

DA ADMISSIBILIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E APLICAÇÃO DE PENALIDADES À PESSOA JURÍDICA NOS TERMOS DA LEI DE LICITAÇÕES, RDC E PESSOA JURÍDICA (Lei Anticorrupção)

Por Valéria Aparecida Nogueira*

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, nos traz em seu bojo que ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Desta feita, temos agora três leis que tratam sobre a matéria – serviços privados contratualizados com o serviço público, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, Lei nº 12.462 de 04 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas e a Lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, também conhecida como lei anticorrupção.

Assim a melhor prática do bom direito é organizar as questões processualísticas quanto à Admissibilidade, quanto ao Devido Processo Legal e quanto à aplicação da Penalidade ou Absolvição às pessoas jurídicas que por ventura venham a cometer algum ilícito junto à Administração Pública.

A Admissibilidade segue os requisitos padronizados de quaisquer irregularidades e/ou ilegalidades praticadas no âmbito da Administração Pública, tendo como principais requisitos a serem analisados:

- a) O relatório do Fiscal de Contratos.
- b) As providências do Gestor de Contratos;
- c) A matéria regulada infringida;
- d) A pessoa jurídica infratora;

e) O nexo de causalidade entre o fato existente, a pessoa jurídica infratora e a Administração Pública;

f) A possibilidade jurídica de aplicação de sanção administrativa, e/ou;

g) O valor financeiro pago e a ser pago ao contrato formalizado.

Passamos então, a alguns esclarecimentos:

O Fiscal de contratos é aquele servidor instituído da função fiscalizadora do Contrato, onde deverá estar presente e atuante junto às ações de execução contratual. É um servidor público, preferencialmente estável e conhecedor técnico do objeto contratualizado e que emitirá relatórios sequenciais, podendo apontar infrações ou regularidades contratual.

O Gestor de contratos é aquele que faz a gestão contratual, quanto a prazos de cobertura, aditamentos, conferências documentais e financeiras, bem como recebe todo e qualquer relatório do fiscal de contratos, e mediante irregularidades e ou ilegalidades emite parecer sobre o assunto e encaminha-o à Autoridade Instauradora para a admissibilidade ou não.

Neste contexto a matéria regulada é o item de maior crivo jurídico e que aqui a delineamos de acordo com a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, Lei nº 12.462 de 04 de agosto de 2011 e a Lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013.

Portanto o primeiro passo é proceder a verificação de qual modalidade de licitação, o tipo contratual em litígio e a análise equiparada a este conjunto legislativo, onde devemos nos ater aos artigos infringidos pela pessoa jurídica e fazer sua correspondência ao tipo sancionador da Lei.

Em muitos casos vamos ter uma sobreposição de matérias reguladas e variações de sanções o que deve ser levado em conta a regra primária das questões sancionadoras, *a que melhor beneficia o réu*.

Consequentemente delineamos as seguintes matérias reguladas:

Lei nº 8.666/1993:

- Inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento;
- O não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
- O cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

- A lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;
- O atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;
- A paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;
- A subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;
- O desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;
- O cometimento reiterado de faltas na sua execução,
- A decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;
- A dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;
- A alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;
- Razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;
- A ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato, e;
- Ausência de regularidade fiscal e trabalhista.

Lei nº 12.462/2011:

- Não celebrar contrato;
- Deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;
- Ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

- Não manter a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado;
- Fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;
- Comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal;
- Der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

Lei 12.846/2013:

- Quanto aos atos vinculados à Pessoa Natural:
- Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- Comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
- Comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
- 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.
- 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; ou manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

Quanto aos atos vinculados à Pessoa Jurídica:

- Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- Fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente, e;

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

Finalizado este tópico, passamos aos três últimos pontos que é o nexo de causalidade entre o fato existente, a pessoa jurídica infratora e a Administração Pública, ou seja, deve-se haver uma interligação entre a Administração Pública, a Pessoa Jurídica e a Matéria Regulada em seu bojo legal, para que haja a possibilidade Jurídica de Aplicação de Sanção Administrativa, levando-se em consideração o valor financeiro pago e a ser pago ao contrato formalizado.

