



INFORMATIVO JURÍDICO LTC – SETEMBRO/2013

Prezados Clientes,

O Informativo Jurídico do mês de SETEMBRO/2013, editado pelo escritório Lima, Torres e Castro Advogados Associados, destaca o texto “*Breves reflexões sobre a Lei 12.846/2013, que trata da Responsabilidade Objetiva das Pessoas Jurídicas em relação aos atos danosos à administração pública*”, de autoria do Dr. Flávio Almeida de Lima.

BREVES REFLEXÕES SOBRE A LEI 12.846/2013, QUE TRATA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS EM RELAÇÃO AOS ATOS DANOSOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Flávio Almeida de Lima

A nova Lei acrescenta conceitos e procedimentos para a responsabilização das pessoas físicas e jurídicas por atos lesivos ao patrimônio público e aqueles que impliquem em violação aos princípios da Administração Pública, tais como o da probidade, o da moralidade e o da publicidade.

Pondera-se, neste singelo apontamento, a pretensão do legislador em instituir a responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas, em relação às consequências dos atos ilícitos praticados em desfavor da Administração Pública.

A Lei nº 12.846/2013 complementa, MAIS NÃO EXCLUI, a aplicação das penas previstas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992:

Art. 30 - A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Importa recordar, ainda, a Lei de Defesa da Concorrência – CADE (Lei 12.529/2011). Referida Lei só trata de responsabilidade civil e administrativa. Não cuida da responsabilidade penal (que pressupõe dolo ou culpa grave).

De certo, a grande inovação da Lei 12.846/13 diz respeito à imputação da “responsabilidade objetiva” na aplicação de **penas** àqueles que praticam atos que causem prejuízo à Administração, inovando a legislação anterior que só admitia **punição** ao agente público ou privado diante do dolo (específico ou genérico – intenção consciente de praticar o ato ilícito) em relação ao ato faltoso.

Ou seja, na nova Lei, para a punição à pessoa jurídica, basta a comprovação da ocorrência de dano ao erário, independentemente da intenção do autor do ato. Na lei anterior, a jurisprudência consolidou o entendimento no sentido de se imputar **pena** somente diante do dolo (intenção clara de provocar dano).

A violação aos Princípios da moralidade e da probidade também admitiam punição, conforme construção jurisprudencial. Suponhamos um conluio entre licitantes, em uma licitação cancelada. Esta conduta afronta o Princípio da moralidade, mesmo que não tenha existido dano patrimonial. Caberia aos agentes suportar o pagamento de multas e penas restritivas de direitos.

TODAVIA, algumas questões ainda precisam de assentamento na doutrina e na jurisprudência.

Por exemplo: a obrigação de reparar o dano sempre foi objetiva (ressarcir o prejuízo econômico). Até aí, nada de novo; seja em relação à pessoa jurídica, seja no tocante à pessoa física.

Porém, o ato irregular DA PESSOA JURÍDICA que enseja a aplicação de penas pecuniárias (multas) e restrição de direitos (impedimento de licitar, interdição ou suspensão das atividades, receber benefícios do poder público, inelegibilidade), que, antes da nova lei, pressupunha a conduta dolosa (intenção de causar prejuízo), seria julgado com base na responsabilidade objetiva (independe da intenção do agente) a partir da nova lei? Penso que não, porque esta avaliação de conduta delituosa ESTÁ, POR FORÇA DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL, CONDICIONADA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS, na forma dos artigos 5º, inciso XLVI, e 37, § 4º da Constituição Federal (**veja também art. 7º, desta lei**), ou seja, carece da avaliação do elemento subjetivo para a punição (intenção do agente).

Suponhamos que uma construtora tenha aplicado a granulação errada na composição de CBUQ, levando à deterioração precoce do pavimento. Neste caso, a responsabilidade em reparar o dano patrimonial sempre foi objetiva (independe de culpa ou dolo).

A questão que se apresenta à discussão é: caberia punir esta empresa com multa, suspensão do direito de licitar e outras restrições, com base na responsabilidade objetiva, quando é sabido que tal defeito decorreu de simples imperícia na composição da massa? Suponhamos que a mistura tenha gerado maior custo, exatamente pelo erro, à construtora, sem aumento de preço para o contratante. Diante do erro de natureza técnica, caberia a responsabilidade objetiva EM RELAÇÃO ÀS MULTAS E PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO?

Penso que punir esta empresa porque o pavimento apresenta defeito com a pena de multa, suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa, sem a avaliação do elemento subjetivo, afrontaria os princípios constitucionais citados, porque a punição se mostraria desproporcional e desvinculada da verdadeira conduta do agente (individualização das penas).

