

Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, in DJe 1º/7/2009).

4. Agravo regimental improvido.

(PAgRg no REsp 1230702/RS-julg. Em 01/03/2011 – Ministro HAMILTON CARVALHIDO – 1ª Turma Agravo Regimental no Recurso Especial 2011/0003695-7

Assim, a fim de evitar dúvidas na elaboração dos cálculos judiciais de acordo com a orientação traçada no parecer 1/2011-LMAT, sugiro seja esclarecido à Coordenadoria de Conferência de Cálculo que a aplicação da taxa SELIC, no período compreendido entre a entrada em vigor do Código Civil de 2002, e a vigência da Lei nº 11.960/2009 (30.06.199), quando cabível, não poderá ser cumulada com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

Em 25.04.2011.

MÁRCIA LATGÉ MANNHEIMER
Procuradora Assessora

De acordo.

Ao apoio para providenciar cópia da presente manifestação e enviar às Chefias da PG-4, PG-5, PG-6, PG-7, PSP, PG-10, PG-13, e ao CEJUR, este, com vistas à documentação, para que cópia da presente seja anexada ao Visto ao parecer 1/2011-LMAT.

Após, à Coordenadoria de Conferência de Cálculos para ciência da presente manifestação, encaminhando-se, em seguida, à Procuradoria de Serviços Públicos.

Em 28.04.2011

LUCIA LÊA GUIMARÃES TAVARES
Procuradora-Geral do estado

COORDENADORIA-GERAL DO SISTEMA JURÍDICO

Parecer n.º 11/2011-APCBCA - Aline Paola Correa Braga Camara de Almeida

Proc. n.º E-09/4600/1702/10

Aplicação de penalidade administrativa restringindo a participação/contratação de licitante com a Administração Pública Estadual – parâmetros balizadores para a sua aplicação – Licitante indiciado em inquérito policial – Princípio da Separação das Instâncias penal e administrativa — Princípio da presunção da inocência – Impossibilidade de antecipação dos efeitos da pena sem a sua aplicação – Efeitos da aplicação da sanção pelo CADE – A desconsideração da personalidade jurídica: medida excepcional que pode ser praticada pela Administração Pública, sem a intervenção do Poder Judiciário, desde que presente os pressupostos legais.

Senhora Procuradora-Chefe,

1. O Exmo. Sr. Secretário de Estado da Casa Civil, Dr. Regis Fichtner, encaminha a esta Procuradoria Geral do Estado a consulta vislumbrada pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Segurança, Dr. José Mariano Benincá Beltrame, em consonância com a quesitação apresentada pela Chefia da Polícia Civil.

1.1 Os quesitos são os seguintes:

- 1) A Administração Pública Estadual Pública pode desclassificar, ou ainda deixar de firmar contrato com licitante vencedor (sócio de sociedade empresária, sociedade empresária ou empresário individual), que esteja indiciado em inquérito policial, visando apurar crime previsto na Lei nº 8.666/93, em especial o art. 90 desta Lei?
- 2) A resposta do quesito anterior seria a mesma, em havendo medida judicial constritiva, como indisponibilidade de bens, busca e apreensão ou mesmo prisão cautelar?
- 3) É possível que a empresa seja considerada como inidônea para contratar com a Administração Pública Estadual Pública, na forma do art. 88, III da Lei Federal nº 8.666/93, caso haja punição da mesma junto ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica)? No caso de a mesma ou seus sócios estarem respondendo a processo criminal (sem trânsito em julgado), ou ainda, a partir de notícias divulgadas na mídia, é possível caracterizá-la como inidônea para tal finalidade?

Ilma. Sra.
Dra. Heliana Gomes de Almeida
MD Procuradora-Chefe da Coordenadoria-Geral do Sistema Jurídico – PG-15

2. A questão não foi examinada, sob o ponto de vista material, pela Assessoria Jurídica da Pasta, na medida em que, naquela ocasião, a dúvida então suscitada tratava-se de Consulta formulada perante o E. Tribunal de Contas do Estado, o que parece ter sido afastado quando se encaminhou os autos a esta Procuradoria.

É o sucinto relatório.

A APLICAÇÃO DAS PENALIDADES ADMINISTRATIVAS QUE INDICAM A PROIBIÇÃO DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO OU DE CELEBRAR CONTRATO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL

3. A proibição de participar de licitação ou de celebrar contrato com a Administração Pública Estadual decorre, via de regra¹, da aplicação de penalidade administrativa ao licitante ou contratado, correspondente à “suspensão temporária de participação em licitação ou impedimento de contratar” (art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93) ou à “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar” (art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93).

3.1 Vale dizer que, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, estas penalidades produzem efeitos circunscritos apenas à entidade federada aplicadora da sanção, ante à autonomia das entidades federais. A diretriz jurídica adotada foi objeto do Parecer nº 2/10-HBR, da lavra do i. Procurador do Estado, Dr. Henrique Bastos Rocha.

4. A Lei nº 8.666/93 não tipifica as condutas que indicam a aplicação da suspensão temporária de participação em licitação ou impedimento de contratar ou a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. Como não foram fixados os critérios vinculados para a aplicação das sanções administrativas, com as respectivas condutas que poderiam ensejar tal ou qual penalidade, constata-se que vigora o poder discricionário do Administrador, calcado no seu poder disciplinar.

4.1 Por certo, tal discricionariedade não se traduz em plena liberdade do aplicador da sanção, que deve observar o princípio da proporcionalidade, valorando, no caso concreto, a infração cometida e a penalidade que se afigura adequada ao caso concreto. A gravidade do fato determinante da punição deve corresponder ao peso da sanção a ser aplicada, de modo a atender ao interesse público.

4.2 FLAVIO AMARAL GARCIA² explana que como não se encontra na lei de licitações a tipicidade fechada, abre-se um espaço discricionário para o administrador, que diante das circunstâncias fáticas, deve dosar a penalidade a ser cominada, respeitando o devido processo legal e o princípio da proporcionalidade.

¹O art. 12 da Lei nº 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa, prevê também outras hipóteses, assim como o art. 24, inciso II, da Lei nº 8.884/94, chamada Lei de Defesa da Concorrência.

²GARCIA, FLAVIO AMARAL. *Licitações & contratos administrativos: casos e polêmicas*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 343.

4.3 MARÇAL JUSTEN FILHO³ destaca que o vetor da proporcionalidade foi consagrado pela Lei do Processo Administrativo – o mesmo ocorrendo em âmbito estadual, pelo art. 2º, da Lei nº 5.427/09 – e que é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade apurados. Traz, ainda, à lume, decisão do Superior Tribunal de Justiça⁴, a respeito do tema, em especial o voto do Min. Franciulli Neto que advertiu não ser “(...) lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério”, de forma que, “embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade”.

4.4 Neste contexto, e em atendimento ao princípio da proporcionalidade da conduta inadequada, as infrações graves são penalizadas com a suspensão temporária de participação em licitação ou impedimento de contratar, enquanto que as gravíssimas com a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

O ARTIGO 90 DA LEI Nº 8.666/93 E O PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE

5. A primeira indagação menciona a instauração de inquérito policial, com base no art. 90, da Lei nº 8.666/93, que tem a seguinte redação:

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:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

5.1 Se, por um lado, não há dúvida que a conduta acima enseja a aplicação de sanção penal, de outro merece ser analisada se também pode servir de fundamento para a aplicação de penalidade administrativa.

