

IV – DA DECISÃO DE MÉRITO

Inicialmente, ressalta-se que o Procedimento instaurado através da Portaria nº 285 de 21/08/2020 - IGEPREV, do Processo Administrativo de Responsabilização foi introduzido pela Lei de Anticorrupção, a Lei Federal nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, conhecida como Lei Anticorrupção e regulado no âmbito estadual pelo Decreto Estadual nº 2.289/2018.

Quanto aos argumentos levantados pelo requerente, acerca da validade da intimação por meio de publicação no Diário Oficial, e quanto ao prazo concedido para a manifestação, vejamos o que dispõe o Art. 13 do Decreto Estadual nº 2.289/2018:

Art. 13. Instalada a Comissão, será a pessoa jurídica notificada da abertura do PAR para acompanhar todos os atos instrutórios e para, no prazo de 30 (trinta) dias, especificar as provas que pretende produzir.

§ 1º Do instrumento de notificação constará:

I - a identificação da pessoa jurídica e, se for o caso, o número de sua inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ);

II - a indicação do Órgão ou Entidade envolvido na ocorrência e o número do processo administrativo instaurado;

III - a descrição sucinta dos atos lesivos e/ou ilícitos apurados e supostamente praticados contra a Administração Pública Estadual e as sanções cabíveis;

IV - a informação de que a pessoa jurídica tem o prazo de 10 (dez) dias para, querendo, apresentar defesa escrita;

V - a indicação precisa do local onde a defesa poderá ser protocolizada; e

§ 2º As notificações, bem como as intimações, serão feitas por via postal com aviso de recebimento ou por qualquer outro meio que assegure a certeza de ciência da pessoa jurídica acusada.

§ 3º A pessoa jurídica poderá ser intimada no domicílio de seu representante legal.

§ 4º Estando a parte estabelecida em local incerto, não sabido ou inacessível, ou ainda sendo infrutífera a intimação na forma do § 2º, será feita nova intimação por meio de edital publicado na imprensa oficial e no sítio eletrônico do Órgão ou Entidade pública responsável pela instauração e julgamento do PAR, contando-se o prazo para apresentação da defesa a partir da data de publicação do edital.

§ 5º As sociedades sem personalidade jurídica serão intimadas no domicílio da pessoa a quem couber a administração de seus bens, aplicando-se, caso infrutífera, o disposto no § 4º deste artigo.

O § 2º do referido artigo estipula a intimação/notificação postal, não como obrigatória, mas como alternativa, tanto que assegura que a Administração Pública processa a notificação "por qualquer outro meio que assegure a certeza de ciência da pessoa jurídica acusada", trata-se, portanto, de norma de abrangência ampla comportando a possibilidade de adoção de vários meios para assegurar a intimação, que não necessariamente o postal.

Todavia, quanto ao prazo, resta razão ao requerente, tendo em vista que o caput do Art. 13 especifica o prazo de 30 (trinta) dias para a produção de provas e o inciso IV, o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de defesa escrita.

Sendo assim, decido pela invalidade da intimação publicada no Diário Oficial nº 34.328 no dia 28/08/2020, para que seja emitida nova intimação à empresa, a fim de conceder os prazos legais.

Por fim, a manifestação apresentada aduz que não há justa causa para a Instauração do Procedimento Administrativo- PAR, tendo em vista ausência de tipicidade da conduta imputada a Projebel, qual seja a inexecução contratual, no Art. 5º da Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), sendo o rol taxativo, requerendo a nulidade do procedimento.

Vejamos o que preceitua o Art. 5º da Lei Federal nº 12.846/2013:

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:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

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;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) 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;

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; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

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.

§ 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.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitório 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.

A requerente alega que o rol do Art. 5º é taxativo, e que a conduta da empresa não se enquadraria nas infrações descritas no referido artigo.

Não há na doutrina um entendimento pacificado se as condutas descritas no Art. 5º da referida lei possui rol taxativo ou exemplificativo. Verificamos, a exemplo, o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo, conforme a lição de Rogério Sanches Cunha Renee do Ó Souza:

Já se discute se o rol de atos lesivos é exaustivo ou meramente exemplificativo. Pensamos ser exemplificativo, podendo a lei ser aplicada em qualquer caso em que se nota ato praticado para beneficiar a empresa antiética, desde que a custa do patrimônio (mesmo que imaterial) da administração pública, nacional ou estrangeira, contra os princípios da administração ou violando compromissos internacionais assumidos pelo nosso país.

