerrogativas sancionatórias dentro de limites temporais básicos, previamente delimitados<sup>1</sup>. Esses limites consistem na prescrição administrativa.

A prescrição é um instituto do direito (não só do direito administrativo) relacionado ao princípio da segurança jurídica a à estabilização das relações sociais, no sentido de que o decurso do tempo e a inércia tornam certa situação imutável, evitando que as relações fiquem indefinidamente sem solução. No direito administrativo, a prescrição<sup>2</sup> administrativa tem três diferentes sentidos: “designa, de um lado, a perda do prazo para recorrer de decisão administrativa; de outro, significa a perda do prazo para que a Administração reveja os próprios atos; finalmente, indica a perda do prazo para aplicação de penalidades administrativas.” (DI PIETRO: 2018, 926) Neste tópico, trataremos especificamente da prescrição no sentido de perda do prazo, pela Administração pública, para aplicar penalidades a pessoas jurídicas.

Em razão do princípio da legalidade, todos os prazos prescricionais devem estar previstos em lei, ainda que em leis diferentes daquelas que preveem certa infração administrativa. Por exemplo, no processo administrativo disciplinar federal, as regras sobre prescrição estão descritas no art. 142 da Lei nº 8.112/1990.

### 17.1. Prescrição: leis federais de licitações

Contudo, há hipóteses em que a lei não estabelece um prazo prescricional claro ou mesmo deixa de prever qualquer prazo, como ocorre com algumas leis federais que tratam de licitações e contratos (8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011). Em casos assim, devemos procurar em outras as regras prescricionais aplicáveis. Afinal, como expusemos acima, a pretensão punitiva não pode permanecer à disposição da Administração Pública indefinidamente. Portanto, é necessário utilizarmos a analogia para suprir essa omissão legislativa.

No caso dessas leis, tal omissão, ou lacuna, é suprida pela Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, que estabelece o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta:

*Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.*

Destacamos que existem dois termos iniciais da contagem do prazo prescricional, conforme a infração seja instantânea ou se prolongue no tempo (infração permanente ou continuada). No caso de infração instantânea, os cinco anos do prazo prescricional já começarão a correr da prática da infração. No caso de infração permanente ou continuada, o prazo de cinco anos só vai começar a correr quando a infração cessar.

Além disso, é importante destacar que o art. 2º da Lei nº 9.873/1999, traz cinco hipóteses de interrupção da prescrição, isto é, casos que fazem o prazo prescricional ser zerado e terá a sua contagem reiniciada:

*Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva:*

*I - pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;*

*II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;*

*III - pela decisão condenatória recorrível;*

*IV - por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.*

Vejamos um exemplo hipotético. Determinado licitante apresentou um documento falso exigido em um pregão no dia 15 de julho de 2013, infração prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 (Lei federal do pregão). Trata-se de infração instantânea, então, a prescrição para a Administração Pública punir esse ato começará a correr de 15 de julho de 2013, de modo que a Administração tem até 15 de julho de 2018 para apurar o ato.

No mesmo exemplo, suponha que a Administração iniciou a apuração em 7 de setembro de 2015, com a abertura de um processo para investigar o caso, ou seja, passados pouco mais de 2 (dois) anos desde a ocorrência da infração. Tal processo foi instaurado dentro do prazo prescricional, e configura um ato inequívoco de apuração do fato, situação prevista no inciso II do art. 2º da Lei nº 9.873/1999. Com isso, o prazo prescricional será, nesse momento, zerado e uma nova contagem de 5 (cinco) anos terá início imediato, de modo que a Administração agora terá até 7 de setembro de 2020 para concluir a apuração e punir o licitante infrator.

Vamos aproveitar e destacar outro ponto importante: Perceba que, no nosso exemplo, o prazo cairá num feriado, pois 7 de setembro de todo ano é feriado nacional. Isso leva à pergunta: em casos assim, o prazo é antecipado ou prorrogado? A Lei 9.783/1999 nada diz a respeito, então, aplicamos aqui a lei geral do processo administrativo federal, que é a Lei nº 9.784/1999. Seu art. 66, § 1º, diz expressamente que o prazo se prorroga: “Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal.” Em suma, no nosso exemplo, a Administração tem até 8 de setembro de 2020 para concluir o processo. A partir do dia 9 de setembro de 2020, o processo já estará prescrito e a Administração não mais poderá punir o infrator.

Além disso, existe uma situação peculiar que pode ocorrer se a Administração instaurar processo, mas deixá-lo inteiramente sem qualquer movimentação - a chamada prescrição intercorrente (ou preclusão intercorrente):

Tem-se defendido a aplicação do instituto da preclusão intercorrente quando a Administração Pública omitir as providências necessárias à conclusão do processo. Preconiza-se que a paralisação do processo administrativo ou a demora imputável à Administração Pública pode acarretar a perda do direito ou do poder cujo exercício depende da conclusão do referido processo.

Em síntese, a Administração Pública dispõe de certo prazo para instaurar o processo, sob pena de perda do direito ou poder no caso concreto. Se a Administração instaura o processo dentro do prazo, mas deixa de lhe dar seguimento, a situação deve merecer tratamento jurídico equivalente ao aplicável à ausência de instauração do processo. (JUSTEN FILHO: 2017, 1263)

Com efeito, a Lei nº 9.873/1999 incorporou essa lição no seu art. 1º, § 1º:

*Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso. (grifos acrescidos)*

Isso significa que, quando o processo administrativo punitivo é instaurado, a Administração precisa observar dois prazos: Um é o próprio prazo prescricional de cinco anos do art. 1º da Lei 9.873/1999, que é reiniciado quando a Administração instaura o processo. Esse prazo ocorre independentemente de a Administração manter o processo tramitando ou parado. Outro é o prazo de três anos do § 1º do art. 1º da mesma lei, o qual só incidirá se o processo permanecer completamente parado, sem trâmite ou despacho. Esse prazo menor visa proteger o administrado contra a inércia administrativa e incentivar os administradores a dar andamento periódico aos processos. Em síntese: mesmo o prazo prescricional sendo de cinco anos, o processo administrativo não pode ficar completamente “parado” por mais de três anos consecutivos.

Vamos voltar ao nosso exemplo anterior para ilustrar - como vimos acima, o processo fora instaurado em 8 de setembro de 2015. Vamos supor que a Administração tomou algumas providências instrutórias nos primeiros meses, mas, a partir de 2 de fevereiro de 2016, deixou-o completamente esquecido no fundo de um armário, retomando-o somente em 15 de fevereiro de 2019. Neste caso, o processo já estará prescrito desde 1º de fevereiro de 2019, pois mesmo o prazo prescricional geral sendo 9 de setembro de 2020, o processo sofreu a incidência da prescrição intercorrente de três anos, em razão da inércia total da Administração.

Finalmente, chamamos a atenção a que a prescrição não tem, aqui, a sua contagem temporal iniciada com a data da ciência da infração pela Administração Pública, como se dá nos casos de infração disciplinar de servidor público federal e em alguns dos casos alcançados pela Lei nº 12.846/2013, a qual estudaremos no tópico seguinte. Ela se inicia, conforme o caso, da ocorrência da infração (se for instantânea) ou de quando a infração cessar (se for permanente ou continuada). Transcrevemos novamente o art. 1º da Lei 9.873/1999, mas desta vez destacando sua parte final, que distingue as diferentes situações de início de prazo:

*Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.*

Recomendamos cuidado para não confundir a situação tratada neste tópico, de infrações previstas em leis de licitações, com a que veremos no tópico seguinte, de infrações previstas na Lei 12.846/2013, pois esta lei também prevê inícios diferentes de prescrição conforme a infração seja instantânea ou permanente, mas um dos critérios que ela usa é diferente.

## 17.2. Prescrição: Lei Anticorrupção

Vamos agora tratar da prescrição do dever da Administração de responsabilizar pessoas jurídicas por infrações à Lei nº 12.846/2013, ou LAC. Diferentemente do que ocorre com as leis federais de licitações e contratos, a LAC trata especificamente da prescrição:

*Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.*

Aqui, não há necessidade de aplicação de outras leis, pois a própria Lei 12.846/2013 já prevê o prazo de prescrição das próprias infrações: 5 anos. Cabe apenas observar que, do mesmo modo que ocorre com os prazos em geral, se o prazo de prescrição da Lei 12.846/2013 cair em dia sem expediente ou em que o expediente for encerrado antes da hora normal, ele será prorrogado até o dia seguinte (Lei 9.784/1999, art. 66, § 1º).