5.2 Com relação a este ponto há uma nuance fundamental a ser observada, que é a aplicação do princípio da culpabilidade. Como assevera MARÇAL JUSTEN FILHO⁵, a culpa, para os fins da punição administrativa, não demanda necessariamente o dolo do Direito Penal, no sentido da vontade certa e deliberada de produção de um resultado antijurídico. Para a configuração do elemento culpa, na seara administrativa em referência, é suficiente que o contratado deixe de “(...) adotar as precauções e cautelas inerentes à posição jurídica de partícipe de uma relação jurídica com a Administração Pública”⁶.

³JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13ª Ed. São Paulo: Dialética, p. 850.

⁴STJ – MS 7311/DF – 1ª Seção – j. 28/08/2002

⁵Justen Filho, ob. cit., p. 850.

⁶Justen Filho, ob. cit., p. 851.

5.3 No mesmo sentido posiciona-se RAFAEL MONHOZ DE MELLO⁷:

Para a configuração do ilícito administrativo não é necessário, em regra, que a atuação seja dolosa, bastando à culpa *strico sensu*. É suficiente para a imposição da sanção administrativa retributiva a prática da conduta delituosa em função de negligência, imprudência ou imperícia do agente. No direito administrativo sancionador o princípio da culpabilidade é atendido com a mera presença de culpa, ao contrário do que ocorre no direito penal brasileiro, no qual em regra se exige dolo do infrator. Se não for exigido pelo legislador como essencial à configuração da infração, o dolo deve ser levado em consideração apenas no momento de fixação da sanção, sendo certo que se trata de atuação mais grave que a meramente culposa.

5.4 Daí se concluir que ainda não configurada a intenção de obter a “vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”, uma vez demonstrada que a conduta do licitante ou do contratado frustra ou fraudava “o caráter competitivo do procedimento licitatório”, a sanção administrativa pode ser aplicada.

5.5 Isto porque o princípio da competitividade é um dos mais caros do procedimento licitatório, já que a seleção da proposta mais vantajosa, que é o seu objetivo final, só será alcançada com a plena concorrência entre os licitantes.

5.5.1 Daí porque MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO⁸ sempre enfatizou, nas licitações, a busca do “maior número de ofertantes num mercado não dominado”, para “vencer o melhor, ou seja, aquele que oferece a oferta mais vantajosa para o atendimento de um interesse público específico”, consoante “as melhores condições no mercado para atendimento do interesse público”, segundo padrões de competição pautados pela “verdade real”, de modo que “se constatar o mercado dominado num segmento, devem ser tomadas medidas regulatórias para compensar tal falha”.

5.6 Assim, mencionado um caso apenas como *exemplo*, o Tribunal de Contas da União já concluiu que frustra o caráter competitivo da licitação a apresentação de duas propostas originadas de empresa sob a mesma direção e com idêntico endereço⁹. Sob este enfoque, ainda que a conduta seja tipificada como crime, indubitável seria a possibilidade da Administração Pública em aplicar a penalidade administrativa que melhor fosse adequada ao caso concreto.

5.7 Isto porque vigora, no nosso ordenamento jurídico, o princípio da separação das instâncias, conforme abaixo.

⁷MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 186.

⁸SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 7/8.

⁹TCU - Plenário - Acórdão 419/2003

A SEPARAÇÃO DAS INSTÂNCIAS CRIMINAL E ADMINISTRATIVA

6. O descumprimento de um dever ou a inobservância de preceitos definidos pela Lei nº 8.666/93 pode acarretar ao licitante ou ao contratado diversas conseqüências, com penalidades de natureza distintas.

6.1 Com efeito, se um preceito for violado, as implicações poderão ser apuradas (i) no âmbito da Administração Pública Estadual, mediante processo administrativo, acarretando em uma das sanções previstas no art. 87, da Lei nº 8.666/93; (ii) no âmbito da Administração Pública, podendo, posteriormente, ser objeto de ação perante o Poder Judiciário, se a conduta causa um dano à Administração Pública Estadual, cabendo a responsabilização civil, de cunho indenizatório; (iii) no âmbito do Poder Judiciário, para a apuração da responsabilidade criminal, acarretando na aplicação de uma sanção penal (crime contra a ordem econômica, como no caso) e, ainda, (IV) no âmbito do CADE, de natureza administrativa, se a conduta configura infração à ordem econômica.

6.2 Portanto, no caso em tela, se o caráter competitivo do procedimento licitatório for violado, a mesma conduta pode configurar, ao mesmo tempo, uma infração administrativa, uma infração à ordem econômica, um crime contra a ordem econômica e uma responsabilização civil. Por outro lado, pode haver a configuração da infração administrativa, materializada pela conduta que visa inibir as práticas prejudiciais às contratações públicas, sem que, necessariamente, seja esta considerada uma infração criminal.

6.3 É que vigora no direito brasileiro o princípio da separação das instâncias administrativa, civil e penal, conforme a explicação de RAFAEL MONHOZ DE MELLO¹⁰:

Uma mesma conduta pode ser tipificada pelo legislador como infração administrativa e como crime. Uma vez configurada, a conduta dará margem à imposição de sanção administrativa pela Administração e à imposição da sanção penal pelo Poder Judiciário.

Nada há em tal hipótese que ofenda o princípio da proporcionalidade. Foi afirmado que a medida sancionadora adequada e proporcional é definida pelo legislador, à luz das disposições constitucionais, sendo lícito atribuir a uma mesma conduta múltiplas sanções administrativas. Assim como pode atribuir múltiplas sanções administrativas a mesma conduta, pode também o legislador atribuir uma sanção administrativa e outra penal. Trata-se da medida adequada e proporcional ao cumprimento da finalidade preventiva, segundo entendimento do legislador.

6.4 E arremata, ainda, o citado Autor¹¹, quanto às conseqüências do exame da conduta:

¹⁰DE MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 213.

¹¹Ob. cit. p. 215/216.

Sendo possível a cumulação de sanção administrativa e sanção penal pela prática de uma mesma conduta, tal qual ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, pode ocorrer que dois procedimentos sejam instaurados para investigar um mesmo comportamento: um procedimento administrativo, para apurar a infração administrativa e impor, sendo o caso, a respectiva sanção administrativa; e um procedimento judicial, para apurar a prática de crime e aplicar a correspondente sanção penal, em caso de condenação.

As esferas administrativa e penal são independentes, de modo que a conclusão do processo administrativo pode ser diversa da do processo penal. Uma conduta pode ser considerada pela autoridade administrativa como ilícita, dando ensejo à imposição da correspondente sanção administrativa, e ao mesmo tempo ser considerada lícita pelo Poder Judiciário, com a consequente absolvição do acusado na esfera penal.

A independência das instâncias administrativas e penal permite que seja imposta sanção administrativa antes mesmo da conclusão do processo penal que tenha por objeto a mesma conduta. Assim, a Administração Pública pode exercer sua competência punitiva antes de qualquer manifestação do Poder Judiciário, ficando, contudo, sua decisão sujeita a sentença absolutória que reconheça a inexistência do fato ou a negativa de autoria.

Da mesma forma, o Poder Judiciário pode impor a sanção penal antes de concluído o procedimento administrativo que investiga a prática de infração administrativa pela mesma conduta.

6.5 Nada obsta, portanto, que independentemente de eventual condenação em âmbito criminal, seja a empresa penalizada administrativamente.