Não custa lembrar que, no Direito Administrativo, diferentemente do Penal, a tarefa de ajustar o fato à regra não se exige a observância da tipicidade determinada. Nesse mesmo sentido, Jefferson Aparecido Dias:

"Num primeiro momento, diante do uso da expressão 'assim definidos', no final do caput do art. 5º, poder-se-ia defender que se trata de rol taxativo, que inadmitte extensão e que exige a ocorrência de tipicidade para justificar a aplicação das sanções previstas na lei. Realmente, se for comparada a expressão utilizada com aquela constante da Lei de Improbidade Administrativa, a conclusão pela taxatividade do rol é quase que automática. Nesse sentido se posicionam Marco Vinício Petrelluzzi e Rubens Naman Rizek Júnior. (...) No entanto, analisando cada um dos incisos e alíneas do mencionado art. 5º, é possível sustentar que o rol é exemplificativo e admite aplicação extensiva, uma vez que em vários momentos são utilizadas expressões como 'qualquer outro expediente' ou 'vantagem de qualquer tipo', etc".

1 SOUZA, Rogério Sanches Cunha Renee do Ó. LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL Lei 12.846/2013, 2ª Edição revista, atualizada e ampliada, Editora JusPdvim. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/ea289f0a3e030295f819dfe13aff1cda.pdf>

Considerando o exposto acima, poderíamos adotar o entendimento de que o elenco das condutas no Art. 5º da Lei nº 12.846/13 não é exaustivo, possibilitando a aplicação da legislação quando em face de qualquer ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira "que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil", conforme o caput do Art. 5º.

Independente do entendimento adotado sobre o rol ser taxativo ou não, há outra questão importante a ser suscitada, as condutas descritas nas alíneas do inciso IV "no tocante a licitações e contratos", são normas abertas de interpretação abrangente, dentre as quais se destaca o que dispõe a alínea d, qual seja: "fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente".

Neste sentido, verificamos o posicionamento adotado pelos doutrinadores Fabrício Motta e Spiridon Nicosotis Anyfantis², ao comentar o Art. 5º, especificamente quanto ao inciso IV, alínea d:

"A infração constante desta alínea é descrita de forma muito aberta, possibilitando o enquadramento de diversas condutas. Como foi dito, a fraude é ato doloso que envolve a busca de vantagem por meio de engodo, enganação. Em razão da amplitude utilizada na descrição, a infração abrange todas as condutas ligadas ao processo licitatório e ao contrato, todas as suas diversas etapas (formalização, execução, controle).

(...)

Claro que a infração que ora se comenta não está adstrita às condutas tipificadas como crimes. Em razão da descrição aberta, deve-se considerar esta infração como uma "regra da reserva", utilizada quando dada conduta voluntária reprovável não for passível de enquadramento nas demais infrações. Certo é, contudo, que o sistema constitucional não se compadece com a utilização de interpretações arbitrárias, caprichosas e persecutórias desviadas da necessária realização de finalidades de interesse público. Embora de extrema dificuldade prática, seria desejável a individualização das condutas indesejadas no instrumento convocatório."

2 MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicosotis. Comentários ao art. 5º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei Anticorrupção comentada. 2ed. Belo Horizonte. Fórum, 2018.

Sendo assim, embora a conduta do requerente não conste expressamente na lei, considerando a abrangência da norma aberta que possibilita a interpretação a fim de enquadrar diversas condutas, não é possível acatar a solicitação do requerente quanto a nulidade do PAR por ausência de tipicidade.

O Requerente alega que a rescisão contratual foi amigável e que houve quitação recíproca, não havendo não havendo pendências de natureza trabalhista, previdenciária, tributária, contratual, diante disso, solicita a nulidade do PAR.

O inciso II do Art. 79 da Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade da rescisão contratual amigável, vejamos: