

Fundamentos e controvérsias do processo administrativo de responsabilização previsto na Lei nº 12.846/2013

Marcelo Zenkner*

Sumário

1. O direito difuso à probidade na Administração Pública e à manutenção de um ambiente negocial limpo. 2. O Processo Administrativo de Responsabilização (PAR). 2.1. Noções gerais. 2.2. Instauração, formação da relação jurídica processual e instrução do PAR. 2.3. Análise jurídica prévia à decisão. 2.4. Decisão administrativa da autoridade máxima do órgão. 2.5. Recurso administrativo. 2.6. Efeitos secundários da condenação: Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas (CNEI). 3. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar os fundamentos do processo administrativo de responsabilização previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, bem como as controvérsias doutrinárias que gravitam em torno do tema. Busca, ainda, demonstrar que o direito à probidade na Administração Pública e à manutenção de um ambiente negocial limpo deve ser categorizado como de natureza transindividual, mais especificamente um direito difuso.

Palavras-chaves: Integridade. Probidade empresarial. Processo administrativo. Responsabilização. Pessoas jurídicas.

1. O direito difuso à probidade na Administração Pública e à manutenção de um ambiente negocial limpo

As escolhas éticas que são realizadas diuturnamente por qualquer pessoa e guardam correlação com a moralidade e a integridade repercutem no âmbito da Administração Pública. Hely Lopes Meirelles, citando Maurice Hauriou, explica que a moral comum é imposta aos homens para sua conduta externa, enquanto a

* Doutor em Direito Público pela Universidade Nova de Lisboa, Portugal. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – ES (FDV). Membro do Comitê de Medidas Disciplinares da Petrobras. Ex-Promotor de Justiça do Estado do Espírito Santo. Ex-Secretário de Controle e Transparência do Estado do Espírito Santo. Professor da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) nos cursos de graduação e pós-graduação. Advogado especializado em Direito Público.

moralidade administrativa é imposta aos agentes públicos para sua conduta interna, de acordo com as exigências da instituição à qual se encontram vinculados e em prol do bem comum¹. A *moralidade administrativa*, por isso, encontra-se estampada como princípio regente de toda a Administração Pública, conforme previsão do *caput* do art. 37 da Constituição Federal brasileira, possuindo, inclusive, uma eficácia exógena para vincular não apenas os agentes públicos, mas também os particulares que com aqueles se relacionam:

Não obstante, para que se dê concretude ao princípio da moralidade administrativa, não se deve exercer o controle finalístico – interno e externo – das atividades administrativas exercidas, tão somente, por agentes do Estado. Atualmente, os mecanismos de controle dos atos violadores do princípio da moralidade administrativa, notadamente os relacionados aos atos de corrupção, se estendem aos agentes privados que financiam tais práticas. Nesse particular, é lícito falar-se em *eficácia exógena do princípio da moralidade administrativa*. Em outros termos, embora os indivíduos não estejam compreendidos sob o princípio da legalidade administrativa – oponível tão somente à Administração Pública – a extensão dos efeitos do princípio da moralidade administrativa aos particulares – no âmbito da autonomia da vontade – está em conformidade com o Direito, ou seja, com o princípio da juridicidade.²

Pode-se dizer, assim, que a probidade³ é espécie do gênero moralidade administrativa, enquanto a improbidade, *a contrario sensu*, é uma *imoralidade administrativa qualificada*⁴, a qual pode ser praticada tanto por agentes públicos como por particulares, inclusive pessoas jurídicas. Em uma conceituação técnica, o termo *improbidade administrativa* pode ser compreendido como:

¹ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 94. Ao discorrer sobre o princípio da moralidade administrativa, o autor afirma que o agente público, ao atuar, deve decidir entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas, em qualquer circunstância, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta, devendo fazer uma opção, também, entre o honesto e o desonesto.

² MOREIRA NETO; FREITAS. A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. *Revista Fórum Administrativo - FA*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 14, nº 156, fev. 2014. p. 5.

³ “A probidade encontra sua origem mais remota no latim *probus*, que significa aquilo que brota bem (*pro + bho* – da raiz *bhu*, nascer, brotar), denotando o que é bom, o que tem boa qualidade. De forma correlata ao sentido etimológico, teve-se uma contínua utilização do vocábulo em uma concepção figurada, sendo frequentemente empregado para caracterizar o indivíduo honrado, íntegro, reto, leal, que tem bons costumes e é honesto, casto e virtuoso. Este uso terminou por relegar a pureza linguística a plano secundário, tendo sido consagrada a linguagem figurada. [...] Como derivação do designativo individual (*probus*), tem-se a variante caracterizadora de tal qualidade, papel desempenhado pelos vocábulos *probitas* ou *probitatis*, os quais, em vernáculo, espelham a probidade” (GARCIA, E.; ALVES, R. P. *Improbidade Administrativa*. 8ª ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p. 179).