6.6 Assim, a instauração de inquérito para a apuração de conduta criminosa não pode configurar, por si só, fato a embasar a penalização administrativa, diante do princípio da separação das instâncias.

A POSSÍVEL REPERCUSSÃO DA DECISÃO DO PROCESSO CRIMINAL SOBRE A ESFERA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

7. Não se está aqui a analisar os efeitos das sanções eventualmente aplicadas pelo Poder Judiciário (de natureza penal) ou pelo CADE (de natureza administrativa econômica), devendo esta questão, se for o caso, ser objeto de outro Parecer, que deverá analisar, pontualmente, os motivos das decisões. No entanto, não se pode deixar de mencionar que, não obstante, a separação das instâncias, conforme acima, há casos em que se constata sua comunicabilidade.

7.1 Com efeito, a repercussão da decisão do processo criminal sobre a esfera do processo administrativo sancionado pode ocorrer quando ambos os processos tenham tido por objeto o mesmo *fato* ou *conjunto de fato*.

7.2 Sobre a questão, DIOGO DE FIGUEIREDO MORBEIRA NETO¹² explica que a separação ou independência que se dá entre as esferas administrativa e penal encontram fundamento na natureza das punições, porquanto a sanção administrativa “(...) visa a manter a ordem dentro do grupo sujeito a determinado estatuto, no interesse da depuração e do aperfeiçoamento do quadro de servidores”, ao passo que a sanção penal “(...) visa a defender um sistema de valores sociais reputados indispensáveis à convivência humana, pela imposição de medidas afilivas e segregadoras, consistindo numa retribuição política da sociedade contra o criminoso”. Mas, conclui o Autor:

Entretanto, esta autonomia não implica soluções absurdas, o que poderia ocorrer se ocorresse flagrante incompatibilidade entre as decisões das três esferas. Por isso, elas são parcialmente inter-relacionadas, dada a natureza especial que assumem as formas de responsabilização penal, de modo que a decisão, em juízo criminal, a respeito da existência do fato e da autoria, vincula tanto a Administração quanto o juízo cível.

Com efeito, a condenação criminal, sendo um *plus* em relação às demais, poderá levar à aplicação das sanções administrativas e civis cabíveis; enquanto que a absolvição criminal não repercutirá nas duas outras esferas, salvo se a decisão for pela inexistência do fato ou a negação da autoria, casos que inibirão a Administração e o Judiciário de aplicar sanções com esses fundamentos fáticos.

7.3 RAFAEL MONHOZ DE MELLO¹³ enfatiza o mesmo raciocínio:

Todavia, a independência das instâncias não é absoluta. Com efeito, não é permitido à Administração Pública ignorar decisão judicial que, em processo penal, absolva o réu por reconhecimento (i) da inexistência do fato ou (ii) da negativa da autoria. Se o Estado, através do Poder Judiciário, declara que a conduta típica imputada ao particular não existiu ou não foi praticada, não é admissível que tal declaração seja ignorada em outras esferas estatais, sujeitas que são ao controle jurisdicional. De consequência, se ficou provado no processo judicial que o ato não existiu ou não foi praticado pelo acusado, a sentença absolutória deve ser levada em consideração pela Administração Pública.

¹²MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 323.

¹³O. cit. p. 213

8. Mas, o contrário também pode acontecer. Se, por hipótese, o processo administrativo disciplinar não tiver sido concluído (ou mesmo instaurado) e a decisão do juízo criminal, transitada em julgado, reconhecer a conduta criminosa do agente – no caso, frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório – caberá a Administração Pública Estadual verificar a aplicação das sanções de “suspensão temporária de participação em licitação ou impedimento de contratar” (art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93) ou à “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar” (art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93), com arrimo no art. 88, inciso II, da Lei nº 8.666/93:

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.

8.1 Com efeito, uma vez que a violação ao princípio da competitividade frustra o objeto principal da licitação, que é a contratação da proposta mais vantajosa, constata-se que não há outra conduta a se esperar da Administração Pública senão a averiguação da conduta ilícita – neste caso, também resguardada a prévia e ampla defesa e o contraditório, que culminará na aplicação da respectiva sanção.

8.2 JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR¹⁴ esclarece os fundamentos deste dispositivo legal, destacando que a aplicação destas sanções administrativas não estão calcadas em motivos relacionados à inexecução do contrato, uma vez que o núcleo do art. 88 gira em torno do ato ilícito decorrente de conduta culposa. Conclui o Autor:

Assim, podem ser suspensos ou declarados inidôneos, com a dupla consequência de não mais participarem de licitações ou de contratarem com a Administração, as pessoas físicas ou jurídicas que, independentemente de seu desempenho em contrato público em execução:

(...)

(b) hajam praticado ilícitos com o consciente propósito de frustrar a licitação (sobretudo aqueles definidos na Lei Federal nº 8.884/94, art. 20, que arrola as hipóteses de infrações à ordem econômica, por meio de acordo, deliberação, ato, conduta ou prática cujo objeto ou efeito

¹⁴PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 88.

seja dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que de modo apenas tentado, ou seja, sem que tais fins hajam sido alcançados);

9. Por outro lado, a decisão administrativa pode subsistir caso esta tenha sido aplicada em razão de mais de um fato (acarretando a chamada “falta residual”). Com efeito, na medida em que as sanções administrativa e penal têm natureza diametralmente diversa, os fatos apurados na ação penal podem não ser suficientes para a condenação penal e, nada obstante, serem determinantes para legitimar a punição administrativa. Com efeito, podem ocorrer fatos e circunstâncias relevantes para a caracterização de um tipo penal, que eventualmente não apresentam relevância para outros “tipos” ilícitos na esfera administrativa.

10. Deste modo, se por hipótese, o processo administrativo sancionador e o processo criminal tiverem por objeto a averiguação do mesmo fato, e se a sua existência for negada no âmbito deste último, tal decisão repercutirá na decisão administrativa. Mas, caso a conduta seja confirmada, e se esta estiver relacionada com a prática de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação, em especial o caráter competitivo, subsumirá a hipótese do art. 88, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

A INDICIAÇÃO EM INQUÉRITO POLICIAL E A APLICAÇÃO DE MEDIDAS JUDICIAIS CONSTRITIVAS EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

11. Não há como deixar de considerar os quesitos apresentados sem o enfrentamento da matéria à luz e em contraste com o princípio constitucional da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, inciso LVII, da CF/88, sendo este considerado um princípio-garantia.

11.1 No Direito Penal, diz-se que o princípio da presunção da inocência acompanha o acusado até o trânsito em julgado da sentença. Assim, conforme explica Breno Melaragno Costa¹⁵, “(...) apesar da dívida real pendente, através dele mantém-se os direitos fundamentais do réu preservando-se as suas garantias de defesa”. E prossegue:

O acusado tem o direito de ser tratado perante a sociedade da mesma forma que o não acusado. Não é o fato da pessoa estar respondendo a um processo-crime que faz merecê-la tratamento desigual a que não está. Isto concretiza-se principalmente em sua relação laboral.

Não pode ocorrer o desaparecimento baseado no fato da pessoa estar na condição de réu. A perda da confiança subjetiva no empregado é uma coisa, mas o fato dele ser acusado é outra. O motivo não pode ser o fato dele estar respondendo a um

¹⁵Princípio Constitucional da Presunção de Inocência. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pg. 341-358.

processo, uma vez que persiste sua inocência. O mesmo ocorre com processos disciplinares. O simples fato dele estar respondendo a um processo na justiça não pode ser usado como justificativa de sanções disciplinares.