E como havíamos adiantado no tópico anterior, percebe-se que a Lei 12.846/2013 distingue dois inícios diferentes para esse prazo de 5 anos: se a infração for instantânea, o prazo se iniciará somente quando houver ciência dessa infração. Mas se a infração for permanente ou continuada, o prazo se iniciará somente quando essa infração se encerrar.

Mas esse artigo traz um problema: ele diz apenas “ciência da infração”, mas não define quem deve tomar ciência da infração. Ou seja, ele não definiu completamente os termos do prazo prescricional. Problema semelhante existe na prescrição da Lei nº 8.112/1990 (estatuto dos servidores federais), pois ela também determina que a prescrição se inicia de quando o fato “tornou-se conhecido” - mas sem especificar por quem o fato deve se tornar conhecido para que o prazo se inicie.

Existe amplo debate doutrinário sobre quem é o sujeito que deve tomar ciência da infração e ainda não existe uma posição unânime, ou mesmo razoavelmente pacífica, sobre o tema. Portanto, recomendamos, por cautela, que se utilize o critério de que qualquer agente público que tome ciência institucional de infração da Lei nº 12.846/2013 provoca o início do respectivo prazo prescricional. O fundamento desta posição está em que, apesar das diversas e complexas divisões internas da Administração pública, ela

se apresenta como uma só para o cidadão, pois a Administração nada mais é do que a corporificação do Estado. Portanto, entendemos que, se um agente da Administração pública toma ciência de uma infração, ainda que ele não tenha competência para apurá-la, a informação da infração já chegou a um agente estatal e, portanto, já chegou ao Estado. Se o agente em questão não tiver competência para apuração, incumbe-lhe, por dever funcional, encaminhar para a autoridade competente.

Destacamos também que essa ciência deve ser institucional, ou seja, informações veiculadas em meios jornalísticos ou redes sociais não contam como ciência para a Administração pública. Se um agente público toma ciência de uma infração ao ler um jornal ou assistindo a uma reportagem, ele faz isso como um cidadão qualquer - isto é, ele lê jornal como “José das Couves”, e não como “agente administrativo do órgão X”. Somente quando ele encaminha o caso para apuração é que podemos falar que a Administração, como tal, tomou ciência. Um exemplo disso seria o seguinte: ao chegar à repartição, o servidor José das Couves encaminha uma mensagem para a ouvidoria de seu órgão dizendo, “li no jornal Y uma reportagem sobre suposto esquema em que empresas pagam propinas a servidores do nosso órgão; por favor, solicito providências.”

## 18. O ACORDO DE LENIÊNCIA

Conforme adiantado, a LAC tratou dos acordos de leniência ao longo dos artigos 16 e 17. O tema encontra-se, ainda, regulamentado nos artigos 28 a 40 do Decreto nº 8.420/2015. Nos mencionados dispositivos pode-se verificar a disciplina dos aspectos centrais relacionados ao instituto sob análise, tais como competência, requisitos, formalidades e efeitos.

Com o destaque desses dispositivos, passa-se agora ao exame dos aspectos do acordo de leniência pertinentes e relevantes ao desenvolvimento do PAR.

O acordo de leniência poderá ser celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos ilícitos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013, com vistas à isenção ou atenuação das sanções ali previstas. Para celebração do ajuste, deve haver colaboração efetiva com as investigações e com o processo administrativo, resultando na obtenção de informações a respeito dos elementos de autoria e materialidade das infrações sob apuração.

Nos termos do art. 17 do mencionado diploma legal, a Administração processante poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666/1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus artigos 86 a 88. Assim, o acordo poderá abarcar, por exemplo, a isenção da penalidade de declaração de inidoneidade, na hipótese de o ato lesivo ter sido materializado na seara de um contrato administrativo.

Deve-se dar interpretação extensiva a esse dispositivo, de forma que o acordo de leniência, desde que atendidos os demais requisitos legais, possa também ser firmado em caso de infrações administrativas relacionadas a outras normas de licitações e contratos administrativos, a exemplo da Lei nº 10.520/2002. Tal possibilidade interpretativa, aliás, tem expressa previsão no artigo 28 do Decreto nº 8.420/2015.

### 18.1. Autoridade competente para celebrar o Acordo de Leniência

Nos termos da Lei nº 12.846/2013, o acordo de leniência será celebrado perante a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, a exemplo dos presidentes de tribunais ou de casas legislativas. Essa é a regra geral estabelecida pela Lei.

Todavia, no âmbito do Poder Executivo Federal, a Controladoria-Geral da União é o órgão competente para negociar e celebrar os acordos de leniência, conforme previsão expressa do §10º, do art. 16 da LAC. Portanto, a pessoa jurídica que tiver praticado atos lesivos perante qualquer órgão ou entidade integrantes da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo Federal, deverá dirigir sua proposta de acordo de leniência diretamente à CGU. Do mesmo modo, no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira, a CGU detém competência exclusiva para celebração de acordos de leniência.

A fim de conferir eficiência e racionalidade estabelecido pela LAC, uma vez proposto o acordo de leniência perante a CGU, poderão ser requisitados os autos de processos administrativos em curso em outros órgãos e entidades da administração pública federal relacionados aos fatos objeto do acordo. Esta é, inclusive, a previsão do § 3º do art. 31 do Decreto nº 8.420/2015.

Cumprido salientar que a competência atribuída à autoridade máxima da Pasta para celebração do acordo de leniência não impede a designação de servidores para conduzirem o procedimento que visa avaliar e estabelecer as condições para celebração de acordo de leniência. É inclusive desejável que, a exemplo do modelo adotado pela CGU, os Estados e Municípios regulamentem a LAC de forma a estabelecer um modelo de governança para avaliação e processamento dos pedidos de acordos de leniência. Tal medida visa assegurar que as avaliações dos pedidos de acordos de leniência sejam feitas de forma imparcial e possam subsidiar de forma técnica a decisão da autoridade pela sua celebração ou não.

## 18.2. Requisitos legais

Conforme já salientado, o acordo de leniência será firmado no interesse da Administração processante, tendo por primordiais objetivos a identificação dos autores da infração e a obtenção célere das informações e dos documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Ainda que tais objetivos imediatos sejam possíveis, a Lei nº 12.846/2013 estabelece a observância de uma série de requisitos como pressupostos de validade da celebração do ato administrativo consensual. Impõe-se que a pessoa jurídica processada: (i) seja primeira a se manifestar; (ii) cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; (iii) admita sua participação no ilícito e (iv) coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Frise-se que tais requisitos são de ordem cumulativa e não podem ser dispensados pela autoridade administrativa. Todavia, pode a autoridade máxima estipular condições adicionais para a celebração do acordo, com a finalidade de assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo (art. 16, §4º). A esse respeito, importante consignar que o Decreto nº 8.420/2015 estabeleceu que o acordo de leniência deverá conter cláusula que verse sobre a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade da pessoa jurídica (art. 37, IV).

### 18.2.1. A pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar, quando tal circunstância for relevante

Este requisito se justifica pela necessidade de se criar uma significativa instabilidade entre os atores responsáveis pela prática do ato lesivo à administração pública nacional ou estrangeira, gerando o constante receio de serem descobertos em razão da delação de um deles. Decerto tal requisito somente terá cabimento quando o ato lesivo for praticado num cenário de concurso de agentes.

Em relação à quantidade de lenientes admitida por determinada infração, o direito comparado alberga dois principais sistemas de delação: o sistema europeu e o sistema norte-americano. No primeiro, são admitidos múltiplos denunciante pela mesma infração. Já no segundo, a leniência somente é permitida ao primeiro denunciante do ato lesivo. Percebe-se, então, que o programa de leniência brasileiro foi diretamente influenciado pelo sistema norte-americano.

Ainda assim, mesmo o direito estadunidense contempla alguma mitigação ao requisito em tela, uma vez que o próprio Corporate Leniency Policy exceção a possibilidade jurídica de um Amnesty Plus. Com tal exceção, permite-se à empresa que não se habilitou primeiramente à denúncia da infração a possibilidade de delatar outra infração então desconhecida, obtendo todos os benefícios do acordo de leniência na nova infração e sendo agraciada com a redução da sanção na primeira infração.