⁴ OSÓRIO, F. M. *Teoria da improbidade administrativa – má gestão pública – corrupção – ineficiência*. 3ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 381.

O ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação dos princípios que regem a Administração Pública.⁵

A doutrina brasileira consagra a tese de que a higidez da Administração Pública e de suas relações com os particulares se insere na categoria dos chamados *direitos e interesses difusos*⁶, pois se trata de um direito indivisível, cuja titularidade pertence a todos indistintamente e sua violação afeta a sociedade como um todo⁷. Isso porque, além de repercutir na boa gestão pública e na efetivação de uma série de outros direitos fundamentais – como os relacionados à saúde e à educação –, o direito de as pessoas viverem em uma sociedade livre de corrupção tende a ser consagrado como um direito universal e inalienável. Não há dúvidas, portanto, de que o direito a uma Administração Pública proba, direcionada sempre ao interesse coletivo e à manutenção da moralidade em suas relações e contratações com particulares se insere no contexto dos chamados *direitos transindividuais*, na exata acepção de Gregório Assagra de Almeida:

Transindividualidade, supraindividualidade e metaindividualidade são conceitos que, no campo do direito, especialmente no aspecto da dimensão subjetiva da titularidade, se sobrepõem ao indivíduo para abranger uma *comunidade* ou uma *coletividade* de pessoas geralmente indetermináveis ou indeterminadas. [...] A transindividualidade dos direitos, portanto, é uma característica

⁵ NEVES, D. A. A.; OLIVEIRA, R. C. *Manual de Improbidade Administrativa – Direito Material e Processual*. 3ª ed. São Paulo, Método, 2015. p. 9.

⁶ No Brasil, o inciso I do parágrafo único do art. 81 da Lei nº 8.078/1990 traz o conceito legal de interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

⁷ Paulo de Tarso Brandão, por exemplo, afirma: “É inegável o caráter preponderantemente difuso do interesse que envolve a higidez do erário público. Talvez seja o exemplo mais puro de interesse difuso, na medida em que diz respeito a um número indeterminado de pessoas, ou seja, a todos aqueles que habitam o Município, o Estado ou o próprio País a cujos Governos cabe gerir o patrimônio lesado, e mais todas as pessoas que venham ou possam vir, ainda que transitariamente, a desfrutar do conforto de uma perfeita aplicação ou dos dissabores da má gestão do dinheiro público” (BRANDÃO, P. T. *Ação Civil Pública*. 2ª ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. p. 122). Ao comentar as disposições do art. 25, inciso IV, letra “b”, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Pedro Roberto Decomain professa idêntico entendimento ao reportar-se à expressão *patrimônio público e social*, inserida no art. 129, inciso III, da Constituição Federal: “Interessante salientar que, segundo a dicção do avertado dispositivo constitucional, o patrimônio público e social seria interesse difuso. Com certeza, o patrimônio público e social acha-se personalizado em determinada pessoa jurídica de direito público. Mesmo assim, contudo, abstraído-se da personalidade jurídica da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das entidades de suas administrações indiretas e fundacionais, chega-se à conclusão de que a preservação de seus patrimônios realmente constitui interesse difuso, na medida em que não se trata de interesse deste ou daquele particular, mas sim de toda a coletividade” (DECOMAIN, P. R. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. p. 151-152).

da sociedade massificada. Interesses ou direitos transindividuais são direitos ou interesses massificados, mas que possuem uma característica especial no plano do seu objeto: a *indivisibilidade*.⁸

Esse enquadramento é importante para que não haja nenhuma dúvida quanto à existência de interesse social na probidade dos negócios administrativos, a fim de garantir, em caso de lesão ou ameaça a esse direito, a efetividade da tutela jurisdicional pela via das ações coletivas. É por isso que o art. 6º da Lei Federal nº 7.347/85 dá a qualquer pessoa a possibilidade e impõe ao servidor público o dever de provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação coletiva e indicando-lhe os elementos de convicção, enquanto o art. 7º da mesma lei confere aos juízes o dever de provocar o Ministério Público sempre que, no exercício de suas funções, tiverem o conhecimento de fatos que importem em lesão ou ameaça de lesão aos direitos transindividuais, aí incluído o direito a uma Administração Pública proba.