Frise-se que refiro-me aqui simples e unicamente ao fato dele ser réu. Se for instaurado um processo criminal contra o empregado por furto ao seu empregador este não pode usar a existência desse processo como justificativa de despedimento. Da mesma forma num processo disciplinar não pode-se adaptar sanções baseando-se unicamente na existência de um processo criminal contra o acusado.

11.2 A discussão da violação deste princípio vem sendo diretamente enfrentada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁶,¹⁷, sob o ponto de vista do direito penal, consoante os Acórdãos abaixo:

Nesse diapasão, impende salientar que esse Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais em andamento, não podem, em razão do princípio constitucional do estado presumido de inocência, ser considerados maus antecedentes, quando o julgador for, a teor do art. 59, do Código Penal, realizar a dosimetria da pena-base.¹⁸

O fato de o réu apenas responder a outro processo criminal na mesma Comarca não tem o condão de caracterizar a circunstância judicial relativa aos antecedentes do sentenciado como desfavorável.

Ordem parcialmente concedida para que a e. Corte a quo, apenas, reduza o quantum da pena-base o aumento advindo da circunstância judicial relativa aos antecedentes do réu.¹⁹

11.3 Em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça restou consignado que “o postulado da presunção de inocência não tem aplicação exclusiva à seara penal, incidindo, também, na esfera administrativa”, concluindo-se, ainda, no voto condutor, que:

¹⁶Em ambos os exemplos, a pendência de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso não foram consideradas aptas a caracterizar sequer os elementos descritos no artigo 59 do Código Penal para o agravamento da pena nos processos criminais examinados. Ao contrário, no reexame da dosimetria da pena, o quantum das penas foi equitativamente reduzido.

¹⁷Cabe ainda o registro de que a questão sobre a possibilidade de ser considerado como “maus antecedentes”, para o fim de agravamento da pena, pelo fato de o réu responder a inquérito policial ou ação penal em curso, sem condenação em trânsito em julgado, é matéria que teve repercussão geral reconhecida pelo STF, para os efeitos previstos no artigo 543-A, § 2º, do CPC, nos autos do RE nº 591.054, com a seguinte Ementa: CRIMINAL – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL – PROCESSOS EM CURSO – PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE – ALCANCE. Possui repercussão geral controversa sobre a possibilidade de processos em curso serem considerados maus antecedentes para efeito de dosimetria da pena, ante o princípio da presunção de não-culpabilidade.

¹⁸STJ - HC nº 46.311/RJ – 5º T – DJ 06/08/07.

¹⁹STJ - HC nº 29.953/MS – 5º T – DJ 01/12/03.

De fato, impõe reconhecer que, pelo princípio da presunção da inocência, se estabelece, como garantia, a proibição de restrições antecipadas a direitos do acusado, em razão de se encontrar a responder ação judicial, exceto a imposição de restrições e deveres indispensáveis à preservação da integridade da própria ação, ou da ordem pública, que não vem a ser o caso debatido nos autos.

Cumprido, também, mencionar que a afirmação da culpa sem que os procedimentos processuais próprios à investigação se delineiem e se completem significa reconhecer a desnecessidade do processo penal, a considerar a possibilidade de as penas serem aplicadas antecipadamente. Nesse diapasão, não é possível asseverar que as razões expostas pela Administração possam mitigar a presunção de inocência, porquanto estaríamos a violar genuínas liberdades fundamentais e, com isso, comprometendo todo o sentido da ordem constitucional.²⁰

12. O mesmo raciocínio deve ser aplicado quando houver a concessão de medidas assecuratórias, no processo criminal – já em âmbito judicial – como no caso de sequestro²¹, arresto²² ou mesmo prisão.

12.1 Consoante o ensinamento de MARCELLUS POLASTRI LIMA²³, nestes casos, o legislador visa a assegurar o interesse público ou o direito da vítima ou seus sucessores em relação à futura reparação do dano proveniente do ilícito penal, podendo tais medidas serem propostas durante a investigação criminal ou a ação penal, tendo como limite o trânsito em julgado desta ação.

12.2 No entanto, como a excepcionalidade destas medidas não tem o condão de antecipar o cumprimento da pena, sequer na seara penal, consoante o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal²⁴,²⁵, quanto menos poderia embasar a aplicação de sanção administrativa.

²⁰STJ - RMS nº 13.546/MA - 6ª Turma - DJ 30/11/09.

²¹Arts. 125 a 133 do Código de Processo Penal.

²²Arts. 123 a 144 do Código de Processo Penal.

²³LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 255.

²⁴habeas corpus. Penal e processual penal. Corrupção ativa. Prisão preventiva. Gravidade do crime. Fundamento inidôneo. Custódia preventiva como antecipação da pena. Impossibilidade. Exceção à súmula N. 691/STF. 1. Esta Corte fixou entendimento no sentido de que a gravidade do crime não justifica, por si só, a necessidade da prisão preventiva. 2. A manutenção da custódia cautelar, sem justa causa, consubstancia antecipação do cumprimento da pena, vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [HC n. 84.078, de que fui relator, DJ de 5.2.09]. 3. Situação de flagrante constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula n. 691/STF. Ordem concedida de ofício a fim de que o paciente aguardo o julgamento em liberdade. Extensão ao correu, com fundamento no art. 580 do CPP. (STF - HC 100572/SP - 2ª Turma - p. 30/04/2010)

²⁵comissão parlamentar de inquérito. Poderes. Limitação. Reserva constitucional de jurisdição. 1. O art. 58, parágrafo 3º da Constituição da República confere às Comissões Parlamentares de Inquérito poderes instrutórios. 2. A indisponibilidade de bens é provimento cautelar que não se vincula à produção de provas. É medida voltada a assegurar a eficácia de uma eventual sentença condenatória que, assim como o poder geral de cautela, é reservado ao Juiz. 3. Segurança concedida. (STF - MS 23446/DF - Tribunal Pleno - p. 09/11/2007)

12.3 Também não é a repercussão do fato na mídia que fundamenta a aplicação da penalidade administrativa, já que, segundo o mesmo fundamento acima mencionado, a mera divulgação de notícias pela mídia, não é suficiente para embasar a medida assecuratória penal, segundo o E. Supremo Tribunal Federal²⁶.

12.4 No entanto, a divulgação de fatos pela mídia pode e deve fazer com que a Administração Pública apure eventual infração à norma administrativa. Assim, por exemplo, se os fatos publicados referem-se à violação do caráter competitivo do certame, cabe a averiguação, no processo administrativo correspondente, da real existência destes fatos e dos embasamentos das notícias pelos meios de comunicação social, inclusive as circunstâncias do caso e o comportamento do licitante ou do contratado, de modo que todas as situações postas possam ser apreciadas.

12.5 Deste modo, resta claro que o simples fato do licitante ou do contratado ter sido indiciado em inquérito policial – ainda que por eventual tipicidade do art. 90, da Lei nº 8.666/93 – não constitui motivo para que, por si só, seja aplicada penalidade administrativa que impeça a participação ou a contratação com a Administração Pública Estadual. A mesma conclusão merece ser aplicada se houver medida assecuratória declarada pelo Poder Judiciário, seja em face da empresa ou de seus sócios.

A PUNIÇÃO DA EMPRESA PERANTE O CADE

13. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, recebeu *status* de Autarquia pela Lei nº 8.884/94, cabendo, dentre outras atribuições, segundo o art. 7º, inciso II, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei.

