

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 à 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.

Vejam os 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 transitoriamente 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 Souza¹:

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”.

¹SOUZA, 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 Nicofotis 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, enganância. 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.”

²MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. 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:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

(...)

II - amigável, por a cordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

É importante ressaltar que nesta modalidade a rescisão só se efetivará desde que haja conveniência para a Administração Pública, não está se trata de competência discricionária, mas sim de um julgamento que apela à economicidade, na qual é mais vantajoso e célere para a Administração rescindir o contrato de comum acordo com o contratado.

Na situação descrita, a iniciativa para a rescisão amigável partiu da contratada, todavia, esta solicitação ocorreu apenas após a contratada ser notificada acerca da possibilidade de rescisão unilateral do contrato e da possibilidade de aplicação de sanções administrativas em razão dos atrasos das verbas trabalhistas e do FGTS, pois tal conduta incidiria em de descumprimento de obrigações contratuais, conforme previsão na “Cláusula Décima Sétima: Das Sanções”, itens 17.1 alínea c; 17.7 alínea s, alínea v e alínea x; e 18.2.2; e na “Cláusula Nona – Da Fiscalização da Documentação Fiscal Trabalhista e Previdenciária”, item 9.4:

CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA: DAS SANÇÕES

17.1. Com fundamento no artigo 7º da Lei nº 10.520/2002, ficará impedida de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e será descredenciada no SICAF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores da CONTRATANTE, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, garantida a ampla defesa, sem prejuízo de multa de até 30% (trinta por cento) sobre o valor da contratação e das demais cominações legais, a CONTRATADA que cometer, as seguintes faltas:

(...)

c) falhar na execução do contrato;

17.7. A falha na execução do contrato prevista na linha “c” do item 17.1. estará configurada, quando a CONTRATADA se enquadrar em pelo menos uma das situações previstas abaixo:

(...)

s) não efetuar o pagamento de salários, vales-transportes, vales-refeições, seguros, encargos fiscais e sociais, como recolhimento das contribuições sociais da Previdência Social ou do FGTS, bem como arcar com quaisquer despesas diretas e/ou indiretas relacionadas à execução do contrato nas datas avençadas;

(...)

v) não apresentar, quando solicitado, documentação fiscal, trabalhista, previdenciária e outros documentos necessários à comprovação do cumprimento dos demais encargos trabalhistas;

(...)

x) não entregar ou entregar com atraso ou incompleta a documentação exigida na cláusula nona do contrato;