2. O Processo Administrativo de Responsabilização (PAR)

2.1. Noções gerais

O Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, e a Portaria CGU nº 910, de 7 de abril de 2015, regulamentaram, no âmbito federal, a Lei nº 12.846/2013 para tratar, mais especificamente, do procedimento afeto ao chamado *Processo Administrativo de Responsabilização – PAR*, o qual, submetido às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, tem por objetivo apurar a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por eventuais atos lesivos capitulados na Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas. Trata-se, como o próprio nome indica, de instrumento de natureza extrajudicial pelo qual poderão, ao final, ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º da Lei nº 12.846/2013 e, havendo subsunção do ato lesivo em apuração com os ilícitos da Lei nº 8.666/93, também as sanções administrativas nesta previstas.

No tocante à competência administrativa para instauração, processamento e julgamento, esta cabe à autoridade máxima da autarquia ou fundação pública em face da qual foi praticado o ato lesivo ou, em se tratando da administração direta, do seu Ministro de Estado (no plano estadual e municipal, Secretários Estaduais e Municipais), conforme prevê o art. 8º da LIPJ. A questão jurídica que preliminarmente se estabelece nessa seara envolve a discussão em torno da existência de eventual poder administrativo sancionatório das empresas públicas e sociedades de economia mista para processar e julgar atos lesivos contra si praticados por outras pessoas jurídicas que, muitas vezes, atuam inclusive no mesmo ramo empresarial.

⁸ ALMEIDA, G. A. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Del Rey, 2008. p. 473-474.

Isso porque, de acordo com o art. 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal, as empresas estatais sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Assim, exclui-se destas o poder de aplicar sanções aos administrados, pessoas naturais ou jurídicas⁹, pois isso lhes daria uma vantagem competitiva não admitida pelo texto constitucional, violando as regras de livre mercado. Aliás, a Lei nº 13.303/2016 (Estatuto Jurídico das Empresas Estatais) traz apenas a possibilidade de as empresas públicas e as sociedades de economia mista aplicarem sanções pelo atraso injustificado na execução do contrato ou, então, pela inexecução total ou parcial do contrato (arts. 82 e 83).

No âmbito federal, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União¹⁰ possui *competência exclusiva* para instaurar, apurar e julgar PAR pela prática de atos lesivos à Administração Pública estrangeira (art. 9º da LIPJ). Ao mesmo tempo, possui *competência concorrente* para instaurar e julgar os processos administrativos de responsabilização e, simultaneamente, poderá avocar os processos instaurados por outros órgãos para exame de sua regularidade ou para lhes corrigir o andamento, inclusive aplicando a penalidade administrativa cabível (art. 8º, §2º, da LIPJ). Tal avocação poderá ocorrer nas seguintes circunstâncias: a) caracterização de omissão da autoridade originariamente competente; b) inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou na entidade de origem; c) complexidade, repercussão e relevância da matéria; d) valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou a entidade atingida; ou e) apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou de uma entidade da Administração Pública federal (art. 13, §1º, do Decreto nº 8.420/2015).

O PAR poderá ser precedido por procedimento investigatório de caráter sigiloso, inquisitivo e não punitivo, o qual terá o objetivo de coletar provas de autoria e materialidade dos atos lesivos à Administração Pública federal, sendo sempre conduzido por comissão composta por dois ou mais servidores efetivos e, quando os quadros funcionais não forem formados por estatutários, por dois ou mais empregados públicos. O prazo para conclusão da investigação não pode exceder 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogável por igual período mediante requerimento fundamentado dirigido à autoridade instauradora, sendo que, ao final, o procedimento apuracional será concluído com pedido de arquivamento ou encaminhamento à autoridade competente para decisão de instauração do PAR (art. 4º, §§ 1º a 5º, do Decreto nº 8.420/2015).

⁹ “A aplicação de medidas punitivas aos particulares, pessoa jurídica ou natural, é privativa de entidades de Direito Público, porque o poder sancionatório é decorrência da chamada potestade administrativa, que somente pessoas jurídicas de Direito Público detêm.

Disso decorre que empresas públicas e sociedades de economia mista, apesar de serem entidades do poder executivo, não a exercem nem podem exercê-la e, conseqüentemente, não podem instaurar processos administrativos punitivos e muito menos aplicar sanções, como ocorre com o exercício do chamado poder de polícia”.

(GRECO FILHO, V.; RASSI, J. D. Decreto Estadual Anticorrupção contém inconstitucionalidade [blog post]. Blogs: Fausto Macedo – Estadão, 19 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/decreto-estadual-anticorruptcao-contem-inconstitucionalidade/>. Acesso em: 30 de novembro de 2016).