13.1 Segundo o art. 20, as infrações à ordem econômica – que independem de culpa do agente – são verificadas a partir de atos que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante, consoante as condutas tipificadas no art. 21.

13.2 Uma vez constatada a infração da ordem econômica, os responsáveis ficam sujeitos às penalidades arroladas no art. 23, sendo que, no caso de comprovada gravidade dos fatos ou dado o interesse público geral, poderão ainda ser aplicadas outras penas, isolada ou cumulativamente, sendo que uma delas é a “a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos,

²⁶Prisão preventiva: motivação substancialmente inidônea. Não serve a motivar a prisão preventiva “que só se legitima como medida cautelar” nem o apelo fácil, mas inconsistente, ao clamor público “mormente quando confundido com o estrépito da mídia”, nem a alegação de maus antecedentes do acusado “quando reduzidos a um processo penal no qual absolvido” nem, finalmente, que se furte ele “já superada a situação de flagrância” à ordem ilegal de condução para ser atuado em flagrante, à qual se seguiu decreto de prisão preventiva, contra o qual, de imediato, se insurgiu em julgo: precedentes do Supremo Tribunal. (STF - HC 80472/PA, 1ª Turma – p. 22/06/2001).

junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos”, na forma do que prescreve o art. 24, inciso II.

13.3 Daí conclui-se que ainda que não suspenso do direito de licitar e contratar com a Administração Pública, ou sequer declarado inidôneo por esta própria, o licitante ou o contratado poderá ser proibido de contratar com o Poder Público, quando o CADE assim o estipular, mediante aplicação da sanção.

13.4 No entanto, a possibilidade da declaração da “inidoneidade” declarada pela Administração Pública – ainda que a penalidade aplicada pelo CADE seja outra – submete-se às regras gerais da aplicação desta sanção, consoante já tratado em itens acima.

13.5 Deste modo, cabe ao Administrador valorar a infração cometida – podendo basear-se, inclusive, também na decisão do CADE – para a configuração do ilícito administrativo e a aplicação adequada, podendo culminar na inidoneidade. Como já dito anteriormente, a comprovação da gravidade dos fatos praticados pelos agentes indicará a necessidade de aplicação da sanção administrativa, como forma de preservar o interesse público, mas a decisão do CADE não tem o condão de, automaticamente, determinar a aplicação da declaração da inidoneidade, cabendo a Administração valorar a infração cometida.

A PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA DO LICITANTE OU DO CONTRATADO EM RAZÃO DE SEUS SÓCIOS

14. Nos quesitos apresentados ainda foi questionado, indiretamente, se o indiciamento de inquérito policial poderia causar alguma conseqüência a “sócio de sociedade empresária, sociedade empresária ou empresário individual” ou vice-versa, o que também merece ser analisado.

14.1 Resta, neste ponto, destacar o balizamento constitucional, previsto no artigo 5º, inciso XLV, da CF/88, segundo o qual a penalidade administrativa está subordinada ao *princípio do personalismo da sanção*. Na literalidade da regra constitucional, a “pena não pode passar da pessoa do condenado”.

14.2 Decorre deste princípio constitucional que a penalidade administrativa, como regra, não atinge seus sócios, controladores e administradores, quando o contratado for pessoa jurídica. Com efeito, os sócios, bem assim os controladores ou administradores da sociedade, não respondem diretamente pelos deveres da sociedade, uma vez que o patrimônio desta é autônomo e independente do conjunto de bens das pessoas que a integram ou administram.

14.3 A autonomia patrimonial da pessoa jurídica perde espaço, no entanto, em caso de *uso abusivo ou fraudulento* da empresa por parte de seus sócios ou gestores. Nestes casos, pelo que se convencionou chamar de *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, a pessoa física é diretamente chamada à

responsabilidade dos atos antijurídicos. A propósito, a doutrina de SÉRGIO MARCOS NEGRU²⁷:

Resta claro que a pessoa jurídica, apoiada principalmente no princípio da autonomia patrimonial, desempenha uma importante função dentro do ordenamento. Entretanto, se a pessoa jurídica estiver sendo direcionada para enganar terceiros ou para a realização de fraudes, estará se afastando de sua legítima função. Nesses casos, aquele anteparo não mais se justifica, devendo ser desconsiderado. É justamente em razão do desvio de função da pessoa jurídica que surge a teoria da desconsideração, como uma forma de se combater a má utilização do instituto.

10.4 No exame mais específico da regra do artigo 87 da Lei nº 8.666/93, MARÇAL JUSTEN FILHO²⁸ explica:

Tem se reputado cabível a extensão do sancionamento à pessoa física ou a terceiros na medida em que se evidencie a utilização fraudulenta e abusiva da pessoa jurídica. Isso não equivale a estabelecer que toda e qualquer penalidade administrativa será automaticamente aplicada também aos controladores e administradores. O que se reconhece é que, diante da comprovação de prática reprovável da pessoa física, que configure utilização abusiva e fraudulenta da pessoa jurídica, poderá ser admitida a extensão da penalidade também a outros sujeitos.

14.5 Na hipótese clássica de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o que se discute é o atingimento (do patrimônio) da pessoa física em razão de ato praticado em nome da pessoa jurídica.

15. No caso em exame, como visto, a controvérsia gira em torno da possibilidade de a pessoa jurídica vir a ser atingida – por uma penalidade administrativa que impeça de participar de licitação ou de contratar com o Poder Público – em razão de fato imputável à pessoa física – pendência de inquérito ou ação penal. O princípio condutor do raciocínio é o mesmo: comunhão de patrimônios ou responsabilidades entre pessoa jurídica e seus sócios ou gestores, tendo em vista a adoção de atividades fraudulentas praticadas sob o manto da personalidade jurídica societária.

15.1 No direito brasileiro, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, foi recepcionada originalmente pela doutrina e pela jurisprudência e, mais recentemente, pelo art. 20²⁹, da Lei nº 8.884/94, pelo art. 28, do Código de Defesa do

²⁷ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção e DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (coord.) Repensando a Disregard Doctrine: justiça, segurança e eficiência na desconsideração da personalidade jurídica. Temas de Direito Civil-Empresarial. RJ/SP/Recife: Renovar. 2008.

²⁸Ob. cit., p. 852.

Consumidor³⁰ e o art. 50 do Código Civil³¹. Para a atividade punitiva da Administração Pública não há regra explícita neste sentido.

15.2 No entanto, o tema é atualmente discutido, tendo se admitido a adoção desta medida excepcional, desde que a hipótese concreta esteja pautada pelos pressupostos fundamentais de caracterização da situação antijurídica (atuação fraudulenta ou abuso de poder) e, ainda, observado o devido processo legal.

16. A polêmica reside em torno da possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica, perante seus sócios e gestores, diretamente pelo Poder Público, sem a prévia intervenção do Poder Judiciário.

16.1 A discussão merece ser analisada na medida em que o art. 50 do Código Civil, que trata da desconsideração da personalidade jurídica, indica os elementos que o “juiz” deve avaliar quando da aplicação desta teoria, induzindo a conclusão de que esta atribuição seria exclusiva do Poder Judiciário.

16.2 Não obstante, trata-se de prerrogativa inerente à atuação administrativa, uma vez que dotada a Administração Pública da auto-executoriedade dos atos administrativos, o que, por suposto, não afasta o eventual controle judicial *a posteriori*. O que deve ser avaliado, com acuidade, é a presença dos requisitos jurídicos necessários à configuração da hipótese autorizadora desta medida excepcional.