Tal possibilidade também foi expressamente consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos na seara do direito antitruste, com o estabelecimento do instituto da leniência plus, assim denominado por evidente influência do direito norte-americano. Desse modo, restou consignado nos §§ 7º e 8º do art. 86 da Lei nº 12.529/2011 as seguintes assertivas:

*§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.*

*§ 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.*

De certa maneira, o Decreto nº 8.420/2015 também relativizou a necessidade de o acordo ser celebrado tão só com a primeira pessoa jurídica a manifestar interesse em cooperar com a apuração do ilícito.

Ao reproduzir o dispositivo original da LAC, o regulamento esclarece que o ineditismo da manifestação deveria ser observado “quando tal circunstância for relevante”.

Em que pese a possibilidade ali estabelecida, sua aplicação deve ser balizada com a observância de alguns fatores de limitação, sob pena de a pessoa jurídica acusada delatar casos de pequena expressão com a exclusiva finalidade de obter redução de penalidades de fatos mais gravosos.

Assim, pode-se delimitar a pactuação do acordo posterior pelo acatamento, em especial, dos seguintes critérios: (i) a relevância das provas apresentadas pelo leniente plus; (ii) a potencial materialidade da infração delatada, devendo-se levar em consideração a magnitude do ato lesivo, a extensão do dano causado, o número de empresas envolvidas etc.; e (iii) a probabilidade de detecção do ilícito sem a denúncia ofertada pela empresa leniente.

Cumprido ressaltar que o requisito em exame se aplica de maneira mais apropriada aos casos em que o conluio ou acordo envolvendo duas ou mais empresas se apresente como elemento essencial à configuração da infração, a exemplo do ato lesivo consubstanciado no art. 5º, IV, “a”, da Lei nº 12.846/2013: “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público”.

Em relação aos demais ilícitos, a presente condição perde relevância, afinal nem todo ato de corrupção será levado a cabo por meio da prática de cartel ou conluio. Justamente por isso, o Decreto nº 8.420/2015, em seu art. 30, expressamente prevê que a observância de tal requisito somente será necessária, quando tal circunstância for relevante.

### **18.2.2. A pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo**

O presente requisito se apresenta como o mais lógico e natural dos pressupostos de um acordo de leniência. Se o acordo é um instrumento de coibição e repressão da prática de atos lesivos à Administração Pública, não há dúvidas de que necessariamente a pessoa jurídica que delata determinado esquema delituoso deverá se comprometer com a cessação integral e imediata desse mesmo ilícito. Afinal, o acordo de leniência não pode jamais representar um salvo-conduto para continuidade delitiva.

Percebe-se que a própria Lei nº 12.846/2013 estabeleceu o marco temporal a ser observado para efetiva cessação da prática do ilícito, qual seja, a data de propositura do acordo. Dessa maneira, mesmo que a prática ilícita não tenha cessado à época de sua descoberta ou da instauração do PAR, o acordo poderá ser posteriormente celebrado. Contudo, para tanto, devem ser observados os demais requisitos legais, bem como a necessidade de a cessação já se ter verificado à época da propositura da leniência. Nesta toada, é válido registrar que a proposta do acordo de leniência poderá ser feita até a conclusão do relatório final a ser elaborado no PAR.

A não observância do requisito em exame implicará, ato contínuo, a imediata ruptura do pacto celebrado, dando-se pronto seguimento ao curso do processo administrativo sancionador. Desta maneira, a circunstância agravante decorrente da continuidade das infrações no tempo incidirá sobre a sanção eventualmente aplicada, nos termos do art. 17, I, do Decreto nº 8.420/2015.

### **18.2.3. A pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo**

Um dos objetivos do programa de leniência é justamente o incentivo negociado à oferta por parte do infrator de admissão da prática do ato lesivo e da oferta de provas acerca da existência e forma de consumação do ato ilícito.

A primeira delação que se faz no bojo desse tipo de acordo é justamente em relação à participação do leniente, consistente na confissão plena e irretratável de sua participação no ilícito. Posteriormente ao

ato de confissão, o leniente deverá relatar a exata participação dos demais atores envolvidos na prática da infração, caso existentes.

Superada a fase de indicação dos responsáveis pela materialização da infração, o delator deverá cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, devendo, acima de tudo, fornecer informações, documentos e todas as demais evidências que comprovem efetivamente os atos lesivos. Perceba-se que a exigência de cooperação com as investigações não se encerra com a celebração do acordo de leniência. De fato, exige-se da pessoa jurídica que comprove suas alegações, participando de forma efetiva das investigações conduzidas em decorrência do acordo. Essa colaboração poderá ser prestada, por exemplo, com a contínua entrega de documentos solicitados pela Administração Pública e pela prestação de depoimentos que constituíram prova para os processos investigativos.

A cooperação poderá mesmo ser aproveitada quando a autoridade administrativa já dispuser de provas para condenar os envolvidos. Com efeito, os elementos trazidos por um participante do conluio podem fortalecer a persecução contra os demais envolvidos e até mesmo indicar a existência de mais participantes na infração. Porém, o valor das informações trazidas deve ser avaliado in concreto, de modo a não provocar uma punição excessivamente atenuada da empresa que se envolve na organização delituosa.

#### 18.2.4. Acordo de leniência no âmbito da Controladoria-Geral da União

De acordo com o artigo 16, § 10, da Lei nº 12.846/2013 e o artigo 29 do Decreto nº 8.420/2015, a Controladoria-Geral da União é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

A própria Lei Anticorrupção delineou os principais aspectos formais a serem observados na celebração do acordo de leniência, a exemplo da designação da autoridade competente para sua negociação ou a indicação dos requisitos necessários à sua celebração. Entretanto, ficou reservado para regulamentação infralegal, a normatização referente aspectos formais de cunho pragmático a serem observados no desenvolvimento do acordo. No âmbito do Poder Executivo Federal, tais elementos encontram-se detalhados no bojo do Decreto nº 8.420/2015, em especial nos artigos 28 a 40. Por fim, devem ser observadas ainda as regras estabelecidas pela Portaria Conjunta CGU/AGU nº 4, de 9 de agosto de 2019. Os tópicos a seguir detalham todo esse procedimento.

##### 18.2.4.1. Participação da Advocacia-Geral da União

No âmbito do Poder Executivo Federal, os acordos de leniência são negociados e celebrados conjuntamente pela Controladoria-Geral da União e pela Advocacia-Geral da União, nos termos da Portaria Conjunta nº 04/2019. A medida visa garantir a necessária interlocução das duas instituições que tem competências complementares à luz da Lei nº 12.846/2013. Enquanto compete à CGU o processamento dos atos lesivos no âmbito administrativo, a AGU é responsável por ajuizar as medidas judiciais necessárias para a responsabilização civil de tais ilícitos. Ademais, também está na esfera de competências da AGU o ajuizamento das ações por ato de improbidade administrativa que, por vezes, são cabíveis nas mesmas hipóteses elencadas pela LAC.

Seria incongruente, a pessoa jurídica celebrar um acordo de leniência com a CGU e, ao mesmo tempo, se sujeitar à proposição de ações judiciais por parte de órgão do mesmo Poder, em face dos fatos por ela admitidos em sede de colaboração.

Assim, a negociação dos acordos de leniência de forma coordenada ente CGU e AGU, permite conferir uma atuação uniforme do Estado no combate à corrupção e também assegurar maior segurança jurídica para a pessoa jurídica leniente. Uma vez celebrados o acordo de leniência com CGU e AGU, a

pessoa jurídica solucionará os processos administrativos de responsabilização e as ações judiciais da Lei Anticorrupção e da Lei de Improbidade Administrativa.

#### 18.2.4.2. A formalização da proposta de acordo de leniência

O acordo de leniência é um instituto adotado no âmbito da Lei Anticorrupção que visa recompensar as pessoas jurídicas que adotam uma postura colaborativa e ética, quando do conhecimento da prática de um ato lesivo que recaía sobre sua responsabilidade. Portanto, espera-se que a proposição de um acordo de leniência seja feita tão logo a pessoa jurídica tenha ciência do ilícito, especialmente quando o fato ainda não está sendo investigado pela Administração Pública.

Por esse motivo, o Decreto nº 8.420/2015 estabelece a aplicação de uma redução de 2% na multa, caso a pessoa jurídica comunique espontaneamente a ocorrência do ato lesivo antes da instauração do PAR<sup>115</sup>.