¹⁰ A Medida Provisória nº 726, de 12 de maio de 2016, convertida posteriormente na Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016, extinguiu a Controladoria-Geral da União e criou o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU, o qual assumiu todas as funções daquela.

2.2. Instauração, formação da relação jurídica processual e instrução do PAR

O primeiro ato administrativo afeto a um processo administrativo de responsabilização é a publicação da portaria inaugural. Entretanto, esse ato administrativo deve ser praticado com extrema cautela pela comissão processante, preferencialmente fazendo-se referência apenas às letras iniciais da pessoa jurídica, a fim de que ela não sofra uma sanção antecipada. Isso porque a simples *publicação* da portaria inaugural de um PAR já poderá gerar uma gravíssima crise de imagem para as sociedades empresárias, com consequências econômicas devastadoras, como, por exemplo, a queda do valor das ações em bolsas de valores ou a extinção de contratos com parceiros comerciais. Apesar de não se tratar de um ato administrativo sigiloso, deve ser ele praticado de modo reservado e com discrição.

Assim como acontece no procedimento de investigação preliminar, a portaria inaugural do PAR já deverá trazer a designação da comissão processante, composta por dois ou mais servidores estáveis (ou empregados públicos com, no mínimo, três anos de tempo de serviço). É muito importante que os membros da comissão processante a ser constituída atemem para eventuais conflitos de interesses que possam surgir entre a atuação em determinado processo e questões de cunho pessoal. Assim, por exemplo, se uma determinada empresa com ações em bolsas de valores está sendo processada administrativamente, os membros da respectiva comissão processante, na gestão de seus negócios privados, devem manter inalteradas as posições de seus investimentos em ações daquela empresa para não incorrerem no ato ilícito previsto no inciso I do art. 5º da Lei nº 12.813/2013¹¹, uma vez que, em razão da respectiva atuação, terão acesso a informações privilegiadas¹².

A portaria de instauração do PAR deverá trazer apenas uma descrição sucinta do objeto da apuração, não havendo, nesse procedimento, qualquer violação do contraditório ou da ampla defesa. Isso porque, após a instalação da comissão, será a pessoa jurídica devidamente *intimada*¹³ para que possa acompanhar todos os atos instrutórios, o que poderá ser feito inclusive por meio de seus representantes legais ou procuradores, sendo-lhes assegurado amplo acesso aos autos (art. 13, *caput* e §1º, da Portaria CGU nº 910/2015).

¹¹ Art. 5º da Lei nº 12.813/2013. Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal: I – divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas; [...].

¹² É nesse sentido, inclusive, o Memorando-Circular nº 60/2014/SE/CGU-PR, de 20 de novembro de 2014, expedido pela Secretaria-Executiva da Controladoria-Geral da União.

¹³ Art. 7º do Decreto nº 8.420/2015. As intimações serão feitas por meio eletrônico, via postal ou por qualquer outro meio que assegure a certeza de ciência da pessoa jurídica acusada, cujo prazo para apresentação de defesa será contado a partir da data da identificação oficial, observado o disposto no Capítulo XVI da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. §1º Caso não tenha êxito a intimação de que trata o *caput*, será feita nova intimação por meio de edital publicado na imprensa oficial, em jornal de grande circulação no Estado da federação em que a pessoa jurídica tenha sede, e no sítio eletrônico do órgão ou entidade pública responsável pela apuração do PAR, contando-se o prazo para apresentação da defesa a partir da última data de publicação do edital. §2º Em se tratando de pessoa jurídica que não possua sede, filial ou representação no País e sendo desconhecida sua representação no exterior, frustrada a intimação nos termos do *caput*, será feita nova intimação por meio de edital publicado na imprensa oficial e no sítio eletrônico do órgão ou entidade público responsável pela apuração do PAR, contando-se o prazo para apresentação da defesa a partir da última data de publicação do edital.

Aliás, acerca da contagem dos prazos no processo administrativo de responsabilização, as regras a serem observadas são as da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (que trata do processo administrativo)¹⁴ e não as do novo Código de Processo Civil (que trata do processo judicial). Orientação nesse sentido vem, inclusive, expressa no art. 7º do Decreto nº 8.420/2015.

Em função dos rigores da Lei nº 12.846/2013, é muito importante que as empresas, ao serem intimadas, reconheçam suas limitações e cooperem com informações que auxiliem no andamento do processo. Quanto mais transparente, colaborativa, franca e aberta for a companhia em um momento de crise, maior será sua credibilidade do ponto de vista da autoridade responsável pela eventual aplicação da sanção. Além disso, esse comportamento também se refletirá na imagem da empresa perante os consumidores e a sociedade¹⁵.