16.3 MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO³² explica que o importante para a aplicação da Teoria da *Disregard of legal intity* no direito administrativo é a precisa apuração dos fatos, cabendo a Administração valer-se dos elementos da Teoria Geral dos Contratos contidos no Código Civil e concluir:

Vê-se, pois, que, embora não havendo lei específica, é cabível, também no Direito Administrativo, a aplicação excepcional da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica para evitar prejuízo ao Erário ou à qualidade do serviço público, desde que caracterizados o elo e a intenção em fugir à pena previamente imposta.

16.4 Com os mesmos fundamentos, e ainda destacando a devida observância do devido processo legal e a ampla defesa ao interessado, MARIANNA MONTEBELLO³³, em estudo sobre o tema, ainda destaca:

²⁹Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

³⁰Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

³¹SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, p. 357/358.

³²In Os Tribunais de Contas e a Disregard Doctrine. Artigo publicado em *Direito Administrativo – Estudos e Homenagens a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Ed. Lumen Juris, Organizadores: Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto, 2006, pg.229.

³³In Os Tribunais de Contas e a Disregard Doctrine. Artigo publicado em *Direito Administrativo – Estudos e*

(...) a *disregard doctrine* pode ser invocada para salvaguardar os direitos da Administração Pública no curso de procedimentos licitatórios, caso se verifique que os sócios de uma empresa licitante estão se valendo da personalidade jurídica para encobrir atuação com abuso de direito, fraude à lei ou violação do interesse público. Igualmente, é fora de dúvida que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada nas relações contratuais firmadas entre o Poder Público e particulares.

16.5 A propósito, o STJ já proferiu decisão reconhecendo tal prerrogativa ao Poder Público quando do exame de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança:

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Licitação. Sanção de inidoneidade para licitar. Extensão de efeitos à sociedade com o mesmo objeto social, mesmos sócios e mesmo endereço. Fraude à lei e abuso de forma. Desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. Possibilidade. Princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos. - A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. - *A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.* - Recurso a que se nega provimento”³⁴

16.6 Conforme realçado pelo voto condutor do acórdão, “*parece claro, no presente caso, que a Recorrente valeu-se do “véu da pessoa jurídica” - para usar de metáfora já consagrada -, com o evidente intuito de fraudar a lei e descumprir uma punição administrativa que lhe havia sido imposta*”³⁵.

Homenagens a Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Ed. Lumen Juris, Organizadores : Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto, 2006, pg.229.

³⁴STJ – RMS 15.166 – 2ª Turma

³⁵Sobre a controvérsia instaurada acerca da desconsideração da personalidade jurídica, na esfera administrativa, inobstante a inexistência de um dispositivo legal específico a autorizar a adoção dessa teoria pela Administração Pública, advertiu ainda a decisão: “*A atuação administrativa deve pautar-se pela observância dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. E esses princípios, quando em conflito, devem ser interpretados de maneira a extrair-se a maior eficácia, sem permitir-se a interpretação que sacrifique por completo qualquer deles. Se, por um lado,*

17. No âmbito desta Procuradoria Geral do Estado a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica de uma cooperativa, para atingir seus dirigentes, é matéria já analisada, pelo Parecer nº 02/2009, da lavra da Dra. Cláudia Costa Mansur, com a seguinte Ementa:

Contrato administrativo para prestação de serviços por cooperativa. Caracterização de fraude na utilização da pessoa Jurídica nos autos de reclamação trabalhista, tendo sido imposta a condenação subsidiária da Administração Pública. Aplicação de sanção administrativa à suposta cooperativa. Possibilidade. Extensão do apenamento aos dirigentes. Admissibilidade, seja por responsabilidade direta (artigo 88 da Lei nº 8.666/93) seja pela aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Instauração de processo administrativo que se faz necessária, assegurando o contraditório e a ampla defesa. Escolha discricionária pelo administrador da penalidade a ser imposta, através de decisão fundamentada. Necessária observância do princípio da proporcionalidade, ação de indenização que pode ser aparelhada desde que presente o efetivo prejuízo.

18. Assim, no caso em exame, configura-se possível, em tese, a desconsideração da personalidade jurídica quando a empresa contratada consistir, em si mesma, numa fraude ou abuso de direito, sendo mera extensão da pessoa (física) de seus sócios ou gestores, o que comprova o “mau uso” da personalidade jurídica. É necessário frisar, no entanto, que a declaração da desconsideração da personalidade jurídica deve ser precedida de processo administrativo, garantida a prévia e ampla defesa e o contraditório de todas as pessoas envolvidas.

existe o dogma da legalidade, como garantia do administrado no controle da atuação administrativa, por outro, existem Princípios como o da Moralidade Administrativa, o da Supremacia do Interesse Público e o da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público, que também precisam ser preservados pela Administração. Se qualquer deles estiver em conflito, exige-se do hermenêuta e do aplicador do direito a solução que melhor resultado traga à harmonia do sistema normativo. A ausência de norma específica não pode impor à Administração um atuar em desconformidade com o Princípio da Moralidade Administrativa, muito menos exigir-lhe o sacrifício dos interesses públicos que estão sob sua guarda. Em obediência ao Princípio da Legalidade, não pode o aplicador do direito negar eficácia aos muitos princípios que devem modelar a atuação do Poder Público. Assim, permitir-se que uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nitida fraude à lei, venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público, afronta aos mais mezinhos princípios de direito administrativo, em especial, ao da Moralidade Administrativa e ao da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público. (...) Ademais, como bem lançado no Parecer Ministerial acostado às fls. 173/179, o abuso de um instituto de direito não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico. Seria uma grande incongruência admitir-se a validade jurídica de um ato praticado com fraude à lei, assim como seria desarrazoado permitir-se, com base no Princípio da Legalidade, como é o caso dos autos, a sobrevida de um ato praticado à margem da legalidade e com ofensa ao ordenamento jurídico. Não pode o direito, à guisa de proteção ao Princípio da Legalidade, atribuir validade a atos que ofendem a seus princípios e institutos. Neste diapasão, acompanhe-se o escólio do Ilustre Professor Lamartine Correia de Oliveira (RF n.º 06, pág. 052): ‘(...) o desconhecimento da forma da pessoa jurídica em casos de fraude à lei não passa de aplicação específica do princípio geral segundo o qual o abuso de um instituto jurídico não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico’.”

CONCLUSÕES

20. Pelo exposto, extraem-se as seguintes conclusões, em resposta objetiva à questão formulada:

1) A Administração Pública Estadual não pode *desclassificar, ou ainda deixar de firmar contrato com licitante vencedor, sob o único fundamento de haver a indicição em inquérito policial, não só com fundamento no princípio da separação das instâncias administrativa e penal, mas também diante do princípio da presunção de inocência, que vigora até a condenação final.*

No entanto, mesmo que a decisão punitiva administrativa não se pautar em conduta criminoso – o que só poderá ser feito quando houver sido definitivamente julgado – poderá a Administração Pública Estadual, por fundamentos diversos, entender que determinado fato ou conjunto de fatos, conquanto insuficientes para a caracterização de tipo penal, ferem, de forma autônoma, a ordem jurídica e os preceitos do direito administrativo, dando ensejo à aplicação da penalidade administrativa.