Caso o PAR já tenha sido instaurado, a pessoa jurídica ainda assim poderá formular proposta de acordo de leniência, desde que ainda não tenha sido concluído o relatório do processo administrativo de responsabilização (art. 30, §2º, Decreto nº 8.420/2015).

A pessoa jurídica interessada deverá apresentar a proposta de acordo de leniência, perante a Secretaria de Combate à Corrupção (SCC) da CGU. Para tanto, a CGU disponibiliza modelo de proposta de acordo de leniência que poderá ser acessada diretamente em seu site<sup>116</sup>.

A pessoa jurídica proponente deverá declarar expressamente que foi orientada a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais, e de que o não atendimento às determinações e solicitações da CGU e da AGU durante a etapa de negociação importará a desistência da proposta.

Após a apresentação da proposta, CGU e AGU realizarão análise preliminar sobre a viabilidade da negociação. O juízo de admissibilidade quanto às propostas de negociações de acordos de leniência será realizado, conjuntamente, pela Diretoria de Acordos de Leniência (DAL) e pelo Departamento de Patrimônio Público e Probidade (DPP). Sendo a análise positiva, a pessoa jurídica deverá firmar Memorando de Entendimentos, com a finalidade de formalizar a proposta e definir os parâmetros mínimos para negociação do acordo de leniência. O Memorando de Entendimentos será assinado pelo Secretário de Combate à Corrupção da CGU e pelo Procurador-Geral da União da AGU.

Por fim, no âmbito do Poder Executivo Federal, uma vez proposto o acordo de leniência, a Controladoria-Geral da União poderá requisitar os autos de processos administrativos em curso em outros órgãos ou entidades da Administração Pública Federal relacionados aos fatos objeto do acordo.

#### 18.2.4.3. Da negociação de acordo de leniência.

Assinado o memorando de entendimentos entre a pessoa jurídica proponente e as autoridades da CGU e AGU, o Secretário de Combate à Corrupção designará comissão responsável pela condução da negociação do acordo, composta por, no mínimo:

- a) dois membros da carreira de Finanças e Controle em exercício na CGU; e
- b) um membro da AGU indicado pelo DPP.

Poderão ainda ser designados servidor público estável ou empregado público em exercício na CGU, assim como, a partir de indicação do DPP, membro ou servidor da AGU em exercício em qualquer de seus órgãos, para atuar como assistente técnico da comissão responsável pela condução das negociações.

115 Art. 17, IV, Decreto nº 8.420/2015.

116 <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>

A comissão de negociação processará o pedido de acordo de leniência, conduzindo as negociações junto à pessoa jurídica proponente. Para tanto, a comissão deverá:

- a) esclarecer à pessoa jurídica proponente os requisitos legais necessários para a celebração de acordo de leniência;
- b) avaliar se os elementos trazidos pela pessoa jurídica proponente atendem aos requisitos legais e regulamentares para celebração de acordo;
- c) avaliar o programa de integridade das empresas proponentes de acordos de leniência, caso existente, nos termos de regulamento específico da CGU, podendo contar com o apoio da Diretoria de Promoção da Integridade (DPI);
- d) propor cláusulas e obrigações para o acordo de leniência que, diante das circunstâncias do caso concreto, reputem-se necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.
- e) negociar os valores a serem ressarcidos, preservando-se a obrigação da pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado.

Ao final dos trabalhos, a comissão deverá elaborar relatório conclusivo acerca das negociações, sugerindo, de forma motivada, quando for o caso, a aplicação dos efeitos previstos no art. 40 do Decreto nº 8.420, de 2015, e o valor da multa aplicável. O relatório subsidiará a decisão dos Ministros de Estado da Controladoria-Geral da União e da Advocacia-Geral da União quanto à celebração do acordo.

Além da análise dos requisitos legais, a comissão poderá propor, de acordo com o caso concreto, obrigações específicas para a pessoa jurídica leniente de modo a garantir que ela promova alterações em sua governança que mitiguem o risco de ocorrência de novos atos ilícitos e permitam o monitoramento eficaz dos compromissos firmados no acordo de leniência.

A negociação a respeito da proposta do acordo de leniência deverá ser concluída no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de apresentação da proposta, podendo ser prorrogado, a critério da Administração, caso presente circunstâncias que o exijam.

A qualquer momento antes de sua celebração, a proposta de acordo poder ser objeto de desistência por parte da pessoa jurídica proponente ou rejeitada pela CGU ou pela AGU.

#### 18.2.4.4. Aspectos financeiros do acordo de leniência

Uma das etapas necessárias para a celebração do acordo de leniência diz respeito à possibilidade de transação dos efeitos financeiros da prática do ato lesivo. Conforme já foi abordado ao longo deste manual, a prática de ato lesivo previsto pela Lei Anticorrupção gera para a pessoa jurídica a possibilidade de ser condenada ao pagamento de multa administrativa financeira. Ademais, a pessoa jurídica se sujeita à propositura de medidas judiciais previstas pela própria Lei nº 12.846/2013 e, em muitos casos, simultaneamente pela Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

Dessa forma, foi editada Instrução Normativa nº 2, de 16 de maio de 2018, em conjunto pela Controladoria-Geral da União e Advocacia-Geral da União<sup>117</sup>, que aprovou a metodologia de cálculo no âmbito do acordo de leniência. A norma, além de uniformizar os procedimentos a serem adotados, confere ainda maior transparência e reforça a segurança jurídica para todos os participantes do acordo de leniência, ao detalhar quais são os parâmetros utilizados para o cálculo da multa.

Conforme se lê, o acordo de leniência deverá consignar dois tipos de rubricas, assim definidas:

1. Rubrica com natureza de sanção: a multa administrativa da LAC; e

117 Publicada no Diário Oficial da União de 21 de maio de 2018, seção 1, páginas 71 a 73.

2. Rubrica com natureza de ressarcimento: a vantagem indevida auferida ou pretendida no âmbito de suas relações com a administração pública em geral. Composta por três categorias de valores, a saber:

2.1. somatório de eventuais danos incontroversos atribuíveis às empresas colaboradoras;

2.2. somatório de todas as propinas pagas;

2.3. lucro ou enriquecimento que seria razoável se não houvera o ato ilícito.

Além das rubricas assim assinalada, a IN nº 2/2018 estabelece que o acordo de leniência deverá endereçar eventuais multas aplicáveis à pessoa jurídica em face dos mesmos fatos. Esse e outros parâmetros aplicáveis no acordo de leniência são assim elencados pela norma:

a) Correta subsunção da conduta à norma, indicando qual (is) ato (s) lesivo (s) previsto (s) nos incisos do art. 5º da LAC está (ão) sendo objeto de aplicação da penalidade da multa;

b) Ano da instauração do PAR ou do procedimento de acordo de leniência, o que tiver ocorrido primeiro;

c) Faturamento bruto (art. 17, caput, ou art. 22, incisos I, II ou III do Decreto nº 8.420, de 2015);

d) Propina para fins de cálculo da multa da LAC (consultar 6f deste Anexo);

e) Valor total de todos os contratos ou instrumentos no período reconhecido, incluindo aditivos (somatório do valor total dos contratos ou instrumentos no período analisado);

f) Saldo contratual existente dos instrumentos contaminados na data de vigência da LAC (somatório dos saldos residuais dos contratos ou instrumentos contaminados - a partir de 29/01/2014);

g) Lucro para fins de cálculo da multa da LAC (% - consultar 6i deste Anexo);

h) Aplicação de outras multas por parte da Administração Pública em face dos mesmos fatos.

#### 18.2.4.5. Sigilo das negociações e proteção da proponente

Conforme já se explicou, a confissão por parte da pessoa jurídica da responsabilidade pela prática do ato lesivos é um dos requisitos essenciais para a celebração de um acordo de leniência. Todavia, é possível que uma pessoa jurídica admita sua responsabilidade pelo ato lesivo, mas não preencha os demais requisitos e, assim, o acordo não seja celebrado.

Considerando o princípio da boa-fé processual que deve ser observado pelo programa de leniência, a lei estabeleceu que não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada<sup>118</sup>. Em outras palavras, a pessoa jurídica proponente não poderá ser prejudicada pelo fato de ter confessado a prática do ato lesivo, mas não tido sucesso na negociação do acordo.