Durante a tramitação do PAR – que não poderá exceder o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, admitida prorrogação por meio de solicitação do presidente da comissão à autoridade instauradora (art. 9º do Decreto nº 8.420/2015) –, a comissão processante poderá utilizar-se de todos os meios de prova admitidos em lei, bem como realizar quaisquer diligências necessárias à elucidação dos fatos, sendo que, para o devido exercício de suas funções, poderá: a) requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão, no País ou no exterior, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, do respectivo ente público (art. 10, §1º, da LIPJ); b) propor à autoridade instauradora a suspensão cautelar dos efeitos do ato ou do processo objeto da investigação (art. 10, §2º, da LIPJ); e c) solicitar a atuação de especialistas com notório conhecimento, de órgãos e entidades públicos ou de outras organizações, para auxiliar na análise da matéria sob exame (art. 9º, §2º, inciso II, do Decreto nº 8.420/2015).

Encerrada a instrução probatória inicial, a comissão processante deverá, se for o caso, documentar a tipificação da conduta entre os atos lesivos descritos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013, com a narrativa minuciosa dos fatos e a indicação das provas a ele relacionadas. Depois, a pessoa jurídica será intimada para, no prazo de *trinta dias*, apresentar *defesa escrita*, equivalente a uma contestação, e especificar eventuais provas

¹⁴ Art. 66 da Lei nº 9.784/99. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento. §1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal. §2º Os prazos expressos em dias contam-se de modo contínuo. §3º Os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data. Se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.

Art. 67 da Lei nº 9.784/99. Salvo motivo de força maior devidamente comprovado, os prazos processuais não se suspendem.

¹⁵ Mário Rosa, sobre os valores que podem contaminar positiva ou negativamente uma imagem, cita sugestões do consultor americano James Lukaszewski, propondo quatro ações práticas: “1) A percepção da opinião pública sobre como uma empresa ou um líder administram um problema conta mais do que os fatos; 2) Um plano de ação que signifique pedido de desculpas colocará muita gente do lado da organização ou da liderança rapidamente; 3) Erros e arrogância podem obscurecer as ações mais positivas; 4) Algumas poucas mensagens positivas importantes no começo ajudam a organização a se contrapor aos erros que a mídia sempre comete ao relatar situações desse tipo e aos erros da empresa ao responder” (ROSA, M. *A era do escândalo: lições, relatos e bastidores de quem viveu as grandes crises de imagem*. São Paulo: Geração Editorial, 2003. p. 182).

que pretenda produzir. É neste momento que a pessoa jurídica poderá suscitar em seu favor a existência de um programa de integridade efetivo implementado *antes* da ocorrência do ato lesivo, a fim de que possa se valer dos benefícios legais (art. 7º, inciso VIII, da LIPJ, e art. 18, inciso V, do Decreto nº 8.420/2015). Deverá, para tanto, apresentar o *relatório de perfil* e o *relatório de conformidade do programa*, observando sempre os requisitos estampados nos arts. 3º e 4º da Portaria CGU nº 909, de 7 de abril de 2015.¹⁶

Se durante essa segunda etapa da instrução processual forem juntadas de novas provas pela comissão processante, a pessoa jurídica, em observância ao contraditório e à ampla defesa, terá oportunidade de apresentar, no prazo de 10 (dez) dias, alegações escritas, mas deverá a defesa, neste caso, ficar circunscrita à análise dessas novas provas (art. 16 da Portaria CGU nº 910/2015).

Concluídos os trabalhos de apuração e análise, a comissão elaborará *relatório final* a respeito dos fatos apurados e da eventual responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, no qual sugerirá, de forma motivada, as sanções a serem aplicadas, a dosimetria da multa ou o arquivamento do processo (art. 9º, §3º, do Decreto nº 8.420/2015). O PAR, na sequência, segue para manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público (art. 6º, §2º, da Lei nº 12.846/2013).

2.3. Análise jurídica prévia à decisão

Os autos do processo administrativo de responsabilização devem, ao final, ser submetidos à análise jurídica da Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público, condição absolutamente indispensável para a aplicação das sanções administrativas, nos termos do §2º do art. 6º da Lei nº