No caso, é suficiente a comprovação da culpa (*strito sensu*) na conduta injurídica de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do certame, já que o princípio da competitividade é um dos mais caros aos procedimentos licitatórios, uma vez que o seu objetivo final – a proposta mais vantajosa – só será atingido com a plena concorrência entre os licitantes. Neste caso, pode subsumir-se à hipótese, a aplicação do art. 88, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

Em princípio, a sanção administrativa não deve passar da pessoa do condenado, ante o princípio do personalismo da sanção. No entanto, em casos excepcionais, pode ser comprovado, mediante o devido processo legal e assegurados a ampla defesa e o contraditório, o desvio de função da pessoa jurídica – seja pelo abuso ou pela fraude – o que fundamenta a extensão da penalidade imputada pela Administração, alcançando seus sócios. Nesta hipótese, já se tem admitido que o próprio Poder Público declare a desconsideração da personalidade jurídica.

2) as mesmas conclusões acima merecem ser aplicadas ainda que o(s) agente(s) tenha(m) sofrido as consequências de medidas assecuratórias constritivas, como o seqüestro, arresto ou prisão;

3) a punição da empresa junto ao CADE não tem o condão de, por si só, e automaticamente, determinar a aplicação da declaração da inidoneidade ou a suspensão de participação em licitação, embora possa ser considerada um forte indício da presença de motivos ensejadores da aplicação da sanção administrativa. As notícias divulgadas pela mídia devem ser objeto de averiguação pelo Poder Público, podendo acarretar na aplicação das penalidades administrativas correspondentes.

21. Em atendimento aos termos da Resolução PGE nº 2.828/2010, em especial o art. 7º, inciso VI, registra-se que os precedentes localizados na base do sistema *Folio Views* foram mencionados no corpo do presente.

É o parecer, s.m.j.

ALINE PAOLA C. B. C. DE ALMEIDA
Procuradora-Assistente da Coordenação
Geral do Sistema Jurídico

De acordo com o Parecer nº 11/2011 – APCBCA/PG-15, da ilustre Procuradora do Estado, Dra. Aline Paola C.B.C. de Almeida, que, no exame das indagações apresentadas pela Secretaria de Estado de Segurança, encaminhadas à Procuradoria Geral do Estado por determinação do Exmo. Secretário de Estado Chefe da Casa Civil, concluiu:

- 1) Não deve a Administração Pública Estadual desclassificar ou deixar de firmar contrato com licitante vencedor, **somente** por estar este respondendo a inquérito policial ou sofrendo alguma medida judicial constritiva (ex: indisponibilidade de bens, busca e apreensão, prisão cautelar), visando apurar crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93, em razão do disposto no art. 5º, LVII¹, da Constituição Federal.
- 2) Não deve a Administração declarar a inidoneidade da empresa ou suspendê-la para licitar ou contratar com a Administração **apenas** pelo fato de seus sócios estarem respondendo a processo criminal (sem trânsito em julgado); ou em razão de notícias desabonadoras na mídia; ou ainda porque houve punição da empresa junto ao CADE. Na primeira hipótese, tem-se por fundamento o art. 5º, LVII, da CF; na segunda, porque a divulgação de notícias de tal jaez pela mídia deve merecer averiguação minuciosa da Administração, com vistas à apuração da verdade dos fatos e só após, concluir pela existência ou não de infração passível de sanção administrativa; na terceira, porque cabe ao Administrador valorar a infração cometida pela empresa, podendo basear-se na fixação da penalidade do CADE para, diante de seu livre convencimento, fixa a penalidade que entender adequada.

Por força do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, vigora o princípio da presunção da inocência, de aplicação não só na esfera penal como na administrativa, e pelo qual ninguém pode ser considerado culpado antes da sentença penal condenatória transitada em julgado. Como bem frisado no Parecer, “resta claro que o simples fato do licitante ou do contratado ter sido indiciado em inquérito policial – ainda que por eventual tipicidade do art. 90, da Lei nº 8.666/93 – não constitui motivo para que, **por si só**, seja aplicada penalidade administrativa que impeça a participação ou contratação com a Administração Pública Estadual.”(grifei). Neste sentido os arrestos do STJ² trazidos pela i. Parecerista.

- 3) É possível a Administração desconsiderar a personalidade jurídica da empresa quando restar comprovado, em processo administrativo onde restou assegurado o contraditório e a ampla defesa, a fraude ou o abuso de direito perpetrado.

¹Art. 5º, LVII, CF: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

²STJ – HC nºs 46.311/RJ – 5ª T – DJ 06.08.07; HC nº 29.953/MS – 5ª T – DJ 01.12.03; RMS nº 13.546/MA – 6ª T – DJ 30.11.09; STJ – HC 100572/SP – 2ª Turma – p. 30.04.2010; STF – MS 23446/DF – Tribunal Pleno – p. 09.11.2007.

A adoção pela Administração Pública da teoria da desconsideração da personalidade jurídica já foi apreciada por esta PGE, conforme Parecer nº 02/2009-CCM, da lavra da i. Procuradora do Estado Claudia Costa Mansur, e está acolhida no art. 18, da Lei nº 8.884/94 – CADE, no art. 28, da Lei nº 8.078 – Código de Defesa do Consumidor – CDC, no art. 50, do Código Civil, na doutrina³ e na jurisprudência.⁴

De outro giro, a existência de inquérito policial em curso ou de medida judicial constritiva, relacionados a suposta prática de ilícito enquadrado no art. 90, da Lei nº 8.666/93, não impede **por si só** a aplicação de penalidade administrativa, se esta, após apuração dos fatos em processo administrativo onde foram garantidos o contraditório e ampla defesa, concluir que o licitante vencedor agiu de forma a frustrar o caráter competitivo do certame, nos termos do art. 88, II, da Lei nº 8.666/93. Em tal situação, repita-se, poderá a Administração aplicar a sanção administrativa, em decisão fundamentada e com a observância do princípio da proporcionalidade. Nesta esteira, também poderá a Administração desconsiderar a personalidade jurídica da empresa licitante quando restar comprovado que seus sócios agiram de forma fraudulenta e abusiva.

Tal conseqüência ocorre em razão da separação ou autonomia das instâncias penal e administrativa, porquanto um fato ou conjunto de fatos pode gerar responsabilidade criminal e administrativa, sem que necessariamente venha a ocorrer punição em ambas. Assim, pode haver uma penalização na instância administrativa, por ter restado configurado um ilícito daquela natureza, mas não haver uma penalidade criminal, por **falta de provas** quanto à existência do fato ou da autoria.

A autonomia das instâncias entretanto não pode acarretar soluções absurdas, sob pena de incompatibilidade entre as decisões. Assim, a absolvição criminal apenas repercutirá na esfera administrativa se restar **categoricamente comprovada a inexistência do fato ou a negativa de autoria**. A simples absolvição por falta de provas não afetará a decisão da Administração na aplicação da sanção administrativa, porque a apreciação de prova é de livre convencimento do julgador. Neste sentido, MOREIRA NETO⁵, CRETELLA JUNIOR⁶ e CAVALIERI FILHO⁷

³JUSTEN FILHO, Marçal, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª Ed. SP, Dialética, p.852; SOUTO, Marcos Juruena Villela, in Direito Administrativo Contratual, Lumen Juris, RJ, 2004, p. 357-358; MONTEBELLO, Marianna in Os Tribunais de Contas e a Disregard Doctrine, *apud* Direito Administrativo-Estudo e Homenagens a Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Ed. Lumen Juris, 2006, p.229.