Por esse motivo, a proposição do acordo de leniência não poderá ser divulgada até a celebração do acordo<sup>119</sup>. Desse modo, todo o procedimento de negociação do acordo de leniência é processado de forma sigilosa no âmbito da CGU e AGU, sendo que toda a documentação de instrução do processo é mantida em ambiente eletrônico monitorado e acesso mediante credencial eletrônica. O acesso aos autos da negociação é concedido somente aos servidores responsáveis pela condução da negociação e demais autoridades com atribuição de supervisão do processo (tal como os dirigentes da Secretaria de Combate à Corrupção e Diretoria de Acordos de Leniência).

Caso o acordo não venha a ser celebrado, os documentos apresentados durante a negociação serão devolvidos à pessoa jurídica proponente, sem retenção de cópias, sendo vedado seu uso para fins de res-

<sup>118</sup> Art. 16, § 7º, Lei nº 12.846/2013.

<sup>119</sup> art. 16, § 6º, Lei nº 12.846/2013.

pensabilização. A exceção a esta regra ocorre na hipótese de a Administração Pública ter conhecimento de tal documentação por outras fontes, independentemente da proposta do acordo de leniência.

Por fim, a proposição de acordo de leniência frustrada não pode constituir, no âmbito do processo administrativo de responsabilização, elemento que desabone a conduta da pessoa jurídica e tampouco poderá ser utilizada para majorar eventual sanção a lhe ser imposta.

#### 18.2.4.6. Benefícios e efeitos decorrentes do acordo de leniência

A Lei nº 12.846/2013 estabelece como resultado necessário da colaboração pactuada a identificação dos envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Em contrapartida dessa relevante colaboração, uma vez cumprido integralmente o acordo pela pessoa jurídica leniente, serão declarados em seu favor, nos termos previamente firmados no instrumento negocial, um ou mais dos seguintes efeitos, proporcionais ao nível de colaboração obtido:

- a) Isenção da publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora;
- b) Isenção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicos e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público;
- c) Redução, em até 2/3 (dois terços), do valor final da multa aplicável; ou
- d) Isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos diplomas legais que versam sobre licitações e contratos administrativos.

O que se observa desse rol de benefícios passíveis de serem concedidos pela Administração Pública à pessoa jurídica leniente é que o acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/2013 nunca resultará em um abrandamento total das penalidades a que a pessoa jurídica se sujeita por ter infringido a referida lei. Isto porque, ainda que a autoridade celebrante tenha concedido à pessoa jurídica a isenção total das sanções indicadas nos itens (i), (ii) e (iv) acima, necessariamente a pessoa jurídica infratora sofrerá a penalidade de multa prevista no art. 6º da LAC, tendo em vista que a redução máxima do valor daquela penalidade é de dois terços do seu valor final.

Repisa-se aqui que, uma vez que o acordo de leniência é subscrito simultaneamente pelo Ministro de Estado da CGU e pelo Advogado-Geral da União, poderão também ser objeto de transação a proposição das ações judiciais previstas pelas Lei Anticorrupção e pela Lei de Improbidade Administrativa. Desse modo, adiciona-se ao rol de benefícios elencados anteriormente, a possibilidade de transação das ações civis cabíveis.

Cumprido salientar que os efeitos dos benefícios decorrentes do cumprimento do acordo de leniência poderão ser estendidos às pessoas jurídicas que integrem o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que tenham firmado o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas. Tal previsão legal é compreensível em razão da própria coerência do sistema de responsabilização inaugurado pela Lei Anticorrupção, considerando que, se todas essas sociedades empresariais podem ser solidariamente responsáveis pela prática de atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, faz-se necessário admitir que os efeitos do ato administrativo consensual possam ser estendidos a cada uma delas no momento da celebração do ajuste.

Outro relevante efeito decorrente do acordo de leniência é a interrupção do prazo prescricional dos atos ilícitos, nos termos do § 9º do art. 16 da Lei nº 12.846/2013. Assim, com a celebração do acordo de leniência, tem-se o reinício da contagem do prazo prescricional, que passa novamente a correr em sua integralidade, de forma a possibilitar o eventual prosseguimento da apuração, especialmente nos casos de descumprimento das cláusulas então negociadas.

## 19. A PUBLICIDADE NO PAR

Desde a instauração da comissão, o PAR é tratado como processo de acesso restrito às partes, nos termos do parágrafo 3º do artigo 7º da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI), nos seguintes termos: “O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo”. Essa restrição decorre da necessidade de compatibilizar a adequada apuração dos fatos com a máxima transparência administrativa, uma vez que a abertura do Estado e a accountability pública são instrumentos para promoção do controle e da participação social.

É responsabilidade da comissão de PAR avaliar, a cada juntada de documento ao processo, se o mesmo contém informações de acesso restrito, facilitando a disponibilização do processo, em transparência ativa e passiva, após o julgamento pela autoridade competente. O sistema SEI!, utilizado pela CGU para autuação dos PARs, contém funcionalidade que permite aplicar restrição de acesso a cada documento adicionado, independentemente da restrição aplicada ao processo como um todo. Esse procedimento é realizado a partir da observância das orientações contidas na Portaria CGU nº 1.335/2018, a qual regulamentou os procedimentos relativos ao acesso e ao tratamento de documentos e informações no âmbito da CGU.

Importante destacar, também, que qualquer transcrição de dados ou informações de acesso restrito, no relatório final do PAR ou em outros documentos produzidos pela comissão, também deverá ser protegida do acesso por terceiros. Desse modo, sugere-se registrar, nesses documentos, apenas as informações consideradas imprescindíveis para a formação da opinião, pela autoridade julgadora.

É garantido a qualquer pessoa, física ou jurídica, o direito de acessar o PAR a partir do julgamento. Para tanto, não se deve sequer indagar a motivação do solicitante, uma vez que o próprio fundamento do pedido é o direito humano de “procurar, acessar e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias”, de acordo com o disposto no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem. A Constituição da República de 1988 explicitamente registrou o direito fundamental de receber “informações de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral” (artigo 5º, XXXIII), reforçando a desnecessidade do solicitante justificar o pedido de acesso ao PAR julgado.

Todavia, é possível que determinados dados e informações juntados ao PAR não possam ser disponibilizados, a fim de se protegerem interesses juridicamente relevantes como a privacidade de pessoas físicas envolvidas nos fatos apurados ou o segredo judicial relativo às provas eventualmente emprestadas, por exemplo. Nesses casos, é possível dar acesso aos autos com o tarjamento dos trechos dos documentos que contenham esses dados ou informações, de modo a garantir a primariedade da informação, nos termos do inciso IX do artigo 4º da LAI<sup>120</sup>. Quando o documento for integralmente considerado de acesso restrito, o acesso ao processo se dará de modo parcial, excluindo-se o documento negado. Em ambas as situações, deve-se fazer expressa menção ao fundamento legal da negativa de acesso correspondente a cada trecho e/ou documento negado, de modo que o solicitante possa, eventualmente, se opor, por meio de recurso administrativo, ao acesso parcial ao PAR.

As hipóteses de restrição do acesso a dados e informações foram exaustivamente estabelecidas pela LAI. Ao decidir recursos em face de negativa de acesso a informações, a CGU estabeleceu um conjunto de critérios e precedentes que, disponíveis na internet<sup>121</sup>, servem como referência para a interpretação das hipóteses de restrição do acesso nos casos concretos. Esse conhecimento foi consolidado em coletânea de normas e em manual, de modo a facilitar a consulta rápida ao entendimento de cada hipótese de restrição do acesso.

<sup>120</sup> Nos termos do parágrafo 2º do artigo 7º da LAI, “Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo”. A preferência pelo tarjamento/ocultação dos trechos sigilosos se justificaria considerando que é direito do solicitante obter informação primária, nos termos do inciso IV do artigo 7º da LAI.

<sup>121</sup> Na página <http://buscaprecedentes.cgu.gov.br/busca/SitePages/principal.aspx>, é possível consultar os pareceres, despachos, notas técnicas e decisões relacionados aos recursos julgados pela CGU, a partir do uso de palavras-chave, por exemplo.

A restrição do acesso a dados e informações contidos em PAR pode se fundar na existência de sigilos específicos, necessariamente previstos em lei em sentido formal. Trata-se de hipóteses de restrição de acesso cuja legitimidade decorre da necessidade de proteção de interesses privados, como os sigilos “fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça”, por exemplo (artigo 6º do Decreto).