¹⁶ Art. 3º da Portaria CGU nº 909/2015. No relatório de perfil, a pessoa jurídica deverá: I – indicar os setores do mercado em que atua em território nacional e, se for o caso, no exterior; II – apresentar sua estrutura organizacional, descrevendo a hierarquia interna, o processo decisório e as principais competências de conselhos, diretorias, departamentos ou setores; III – informar o quantitativo de empregados, funcionários e colaboradores; IV – especificar e contextualizar as interações estabelecidas com a administração pública nacional ou estrangeira, destacando: a) importância da obtenção de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas atividades; b) o quantitativo e os valores de contratos celebrados ou vigentes com entidades e órgãos públicos nos últimos três anos e a participação destes no faturamento anual da pessoa jurídica; c) frequência e a relevância da utilização de agentes intermediários, como procuradores, despachantes, consultores ou representantes comerciais, nas interações com o setor público; V – descrever as participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada; e VI – informar sua qualificação, se for o caso, como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Art. 4º da Portaria CGU nº 909/2015. No relatório de conformidade do programa, a pessoa jurídica deverá: I – informar a estrutura do programa de integridade, com: a) indicação de quais parâmetros previstos nos incisos do *caput* do art. 42 do Decreto nº 8.420, de 2015, foram implementados; b) descrição de como os parâmetros previstos na alínea “a” deste inciso foram implementados; c) explicação da importância da implementação de cada um dos parâmetros previstos na alínea “a” deste inciso, frente às especificidades da pessoa jurídica, para a mitigação de risco de ocorrência de atos lesivos constantes do art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013; II – demonstrar o funcionamento do programa de integridade na rotina da pessoa jurídica, com histórico de dados, estatísticas e casos concretos; e III – demonstrar a atuação do programa de integridade na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração.

12.846/2013. Essa análise jurídica, entretanto, deve ficar restrita à observância do devido processo legal administrativo¹⁷, devendo o parecer, assim, limitar-se à análise da observância do procedimento legal e do respeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a fim de evitar a ocorrência de quaisquer nulidades processuais que, posteriormente, poderiam ser atacadas pela via judicial em caso de eventual condenação.

A análise do mérito ou da gradação das sanções a serem aplicadas, nessa fase, deve ser evitada pela Advocacia Pública ou órgão equivalente, já que, de acordo com o *caput* do art. 8º da LIPJ, o julgamento do processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabe exclusivamente à *autoridade máxima* de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A não ser assim, a autoridade máxima responsável terá o seu *livre convencimento* comprometido acerca dos fatos por um caráter praticamente vinculante do parecer jurídico, pois um eventual julgamento em sentido contrário a este certamente resultará em inevitável transposição da discussão do mérito para o Poder Judiciário, a fim de fazer prevalecer a posição da Advocacia Pública, seja pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica que suportar a condenação.

2.4. Decisão administrativa da autoridade máxima do órgão

Após análise jurídica da Advocacia Pública ou do órgão de assistência jurídica, o processo administrativo, com o relatório final da comissão processante, será remetido à autoridade instauradora para julgamento (art. 12 da LIPJ), o qual não ficará vinculado à conclusão da comissão (art. 9º, §6º, do Decreto nº 8.420/2015).

Caso seja acolhida a imputação, a autoridade responsável pelo julgamento do PAR poderá condenar a pessoa jurídica, isolada ou cumulativamente, no pagamento de multa administrativa e na publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, inciso I e II, da Lei nº 12.846/2013). Para que o julgador possa superar os conceitos vagos ou indeterminados presentes na redação do art. 7º da LIPJ e, assim, possa calcular a multa com um grau maior de precisão, o Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, criou um complexo sistema aritmético, que passa por cinco etapas: a) identificação da vantagem auferida ou pretendida; b) soma dos percentuais referentes às agravantes (art. 17); c) subtração dos percentuais referentes às atenuantes (art. 18); d) calibragem do valor mínimo da multa, qual seja, o *maior valor* entre a vantagem auferida (ou pretendida) e 0,1% do faturamento bruto no exercício anterior, excluídos os tributos, ou, no mínimo, R\$6.000,00 caso a pessoa jurídica não possua faturamento bruto (art. 19); e) calibragem do valor máximo da multa, qual seja, o menor valor entre o triplo da

¹⁷ O princípio do devido processo legal na legislação brasileira, como direito fundamental, está previsto no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) e sua aplicação no processo administrativo está igualmente alçada à categoria de direito fundamental pelo inciso LV do mesmo art. 5º, o qual assegura aos litigantes em geral a observância do contraditório e da ampla defesa e os recursos a ela inerentes, fortalecendo, assim, este importante instrumento da atuação administrativa-estatal.

vantagem auferida (ou pretendida) e 20% do faturamento bruto no exercício anterior, excluídos os tributos, ou, no máximo, R\$60.000.000,00 caso a pessoa jurídica não possua faturamento bruto (arts. 20 e 22, parágrafo único).