Insta salientar que a Comissão não poderá se esquivar de impulsionar a Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, aos Estatutos dos Servidores Públicos e Códigos de Ética correspondentes às ações dos Servidores Públicos envolvidos.

Destarte aplica-se os dispositivos da Lei nº 12.846/2013 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.

O artigo 4o, da Lei retro mencionada, nos informa que subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, e seus parágrafos 1º e 2º trazem que:

[...]

§ 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.

[...]

Lembrando que se considera como 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 e o parágrafo 2º traz a equiparação à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

Desta forma, cumpridas as premissas de Admissibilidade, e presente os seus requisitos passamos ao Devido Processo Legal.

De acordo com o artigo 8º da Lei nº 12.846/2013, a instauração processual e o julgamento 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 os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa e a competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de *apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação*.

Sob o ponto de vista técnico entendemos que tal delegação não é possível devido aos parâmetros do processo administrativo e suas instâncias recursais, o que dá entendimento a não formalização, inclusive delegando responsabilidades a quem não tem o dever da Alta Administração. Poderá sim ter duas ou mais autoridades instauradoras em mesmo nível hierárquico e não em níveis subordinados.

Um exemplo é o caso do Poder Executivo Federal, por meio da Controladoria Geral da União, que possui o mesmo nível hierárquico aos Ministros de Estado, e os seus atos devem ser imparciais e não eivados de vícios em função única, pois se caso vier a ocorrer temerariamente levaria a ferir o Princípio da Imparcialidade.

O outro passo processual é a formação da Comissão Processante, designada pela Autoridade Instauradora.

A Comissão Processante jamais poderá ser formada por dois servidores e sim três servidores formando a tríade processual, que deverá agir dentro dos padrões jurídicos e técnicos, por servidores estáveis na forma da Lei, sendo um Presidente e dois Vogais, e jamais com a formação de Comissões criadas na forma de *TRIBUNAIS DE EXCEÇÃO*, ou em pares, portanto primeiro se cria a Comissão Processante e depois faz-se a Portaria Inaugural do Processo.

Enfatizamos aqui, os Principais Princípios norteadores do Direito Administrativo que são os Princípios: da Supremacia do Interesse Público, da Indisponibilidade do Interesse

Público, da Legalidade, da Impessoalidade, da Finalidade, da Moralidade, da Publicidade, da Eficiência, da Isonomia, do Contraditório, da Ampla Defesa, da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Continuidade, da Autotutela, da Especialidade, da Presunção da Legitimidade, da Motivação e da Segurança Jurídica.

Composta a Comissão Processual, definimos os principais atores e os passos a serem seguidos:

Autoridade Instauradora:

Elaboração da Portaria Instauradora, contendo a materialidade da infração, enquadramento legal de acordo com a lei, nomeação da Comissão Processante, sendo um Presidente e dois Vogais e o prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir, para que a Comissão conduza o Processo.

Comissão Processante:

A Tríade processual, Presidente e Vogais, são os condutores do Devido Processo Legal onde devem proceder o seguinte rito:

1-Recebimento da Portaria e de toda a documentação.

2-Ata de Instalação do Processo.

3-Intimação ou Notificação ou Intimação e Notificação da Pessoa Jurídica, por meio de seu preposto ou dirigente.

Diga-se de fato que, a intimação denomina-se para atos já efetivados e a Notificação para atos a serem realizados, neste contexto entende-se que deverá ser emitida pelo Presidente Processual a Intimação e a Notificação, uma para dar o conhecimento do Processo formalizado e outro documento cumprindo o regramento do artigo 11 da Lei nº 12.846-2013.

Art. 11. No processo administrativo para apuração de responsabilidade, será concedido à pessoa jurídica prazo de 30 (trinta) dias para defesa, contados a partir da intimação.

Por uma questão de economia processual de atos a Intimação e a Notificação, poderão ser em um único documento.

5-Instrução Processual (perícias, auditorias, juntada de documentos, oitivas de testemunhas e outros).

6-Notificação para apresentação de Memoriais.

7-Relatório fundamentado, onde é feito o primeiro julgamento e deverá apresentar os fatos depurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas.

8-Remessa dos autos à Autoridade Instauradora.