O sigilo bancário foi estabelecido na Lei Complementar 105/2001 para proteger a intimidade dos clientes e a própria atividade mercantil dos agentes financeiros, estritamente no que se refere às operações financeiras realizadas pelas instituições listadas na referida Lei. No que se refere ao sigilo fiscal, o artigo 198 do Código Tributário Nacional (CTN) vedou “a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”, excepcionando, expressamente, situações em que seria possível compartilhar essa informação. De igual modo, dados e informações protegidos por segredo de justiça, quando juntados ao PAR, devem ser considerados de acesso restrito até que a autoridade judiciária decida afastar o sigilo.

O Decreto nº 7.724/2012 trouxe outras duas hipóteses em que a informação pode ser negada:

- a) Informações de empresas públicas, sociedade de economia mista e outras entidades controladas pela União que atuem em regime de concorrência, a fim de assegurar sua competitividade e governança corporativa e, quando aplicável, os interesses de acionistas minoritários (parágrafo 1º do artigo 5º); e
- b) Informações relacionadas à atividade empresarial de entes privados obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica, cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (parágrafo 2º do artigo 5º).

É possível interpretar o parágrafo 1º do artigo 5º como parâmetro para aplicação dos sigilos legais às estatais, conferindo-lhe um sentido compatível com o princípio da máxima divulgação.

Antes mesmo da entrada em vigor da LAI, a Instrução Normativa CVM nº 480/2009 já tratava de um conjunto de informações que, no interesse dos acionistas e da saúde do mercado acionário, deveriam ser amplamente divulgadas, como o valor da maior e da menor remuneração individual dos membros dos conselhos de administração e fiscal, bem como da diretoria estatutária das companhias de capital aberto, além do valor médio, referente aos três últimos exercícios sociais (artigo 13.11 do Anexo). Com o advento da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), as empresas públicas e sociedades de economia mista devem observar requisitos mínimos de transparência, dentre os quais a descrição da composição e da remuneração da administração (artigo 8º, inciso III). Interpretadas em conjunto, as disposições da CVM e da Lei das Estatais representam, todavia, um “pisso” de transparência, resguardando a avaliação, no caso concreto, da sua aderência.

A restrição de acesso a informações e dados pessoais foi registrada no artigo 31 da LAI e nos artigos 55 a 62 do Decreto nº 7.724/2012, os quais impõem à comissão de PAR o dever de proteger quaisquer dados ou informações que possam colocar em risco a privacidade, intimidade, honra ou imagem dos indivíduos, ou as liberdades e garantias individuais. A Lei nº 12.414/2011, ao fixar os contornos para a criação de um Cadastro Positivo, também dispôs sobre a proteção de dados e informações pessoais ao proibir anotações relativas a “(...) informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas” (§ 3º do artigo 3º). A Lei nº 13.709/2018 (Lei de Proteção de Dados Pessoais) dispôs sobre o conceito de dado pessoal sensível, “(...) sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (inciso II do artigo 5º).

A LAI definiu oito situações em que é possível restringir o acesso a informações mediante classificação, representada por um ato administrativo solene que garante tratamento específico a documentos para segurança da sociedade e do Estado (artigo 23, caput). Todo dado ou informação classificada é acompanhado de um Termo de Classificação de Informações (TCI), no qual é registrado o grau de sigilo (reservado, secreto ou ultrassecreto), o prazo da restrição do acesso (até 5, 15 ou 25 anos, respectivamente), os motivos da classificação e a identificação da autoridade classificadora, dentre outros dados. O uso de informações classificadas, em PAR, é medida excepcional que traz limitações ao próprio trâmite do processo, uma vez que se exige credencial de segurança ou assinatura de compromisso formal de manutenção de sigilo de todos os que manuseiem o processo, nos termos do Decreto 7.845/2012.

A aplicação das hipóteses de restrição do acesso, no caso concreto, implica avaliar o risco de entrega da informação em relação ao interesse protegido - por exemplo, a privacidade do titular da informação -, bem como o interesse público em conhecer a informação, mesmo que sujeita à restrição. Essa avaliação deve ser registrada enquanto motivação da restrição do acesso, ou da entrega da informação sujeita a restrição, de modo a evidenciar a justificativa pra proteção da informação e permitir, ao solicitante, apresentar recurso em face da eventual negativa de acesso.

## 20. CADASTROS PÚBLICOS DE SANÇÕES

A CGU mantém cadastros públicos de sanções, os quais podem ser acessados no Portal da Transparência<sup>122</sup>.

Os referidos cadastros têm por finalidade garantir transparência ativa a penalidades que produzam efeitos jurídicos de interesse da sociedade civil ou da própria Administração Pública.

Uma vez que as sanções que constam dos cadastros podem ser consultadas a qualquer momento, a sociedade civil tem a oportunidade de fiscalizar ações da Administração, como, por exemplo, verificar se determinada contratação ocorreu com empresa que estaria impedida para tanto.

Já os gestores públicos se beneficiam dos cadastros por reunirem em um só local informações de penalidades aplicadas por diversos entes, agilizando consultas e desburocratizando processos como o de contratação.

A Lei nº 12.846, de 2013, regulamentou, em seu art. 22, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e, em seu art. 23, o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), os dois cadastros que serão tratados neste Manual.

### *Lei nº 12.846/2013*

*Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei.*

*Art. 23. Os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos arts. 87 e 88 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.*

Como pode ser extraído do texto legal, em linhas gerais, o CEIS tem por objetivo consolidar a relação das empresas e pessoas físicas ou jurídicas que tenham sofrido sanções que restrinjam o direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública.

Já o CNEP busca consolidar a relação de penalidades aplicadas pela Administração Pública a pessoas jurídicas com base na própria Lei nº 12.846, de 2013, bem como informações sobre os acordos de leniência celebrados.

Merece destaque o fato de a Lei ter atribuído caráter nacional a ambos os cadastros, deles devendo participar todos os poderes das três esferas de governo.

Além do diploma legal, atualmente, a utilização dos cadastros também é regulada pelo Decreto nº 8.420, de 2015, pela Instrução Normativa CGU nº 2, de 7 de abril de 2015, pela Portaria CGU nº 1.332, de 22 de julho de 2016, e pela Portaria CGU nº 1.196, de 23 de maio de 2017.

O art. 8º da IN nº 2, de 2015, consolida quais informações que devem constar dos registros de sanções e acordos de leniência nos cadastros:

### *IN CGU nº 2/2015*

*Art. 8º O CEIS e o CNEP conterão, conforme o caso, as seguintes informações:*

*I - nome ou razão social da pessoa física ou jurídica;*

<sup>122</sup> <http://www.transparencia.gov.br/sancoes/>

*II - número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;*

*III - sanção aplicada, celebração do acordo de leniência ou seu descumprimento;*

*IV - fundamentação legal da decisão;*

*V - número do processo no qual foi fundamentada a decisão;*

*VI - data de início da vigência do efeito limitador ou impeditivo da decisão ou data de aplicação da sanção, de celebração do acordo de leniência ou de seu descumprimento;*

*VII - data final do efeito limitador ou impeditivo da decisão;*

*VIII - nome do órgão ou entidade sancionadora ou celebrante do acordo de leniência; e*

*IX - valor da multa.*

Também vale mencionar que o Decreto nº 8.420, de 2015, e a IN CGU nº 2, de 2015, regulamentam as situações em que as sanções e acordos de leniência devem ser excluídas dos cadastros.

Em regra, as sanções permanecem nos cadastros pelo seu prazo de vigência. Dessa forma, quando encerrado o prazo, os próprios sistemas informatizados de gestão dos cadastros excluem automaticamente as informações das penalidades do Portal da Transparência.

Quanto aos acordos de leniência, as informações sobre sua celebração permanecem no CNEP até seu integral cumprimento.

*IN CGU nº 2/2015*

*Art. 10. As informações relativas a acordo de leniência permanecerão no CNEP até a data da declaração do seu cumprimento pela autoridade competente.*

Já o registro de descumprimento de acordo de leniência é automaticamente excluído do CNEP após três anos de sua ocorrência, em razão do final de seus efeitos jurídicos, ou seja, da vedação de celebração de novo acordo, nos termos do § 8º, do art. 16, da Lei nº 12.846, de 2013.