A autoridade administrativa incumbida do julgamento, na dosimetria das penalidades a serem aplicadas, deverá dar especial atenção para eventual tese defensiva de implementação prévia de um *programa de integridade efetivo* na pessoa jurídica, a qual, se confirmada, deverá importar em abrandamento na gradação das sanções em patamar superior ao das demais atenuantes. A devida avaliação a esse respeito já deve fazer parte integrante do relatório final da comissão processante, observando-se sempre os requisitos estabelecidos na Portaria CGU nº 909, de 7 de abril de 2015.

É importante ressaltar que a aplicação de sanções administrativas não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado (art. 6º, §3º, da LIPJ), da mesma forma que o fato de a pessoa jurídica já ter reparado o prejuízo suportado pelo erário também não a isenta da aplicação das sanções (art. 13 da LIPJ). É importante destacar que esse ressarcimento não pode ser determinado na decisão final do PAR, devendo a autoridade julgadora apenas constatar sua ocorrência e, ao final, determinar que seja comunicada à Advocacia Pública ou ao órgão de assistência jurídica próprio para a adoção das providências judiciais cabíveis.

Proferida a decisão administrativa pela autoridade julgadora no processo administrativo de responsabilização, deverá ela ser publicada no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico do órgão ou da entidade pública responsável pela instauração do PAR (art. 10 do Decreto nº 8.420/2015).

2.5. Recurso administrativo

O sistema recursal do processo administrativo de responsabilização talvez seja o ponto de maior fragilidade de toda a regulamentação. Isso porque, de acordo com o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Entretanto, o Decreto nº 8.429/2015 trouxe a esse respeito tão somente a seguinte previsão:

Art. 11. Da decisão administrativa sancionadora cabe *pedido de reconsideração* com efeito suspensivo, no prazo de dez dias, contado da data de publicação da decisão.

§ 1º A pessoa jurídica contra a qual foram impostas sanções no PAR e que não apresentar pedido de reconsideração deverá cumpri-las no prazo de trinta dias, contado do fim do prazo para interposição do pedido de reconsideração.

§ 2º A autoridade julgadora terá o prazo de trinta dias para decidir sobre a matéria alegada no pedido de reconsideração e publicar nova decisão.

§3º Mantida a decisão administrativa sancionadora, será concedido à pessoa jurídica novo prazo de trinta dias para cumprimento das sanções que lhe foram impostas, contado da data de publicação da nova decisão.

Ora, *pedido de reconsideração* não é um recurso, mas uma simples petição pela qual se provoca o mesmo julgador a decidir novamente questões das quais poderia conhecer independentemente dessa provocação e, como se sabe, pacífica é a tese de que, se a Administração praticou ato ilegal, pode anulá-lo por seus próprios meios (STF, Súmula nº 473). Ainda que se considerasse o pedido de reconsideração um recurso, faltar-lhe-ia o *efeito devolutivo* para propiciar o reexame daquilo que foi decidido por outro órgão ou autoridade julgadora.¹⁸

A lacuna deixada pelo legislador a esse respeito não pode ser preenchida nem mesmo pela Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula, de modo geral, o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Isso porque o recurso administrativo ali regulado será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à *autoridade superior* (§1º do art. 56). Ora, como o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica já cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 8º, *caput*, da LIPJ), a aplicação da regra conduziria eventuais recursos administrativos, em tese, ao Presidente da República, ao Presidente do Congresso Nacional e ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, o que, além de não atender ao mínimo critério de razoabilidade, criaria um enorme embaraço procedimental que não atende ao devido processo legal administrativo e viola o texto constitucional.¹⁹

A permanecer como está a legislação, toda a decisão emanada de um processo administrativo de responsabilização comportará a impetração de *mandado de segurança* perante o Poder Judiciário para discutir o seu mérito pelo simples fato de inexistir previsão legal de recurso administrativo próprio para impugná-la, conclusão essa que se extrai, *a contrario sensu*, do inciso I do art. 5º da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.²⁰

¹⁸ “Chama-se *devolutivo* o efeito do recurso consistente em transferir ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição. [...] Quando a lei, a título de exceção, atribui competência ao próprio órgão a *quo* para reexaminar a matéria impugnada, o efeito devolutivo ou *não existe* (como nos embargos de declaração) ou fica *diferido*, produzindo-se unicamente após o juízo de retratação: assim no agravo retido (art. 523, §2º, na redação da Lei nº 9.139)” (BARBOSA MOREIRA, J. C. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 259-261).