⁴STJ-RMS 15.166 – 2ª Turma.

⁵Entretanto, esta autonomia não implica soluções absurdas, o que poderia ocorrer se ocorresse flagrante incompatibilidade entre as decisões das três esferas. Por isso, elas são parcialmente interrelacionadas, dada a natureza especial que assumem as formas de responsabilização penal, de modo que a decisão, em juízo criminal, a respeito da existência do fato e da autoria, vincula tanto a Administração quanto o juízo criminal, a respeito da existência do fato e da autoria, vincula tanto a Administração quanto o juízo cível. Com efeito, a condenação criminal, sendo um *plus* em relação às demais, poderá levar à aplicação das sanções administrativas e civis cabíveis; enquanto que a absolvição criminal não repercutirá nas duas outras esferas, salvo se a decisão for pela inexistência de fato ou a negação da autoria, casos que inibirão a Administração e o Judiciário de aplicar sanções com esses fundamentos fáticos." MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, in Curso de Direito Administrativo, Ed. Forense, RJ, 14ª Ed., 2005, p.323

⁶"Quando, porém, a absolvição repousa apenas em pressupostos ligados ao maior ou menor poder de convicção da prova coligida, nenhum efeito poderá ter sobre a punição disciplinar.

A prova, às vezes, existe, embora frágil, mas existe coligida em processo administrativo regular. Não é possível invalidá-la para o efeito de retorno do funcionário ao serviço público". In Lições de Direito Administrativo, 1970, pp. 327-328, *apud* CAVALIERI FILHO, Sérgio, in Programa de Responsabilidade Civil, Ed. Malheiros, SP, 5ª Ed., 2ª tiragem, 2004, p.532

⁷"Em suma, embora não configurado o ilícito penal, poderá subsistir a chamada *falta residual*, não compre-

À d. PG-02, em prosseguimento.

Em 16 de maio de 2011.

HELIANA GOMES DE AMEIDA
Procuradora-Chefe

Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico.

VISTO

Aprovo o bem lançado Parecer nº 11/11 da ilustre Procuradora do Estado ALINE PAOLA C. B. C. de ALMEIDA, devidamente chancelado pela ilustre Procuradora-Chefe da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico, HELIANA GOMES DE ALMEIDA, que enfrentou diversas questões suscitadas pela Secretaria de Segurança Pública acerca da aplicação das penalidades administrativas nas licitações públicas.

Concluiu a parecerista - com fundamento no princípio da separação das instâncias administrativa e penal e no princípio da presunção de inocência - que a Administração Pública Estadual não pode desclassificar, ou ainda deixar de firmar contrato com licitante vencedor, sob o único fundamento de haver a indicição em inquérito policial.

Mas isso não afasta a possibilidade da Administração Pública Estadual punir em sede administrativa determinada empresa quando entender que determinado fato ou conjunto de fatos, conquanto insuficientes para a caracterização de tipo penal, ferem, de forma autônoma, a ordem jurídica e os preceitos do direito administrativo.

Na hipótese suscitada no quesito, bastaria a comprovação da culpa (*stricto sensu*) na conduta injurídica de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do certame, já que o princípio da competitividade somente será alcançado com a plena concorrência entre os licitantes. Neste caso, pode subsumir-se à hipótese, a aplicação do art. 88, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

Como regra, a sanção administrativa não deve passar da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, da CF). No entanto, em casos excepcionais, pode ser comprovado, mediante o devido processo legal e assegurados a ampla defesa e o contraditório, o desvio de função da pessoa jurídica - seja pelo abuso ou pela fraude - o que fundamenta a extensão da penalidade imputada pela Administração, alcançando seus sócios. Nesta hipótese, a doutrina e a jurisprudência têm admitido que o próprio Poder Público declare a desconsideração da personalidade jurídica.

Essas conclusões são aplicáveis também quando o agente tenha sofrido as conseqüências de medidas assecuratórias constritivas, como o seqüestro, arresto ou prisão.

Por derradeiro, concluiu a parecerista que a punição da empresa junto ao CADE não tem o condão de, por si só, e automaticamente, determinar a aplicação da declaração de inidoneidade ou a suspensão de participação em licitação, embora possa ser considerada um forte indício da presença de motivos ensejadores da aplicação da sanção administrativa, o que deve ser apurado em processo administrativo próprio e à luz dos elementos do caso concreto.

dida na absolvição pelo juízo criminal, ensejando a punição administrativa do servidor público, consoante a Súmula n. 18 do colendo Supremo Tribunal Federal." *In*O. Cit., p.532.

As notícias divulgadas pela mídia devem ser objeto de averiguação pelo Poder Público, podendo acarretar na aplicação das penalidades administrativas correspondentes. Cabe acrescentar que essa apuração tem por fundamento os princípios da oficialidade e da verdade material, aplicáveis ao processo administrativo estadual, a teor do disposto na Lei n.º 5.427, de 01.04.09.

À Casa Civil, em devolução.

Rio de Janeiro, 12 de maio de 2011

LEONARDO ESPÍNDOLA
Subprocurador- Geral do Estado

**AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS
CONCEDIDOS DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS,
FERROVIÁRIOS E METROVIÁRIOS E DE RODOVIAS DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGETRANSP**

Parecer nº 22/2010-SLBN – Sérgio Luiz Barbosa Neves

Processo nº E-12/010.045/2009

- Transporte Aquaviário de Passageiros em Âmbito Estadual – Competência Regulatória da AGETRANSP e Competência da Capitania dos Portos – Inexistência de Conflito – O transporte aquaviário de passageiros é regulado por intermédio do ente federado responsável pela prestação do serviço, limitando-se sua competência a estabelecer normas referentes à execução do serviço e ao exercício do poder de polícia necessário à verificação de sua observância, conforme o fixado em lei local; enquanto à Capitania dos Portos, consoante o disposto na Constituição da República e em Lei federal, cabe a missão de garantir a segurança da navegação, competindo-lhe fiscalizar, neste fim, todo o conjunto embarcações, tripulantes, profissionais não tripulantes e os passageiros nelas embarcados. Assim, trata-se um conflito aparente de competências em razão de o modal aquaviário ser-lhes comum.

Senhora Procuradora-Geral da AGETRANSP:

Em atendimento à solicitação de V. Exa. no início deste mês, procedemos, abaixo, ao exame do que denominamos de *conflito aparente de competências* entre a Capitania dos Portos da Marinha Brasileira e a AGETRANSP no exercício de suas atribuições legais referentes ao transporte aquaviário de passageiros, respectivamente, consoante a manifestação sob a forma de parecer jurídico abaixo e com base em estudo que já havíamos levado a efeito em 2009 por solicitação do então Presidente desta Agência, Dr. Antônio de Carvalho.

I – INTRODUÇÃO:

O conflito de atribuições entre agências reguladoras e outros órgãos da Administração Pública é mais comum do que aparenta ser. Tanto está longe de ser novidade para o Direito e a praxis administrativa. Antes mesmo do advento de qualquer agência reguladora ou de outra pessoa jurídica da Administração, as próprias normas, inclusive as constitucionais, acabam por ensejar a ocorrência desses conflitos. Cite-se como exemplo as normas ambientais em sede constitucional e o sem número de Entes federados e organismos que têm, dentre suas atribuições, parcela de competência normatizadora e fiscalizadora de natureza ambiental.