*IN CGU nº 2/2015*

*Art. 7º*

*§ 2º O descumprimento do acordo de leniência será registrado no CNEP, permanecendo tal informação no referido Cadastro pelo prazo de três anos, nos termos do art. 16, § 8º, da Lei nº 12.846, de 2013.*

Informações sobre as multas aplicadas com base na Lei 12.846, de 2013, apenas são excluídas do CNEP pelo órgão responsável pelo seu cadastramento, quando o interessado comprovar sua quitação.

Penalidades de inidoneidade, aplicadas com fundamento na Lei nº 8.666, de 1993, somente são excluídas do CEIS após a reabilitação do apenado, nos termos do inciso IV, do art. 87, da referida Lei.

*Decreto nº 5.480/2015*

*Art. 47. A exclusão dos dados e informações constantes do CEIS ou do CNEP se dará:*

*- com fim do prazo do efeito limitador ou impeditivo da sanção; ou*

*II - mediante requerimento da pessoa jurídica interessada, após cumpridos os seguintes requisitos, quando aplicáveis:*

- a) publicação da decisão de reabilitação da pessoa jurídica sancionada, nas hipóteses dos incisos II e VI do caput do art. 43;
- b) cumprimento integral do acordo de leniência;
- c) reparação do dano causado; ou
- d) quitação da multa aplicada.

Algumas situações, por sua vez, não possuem hipótese de exclusão dos cadastros, são elas: a sanção de publicação extraordinária; a sanção de dissolução compulsória da pessoa jurídica; e a sanção de perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração.

Também são retiradas dos cadastros as sanções anuladas ou que tenham seus efeitos suspensos, seja por decisão administrativa ou por decisão judicial.

Em qualquer hipótese, os registros, alterações e cancelamentos efetuados no CEIS e no CNEP são de responsabilidade dos órgãos e entidades que aplicaram a respectiva sanção ou celebraram o respectivo acordo de leniência.

*IN CGU nº 2/2015*

*Art. 11. O registro e o conteúdo de informações abarcadas pelo CEIS e pelo CNEP são de responsabilidade dos órgãos ou entidades habilitadas no Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP.*

## 20.1. Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS)

O CEIS foi inicialmente criado pela Portaria CGU nº 516, de 15 de março de 2010, a qual foi tacitamente revogada pelas normas que atualmente regulamentam o cadastro.

Mesmo antes da edição da Lei Anticorrupção, que tornou obrigatória sua utilização por todos os poderes das três esferas de governo, o CEIS já contava com a participação espontânea de vinte e uma unidades federativas, o que demonstra o reconhecimento da necessidade de existência de cadastro integrado com as referidas informações.

O art. 6º, da IN CGU nº 2, de 2015, regulamentou o art. 23, da Lei 12.846, de 2013, definindo as penalidades que devem ser obrigatoriamente objeto de registro no cadastro: as sanções administrativas impostas a pessoas físicas ou jurídicas que impliquem restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública, seja qual for a abrangência dos efeitos da restrição.

*IN CGU nº 2/2015*

*Art. 6º Para fins do disposto no art. 23 da Lei nº 12.846, de 2013, os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de cada uma das esferas de governo registrarão e manterão atualizadas, no CEIS, informações relativas a todas as sanções administrativas por eles impostas a pessoas físicas ou jurídicas que impliquem restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública, como:*

O parágrafo único do mesmo artigo ainda permitiu, de forma não obrigatória, que no cadastro sejam consolidadas sanções de natureza judicial que impliquem restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública, bem como sanções aplicadas por organismos internacionais, agências oficiais de cooperação estrangeira ou organismos financeiros multilaterais de que o Brasil seja parte que limitem o direito de pessoas físicas e jurídicas celebrarem contratos financiados com recursos daquelas organizações.

## IN CGU nº 2/2015

### Art. 6º

*Parágrafo único. Poderão também ser registradas no CEIS sanções:*

*I - que impliquem restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública, ainda que não sejam de natureza administrativa; e*

*II - aplicadas por organismos internacionais, agências oficiais de cooperação estrangeira ou organismos financeiros multilaterais de que o Brasil seja parte, que limitem o direito de pessoas físicas e jurídicas celebrarem contratos financiados com recursos daquelas organizações, nos termos de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional.*

Em razão disso, a CGU importa periodicamente para o CEIS as sanções registradas no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa (CNIA), mantido pelo CNJ, bem como aquelas registradas na Lista de Licitantes Inidôneos, mantidas pelo TCU para dar publicidade às sanções aplicadas pelo tribunal.

Também são registradas no CEIS outras sanções de natureza judicial de que a CGU tenha ciência, desde que impliquem restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública, tais como algumas sanções criminais.

## IN CGU nº 2/2015

*Art. 12. A CGU poderá atualizar o CEIS e o CNEP com informações de que tiver conhecimento por outros meios oficiais, como decisões judiciais e publicações em diários oficiais.*

Por fim, deve ser mencionado o caráter de consolidação meramente informativa do CEIS. Por reunir sanções de diferentes abrangências, o cadastro não define os efeitos de cada sanção nele registrada.

Aponta, no entanto, o sancionador, o fundamento legal, o número de processo, e, quando a publicação da sanção ocorre no Diário Oficial da União, o endereço eletrônico da publicação. Dessa forma, permite aos interessados identificar os efeitos jurídicos da respectiva penalidade.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no MS 21750/DF, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

*1. Nos termos dos arts. 1º., § 1º. e 2º., parág. único do Decreto 5.482/2005 e 6o. e 7o da Portaria CGU 516/2010, a divulgação do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas-CEIS, pela CGU, tem mero caráter informativo, não determinando que os Entes Federativos impeçam a participação das empresas ali constantes de licitações.*

*2. A simples existência de questionamento judicial da penalidade aplicada, sem a demonstração da vigência de decisão judicial que a suspenda, ainda que temporariamente, não autoriza, a sua retirada do CEIS, porquanto, mesmo estando sub judice, ainda está vigente a penalidade.*

## 20.2. Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP)

A Lei nº 12.846, de 2013, criou, em seu art. 22, o CNEP, tornando sua utilização obrigatória por todos os órgãos e entidades pertencentes a qualquer poder e esfera de governo.

Diferentemente do CEIS, a Lei, ao se referir ao objeto dos registros, remeteu a todas as sanções nela fundamentadas, sem distinção de natureza administrativa ou judicial. Também determinou o registro dos acordos de leniência celebrados e seu eventual descumprimento.

Para fins de exibição no Portal da Transparência, as sanções e os acordos de leniência são exibidos em listas diferentes, uma vez que os registros possuem campos diferentes.

### 20.3. Utilização dos cadastros: no Poder Executivo federal

O registro de sanções no CEIS e no CNEP pelos órgãos e entidades integrantes do Poder Executivo Federal é obrigatório nos termos dos arts. 22 e 23, da Lei nº 12.846, de 2013, e é regulado pela Instrução Normativa CGU nº 2, de 2015, e pela Portaria CGU nº 1.196, de 2017.

Atualmente, o registro é realizado por meio do sistema CGU-PJ, disponível no endereço eletrônico <https://siscor.cgu.gov.br>. Cada órgão e entidade do Poder Executivo Federal deve indicar à CGU um usuário para administrar o Sistema em sua unidade. Esse administrador pode conceder acesso a usuários cadastradores e consulentes.

#### *Portaria CGU nº 1.196/2017*

*Art. 3º Os Órgãos Cadastradores devem designar Coordenador do CGU-PJ, em até 10 (dez) dias após o início de vigência desta Portaria, que será responsável por:*

*I - Formular a Política de Uso do órgão ou entidade;*

*II - Implementar e disseminar a utilização do CGU-PJ no órgão ou entidade; e*

*III - Atuar como interlocutor junto ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União para as tratativas de questões relativas ao CGU-PJ.*

*Art. 4º Os coordenadores indicarão ao Órgão Central, em até 10 (dez) dias após sua designação, pelo menos um servidor ou empregado para atuar como administrador do CGU-PJ no âmbito do Órgão Cadastrador, o qual será responsável por gerir a concessão de acesso ao Sistema.*

Em razão do disposto no art. 49, do Decreto nº 8.420, de 2015, o CGU-PJ não se destina ao registro apenas de sanções a serem inseridas no CEIS e no CNEP. Também deve ser utilizado para o registro de todos os processos correccionais destinados a apurar atos lesivos nos termos da Lei nº 12.846, de 2013, instaurados a partir de 2017, ou em curso no respectivo ano.