¹⁹ “É interessante ainda lembrar que essa importância constitucional dos recursos não deve ser vista unicamente no plano do processo judicial. Também no processo administrativo, deve ser assegurado às partes o direito de recorrer das decisões proferidas pelos agentes públicos. O direito à ampla defesa não se restringe ao processo judicial, sendo a Constituição Federal, quanto a esse aspecto, expressa, quando se refere ao mencionado art. 5º, LV, aos litigantes, em processo judicial ou *administrativo*” (JORGE, F. C. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 29-20).

²⁰ Art. 5º da Lei nº 12.016/2009. Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I – de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; [...].

2.6. Efeitos secundários da condenação: Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas (CNEI)

Transitada em julgado a decisão condenatória, uma série de providências devem ser adotadas pela autoridade administrativa julgada. Em primeiro lugar, deverá diligenciar no sentido de providenciar o registro das penalidades aplicadas no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP – e no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS –, conforme o caso (art. 21 da Portaria CGU nº 910/2015), observando-se sempre o procedimento regulado na Instrução Normativa CGU nº 2, de 7 de abril de 2015, que regula o registro de informações em ambos os cadastros.

O CNEP e o CEIS, mantidos pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União e criados pelos arts. 22 e 23 da Lei nº 12.846/2015, possuem por objetivo central reunir e dar publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base na Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas (CNEP) e na Lei de Licitações (CEIS).

No que tange à multa administrativa eventualmente aplicada, caso não ocorra o pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública (art. 13, parágrafo único, da LIPJ), comunicando-se à Advocacia Pública ou ao órgão de assistência jurídica próprio para a adoção das providências judiciais cabíveis. Além disso, se no relatório da comissão processante tiver ficado registrada a ocorrência de eventuais ilícitos a serem apurados em outras instâncias, deverá a autoridade julgadora encaminhá-lo ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados, no caso de órgãos da Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas federais, ou ao órgão de representação judicial ou equivalente no caso de órgãos ou entidades da Administração Pública não abrangidos pelo inciso II (§5º do art. 9º do Decreto nº 8.420/2015).

Por último, no tocante à reabilitação, vale registrar que o *caput* do art. 9º da Instrução Normativa CGU nº 2/2015 estabelece que: “[o] registro de penalidade que contar com a informação de data final do efeito limitador ou impeditivo da punição será automaticamente retirado do CEIS ou do CNEP na data indicada”. Por outro lado, no tocante às penalidades registradas no CEIS com fundamento no art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993, no art. 33, inciso V, da Lei nº 12.527, de 2011, ou em quaisquer outras normas que exijam reabilitação, deverão as pessoas físicas e jurídicas interessadas pleiteá-la diretamente no órgão ou na entidade que aplicou a sanção, cabendo exclusivamente a estes a atualização do Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP, conforme prescrição do parágrafo único do mesmo artigo.

3. Conclusão

Apesar do regulamento de o processo administrativo de responsabilização ainda comportar várias outras frentes para reflexão e estudo, cingimo-nos a enfrentar apenas algumas delas, concluindo no sentido de que o instrumento em questão, cujo

destinatário é a pessoa jurídica que incorreu em qualquer dos atos lesivos descritos no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, tem por vocação assentar os valores vinculados à integridade e à probidade administrativa e negocial.

Registre-se, por derradeiro, que o grande desafio na condução do processo administrativo de responsabilização pelas autoridades legitimadas por lei para tanto está não apenas na observância das regras inerentes ao devido processo legal administrativo e da preservação da segurança jurídica, mas, principalmente, na manutenção das atividades da empresa demandada, a fim de que possa ela continuar em pleno funcionamento e gerando empregos e dividendos para o País.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, G. A. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARBOSA MOREIRA, J. C. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRANDÃO, P. T. *Ação Civil Pública*. 2ª ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

DECOMAIN, P. R. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

GARCIA, E.; ALVES, R. P. *Improbidade Administrativa*. 8ª ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

GRECO FILHO, V.; RASSI, J. D. Decreto Estadual Anticorrupção contém inconstitucionalidade [blog post]. *Blogs*: Fausto Macedo – Estadão, 19 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/decreto-estadual-anticorruptao-contem-inconstitucionalidade/>. Acesso em: 22 de abril de 2017.

JORGE, F. C. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA NETO, D. F.; FREITAS, R. V. A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. *Revista Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 14, nº 156, fev. 2014.

NEVES, D. A. A.; OLIVEIRA, R. C. *Manual de Improbidade Administrativa – Direito Material e Processual*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2015.

OSÓRIO, F. M. Teoria da improbidade administrativa – má gestão pública – corrupção – ineficiência. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROSA, M. A era do escândalo: lições, relatos e bastidores de quem viveu as grandes crises de imagem. São Paulo: Geração Editorial, 2003.