É bom lembrar que alguns entremeios processuais podem vir a ocorrer, e a Comissão tem por finalidade sanar estas questões tais como:

- Requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.
- Propor cautelarmente à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação.
- Solicitar a prorrogações de Prazos Processuais.
- Solicitar a instauração concomitantemente o processo administrativo específico de reparação integral do dano, caso não venha incluso na Portaria.
- Recomendar a abertura de Processo Administrativo Disciplinar.
- Dar conhecimento da conclusão do procedimento administrativo, ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.
- Realizar a técnica da dosimetria da pena Administrativa, de acordo com o artigo 7º da Lei nº 12.846/2013 que nos mostra:

[...]

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

[...]

Indubitavelmente, após cumpridos todos os passos processuais jurídicos e técnicos entramos na aplicabilidade da sanção ou não à pessoa jurídica, onde emite-se o relatório final que deverá constar a Absolvição da Pessoa Jurídica ou a sua Penalização ou a sugestão de um Acordo de Leniência e outras recomendações.

Cumpra obter que as penas passíveis de serem aplicadas é de acordo com o tipo legal estipulados e os fatos depurados nos seguintes termos:

Lei nº 8.666/1993:

- Advertência;
- Multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
- 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.

Lei nº 12.416-2011

- Impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais.
- As sanções administrativas previstas na Lei 8.666-1993.

Lei nº 12846-2013

- Multa, 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 qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).
- Publicação extraordinária da decisão condenatória.

Oportuno se torna o Acordo de Leniência, que é ajustamento entre o Poder Público e a Pessoa Jurídica, onde visa a suavizar algumas questões que devem ser levadas em consideração, de acordo com o artigo 16, Lei nº 12.846/2013:

[...]

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1o O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e 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.

§ 2o A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6o e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3o O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4o O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5o Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6o A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7o Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8o Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9o A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU 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.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

Autoridade Instauradora:

Recebimento dos autos e encaminhamento ao setor jurídico para parecer de legalidade e após, julgamento secundário, que assim entendemos, pois o relatório da Comissão Processante já traz o primeiro julgamento.

Neste ato Autoridade tem por condição abrandar a pena ou intensificá-la, lembrando que não poderá contrariar o Relatório Processual de forma infundada e sem seguir o rito processual, caso contrário não haveria a necessidade da Comissão Processante.

Assim, após cumprida as formalidades, publica-se o extrato da decisão condenatória ou a absolvição da pessoa jurídica em conformidade com o artigo 6º, § 5º da Lei nº 12.846 /2013 , *“ 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”.*

Nesta celeuma entende-se que esta publicação deverá ocorrer após recurso a fim de evitar maiores danos, embora o conjunto legislativo não esclareça a matéria recursal, ela é devida ao Direito Administrativo Processual.

É sobremodo importante assinalar que temos que nos ater aos casos concretos, a Lei ensejadora do fato para a aplicabilidade da sanção devida à Pessoa Jurídica contratualizada com o Poder Público.

Portanto, espera-se que as pessoas jurídicas sejam responsabilizadas objetivamente no âmbito administrativo pelos atos lesivos praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não, que acarretarem malefícios à Administração Pública. Enfatizamos ainda que estas pessoas jurídicas poderão responder concomitantemente ou não a processos judiciais na área civil e criminal.

***Valéria Aparecida Nogueira**, possui sólida experiência em processos administrativos, bacharel em direito e em enfermagem, especialista em Direito Público, Direito Penal e Processo Penal e Gestão Hospitalar. Doutoranda em Direito Penal e Processo Penal. Mantenedora do site www.valerianogueira.com.br. Autora de diversos artigos na revista na L&C Revista de Administração Pública e Política da Editora Consulex. Coautora do Livro Direito Administrativo Disciplinar, Coletânea de 10 especialistas. Editora REDE, 2013. Coautora do Livro Juristas do Mundo, Volume II, 2014 e Volume III, 2015 da Editora REDE. Membro da Rede Excelência Jurídica. Possui Diploma Internacional de Excelência Jurídica, expedido em Roma-Itália – 2014 e Espanha 2015. Presidente da Associação dos Corregedores e Comissões Processantes do Estado de MT. Presidente da Rede Internacional de Juristas – Cuiabá/MT. Profa. de Pós Graduação.