A Portaria CGU nº 1.196, de 2017, estabelece os prazos de cinco dias para o registro no CGU-PJ de informações relativas a sanções e julgamentos, e de trinta dias para o registro de informações sobre o juízo de admissibilidade e instauração.

#### *Portaria CGU nº 1.196/2017*

*Art. 5º Os registros de informação no CGU-PJ deverão ocorrer em até:*

*I - 5 (cinco) dias após a aplicação, quando relativas às sanções que impliquem impedimento de licitar ou contratar com a Administração Pública;*

*II - 30 (trinta) dias, quando relativas a juízo de admissibilidade, instauração ou encaminhamento para julgamento de PAR ou IP; e*

*III - 5 (cinco) dias, quando relativas a julgamentos ou outras decisões que impliquem alterações nas sanções aplicadas no âmbito de PAR ou IP.*

Antes do lançamento do Sistema CGU-PJ, a CGU registrava no CEIS e no CNEP as sanções aplicadas pelo Poder Executivo Federal, tendo por base as publicações realizadas no Diário Oficial da União.

Contudo, por força da Portaria CGU nº 1.196, de 2017, em 28 de junho de 2017, a responsabilidade pelo registro de novas sanções passou a ser dos próprios órgãos e entidades sancionadores. Também

passou a ser de responsabilidade dos órgãos e entidades sancionadores a gestão das penalidades registradas anteriormente.

*Portaria CGU nº 1.196/2017*

*Art. 5º (...)*

*§ 1º O Órgão Central manterá a coleta e o registro, no CEIS e no CNEP, das penalidades aplicadas no âmbito do Poder Executivo federal publicadas em Diário Oficial por 30 (trinta) dias após o início de vigência desta Portaria.*

*(...)*

*§ 4º Os Órgãos Cadastradores são responsáveis por registrar eventuais alterações nas sanções por eles aplicadas e que tenham sido inseridas no CEIS ou no CNEP pelo Órgão Central anteriormente ao prazo estabelecido no § 1º.*

## 20.4. Utilização dos cadastros: demais poderes e esferas de governo

O registro de sanções no CEIS e no CNEP pelos órgãos e entidades não pertencentes ao Poder Executivo Federal é obrigatório nos termos dos arts. 22 e 23 da Lei nº 12.846, de 2013, e é regulada pela Instrução Normativa CGU nº 2, de 2015, pela Portaria CGU nº 1.332, de 2016.

Nem a Lei, nem norma infralegal regulamentou parâmetros para que cada ente federativo definisse a competência para o registro de sanções por seus órgãos e entidades, apenas foi definido, pela IN CGU nº 2, de 2015, a responsabilidade dos órgãos e entidades habilitados no SIRCAD.

*IN CGU nº 2/2015*

*Art. 11. O registro e o conteúdo de informações abarcadas pelo CEIS e pelo CNEP são de responsabilidade dos órgãos ou entidades habilitadas no Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP.*

Dessa forma, cabe a cada ente regulamentar as competências de seus órgãos e entidades para o cumprimento dos arts. 22 e 23 da Lei nº 12.846, de 2013.

A gestão das sanções aplicadas e das informações sobre os acordos de leniência celebrados deve ser realizada por meio do SIRCAD, disponível em [www.ceiscadastro.cgu.gov.br](http://www.ceiscadastro.cgu.gov.br).

O acesso ao SIRCAD pode ser obtido diretamente pelo referido endereço eletrônico, pelo representante legal do órgão ou entidade, por meio da utilização de seu certificado digital e-CPF ou e-CNPJ. Após o registro, o representante legal registrado pode fornecer senhas de consulta e cadastro ao SIRCAD.

Observe-se que o acesso é franqueado apenas a órgãos e entidades de natureza pública. Entidades privadas podem consultar penalidades vigentes diretamente pelo endereço eletrônico do Portal da Transparência<sup>123</sup>, sendo desnecessário qualquer registro prévio à consulta.

O prazo para registro é sempre de cinco dias úteis nos termos do art. 6º, da Portaria CGU nº 1.332, de 2016, tanto a partir da publicação da sanção, quanto a partir da celebração do acordo de leniência, bem como a partir da realização de quaisquer atos que modifiquem os acordos ou as sanções ou seus respectivos efeitos.

*Portaria CGU nº 1.332/2016*

*Art. 6º. As informações relativas a penalidades e acordos de leniência passíveis de serem incluídas no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e no Cadastro Nacional de Em-*

<sup>123</sup> <http://www.transparencia.gov.br/sancoes>

*presas Punidas (CNEP) deverão ser registradas por meio do SIRCAD no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, a contar da publicação do ato de que tratam.*

## 20.5. Consulta ao CEIS/CNEP: Portal da Transparência

A consulta aos registros do CEIS e do CNEP está disponível no Portal da Transparência, e pode ser diretamente realizada pelo endereço eletrônico [www.transparencia.gov.br/sancoes/](http://www.transparencia.gov.br/sancoes/) por qualquer pessoa, sem necessidade de senha ou cadastro prévio.

A página de pesquisa oferece diversas opções de filtro, dentre eles o número do CNPJ ou CPF e nome da pessoa punida.

Deve-se observar que os filtros são do tipo “e”, e não do tipo “ou”. Ou seja, se mais de um campo for preenchido, a pesquisa não localizará registros que contenham uma ou outra das informações preenchidas - ela vai selecionar apenas aqueles que contenham as informações de todos os filtros.

Na hipótese de não serem encontrados registros, a página apresentará uma mensagem com essa informação, o que poderá ser utilizado tanto para o usuário checar se pesquisou pelos termos corretos, quanto para demonstrar a inexistência de registros no cadastro pesquisado.

É importante mencionar que o CEIS e o CNEP não esgotam, evidentemente, as informações sobre as penalidades, o que somente é possível mediante consulta à decisão original ou mesmo ao processo que a ensejou.

Também deve-se destacar que não existe obrigatoriedade de constar no CEIS toda e qualquer penalidade que implique restrição ao direito de contratar ou licitar. É o caso, por exemplo, das sanções judiciais.

Por fim, vale a menção de que os cadastros apresentam três campos com nomes da pessoa punida: um é o informado pelo próprio órgão sancionador, e os demais são buscados automaticamente a partir da base do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (CNPJ) - tratam-se do nome fantasia e da razão social -. A medida é adotada para facilitar a identificação, principalmente em casos de alteração da razão social da empresa.

## REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Aluizio. Manual de Crimes contra o Erário. 2ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

BRASIL. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Brasília, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm). Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 7.845, de 14 de novembro de 2012. Regulamenta procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo, e dispõe sobre o Núcleo de Segurança e Credenciamento. Brasília, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Decreto/D7845.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7845.htm). Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplimento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Brasília, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm). Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm). Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm). Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm). Acesso em: 23 abr. 2019.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução Normativa nº 480, de 7 de dezembro de 2009. Dispõe sobre o registro de emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst480.html>. Acesso em: 23 abr. 2019.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Aplicação da lei de acesso à informação na Administração Pública federal. Brasília, 2017a. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/lai-para-sic/sic-apoio-orientacoes/guias-e-orientacoes/aplicacao-lai-3a-ed-web-002.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2019.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Coletânea de Acesso à Informação. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2017b, 4ª edição. Disponível em: <http://www.ouvidorias.gov.br/arquivos/coletanea-de-acesso-a-informacao-4ed-web-2.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2019.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Portaria nº 1.335, de 21 de maio de 2018. Regulamenta os procedimentos relativos ao acesso e ao tratamento de documentos e informações no âmbito do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União - CGU. Brasília, 2018. Disponível em: [http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria\\_1335\\_extrato\\_2018.pdf](http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_1335_extrato_2018.pdf). Acesso em: 23 abr. 2019.

CUNHA FILHO, Marcio Camargo; XAVIER, Vitor Cesar Silva. Lei de acesso à informação: teoria e prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches e SOUZA, Renee. *Lei Anticorrupção Empresarial*. 2ª ed. Salvador: JusPO-DIVM, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2005.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de pessoas Jurídicas à Luz da Lei Anticorrupção Empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SANTOS, Franklin Brasil e DE SOUZA, Kleberon Robert. *Como combater a corrupção em licitações*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