Na minha opinião, as punições que implicam em restrição de direitos continuam orientadas pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e individualização das penas (à semelhança do que ocorre no Direito Penal).

Confirmando minha primeira impressão sobre a lei, veja que esta norma contém inúmeros critérios de ponderação das penas (art. 7º), induzindo que o ato ilícito, PARA EFEITO DAS PENAS DE MULTA E RESTRIÇÃO DE DIREITOS, pressupõe o grau de culpa.

Do mesmo modo, os princípios da proporcionalidade e o da individualização das penas estão consagrados no § 2º, do art. 3º: “*Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade*”. Veja também o § 1º, do art. 6º. Frise-se que o art. 14 fala em desconsideração da personalidade jurídica para os “seus administradores e sócios **com poderes de administração**, observados o contraditório e a ampla defesa”.

Ou seja, somente às pessoas físicas com poderes de gestão, OU no caso de se demonstrar confusão patrimonial, poder-se-á estender as penas, ponderada a culpa individual na prática do ato ilícito.

Daí porque arrisco concluir que a lei confirmou a responsabilidade objetiva para a obrigação de ressarcir o dano (que sempre existiu), instituindo a responsabilidade objetiva para a punição da pessoa jurídica, PORÉM ratificando os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da conduta no DIMENSIONAMENTO das penas, notadamente em relação àquelas que tratam da restrição de direitos ([art. 6º § 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações](#)).

Para os gestores das empresas, acredito que a lei manteve o elemento subjetivo para a aferição da conduta ilícita (somente dolo, específico ou genérico).

Para os delitos previstos nas outras leis (Lei 8.429/92 – improbidade administrativa – e Lei 8.666/93 – lei de licitações), tudo continua como antes, ou seja, a punição carece de dolo específico ou genérico.

Outra novidade é a possibilidade de firmar acordo de leniência (semelhante ao acordo de ajuste de conduta, já previsto na legislação), que **pode** levar à exclusão das penalidades ou à sua redução quantitativa. Este procedimento, no entanto, exige muita,

muita cautela. (Art. 16, § 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável).

Sinceramente, não acredito que este acordo se consistirá em uma conduta padrão. Penso que, na maioria dos casos, este acordo poderá representar um suicídio jurídico! Em casos excepcionalíssimos, TALVEZ, este acordo tenha algum proveito.

Além do mais, a confissão, no acordo de leniência, não inibe a atuação do Ministério Público na esfera cível e criminal. “art. 18 - Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial” – “art. 20 - Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.”

Este acordo também poderá ser considerado como prova de confissão para os crimes previstos nas leis de improbidade (Lei 8.429/92), de licitações (8.666/93), da ação popular, dos crimes de lavagem de dinheiro, dos crimes contra a ordem econômica, no código penal, etc.

Em relação às atenuantes para o dimensionamento das penas, destaca-se a arguição de normas internas das empresas, **acompanhadas de ações concretas e objetivas de fiscalização e controle**, que consagrem o princípio da licitude e probidade das ações empresariais.

“*Criminal compliance* é, em verdade, um novo ramo das ciências criminais que floresce. Sendo assim, os seus fundamentos epistemológicos ainda estão por desenvolver-se. O programa de *criminal compliance*, para a empresa, é aquele que, por meio de uma gestão adequada de prevenção dos riscos legais, representa um gasto menor do que a incidência da lei penal implicaria, em outras palavras, um ganho financeiro. Em relação à estrutura organizacional de aplicação do programa de *criminal compliance*, são elementos essenciais: um código de conduta interna, no qual, por meio da autorregulação, a empresa busca mobilizar forças morais no sentido de influenciar a cultura de obediência às normas penais, conscientizando os gestores e funcionários; um departamento estruturado para o program a,

especializado, independente e com atribuições suficientes para desenvolver as suas tarefas de fiscalização e investigação internas; um agente responsável pelo programa, se possível ligado aos níveis mais elevados da corporação.” (**Revista SÍNTESE Direito Penal e Processual Penal**).

A “definição” do valor para multa seria importante. Porém a margem para a quantificação da penalidade restou vinculada a um critério subjetivo da autoridade pública, em função da receita da empresa, que pode variar de 0,1% a 20% do faturamento bruto do ano anterior ao da instauração do processo administrativo (ou, não sendo possível aferir o faturamento, a multa pode variar de R\$6.000,00 a R\$60.000.000,00). Provavelmente, o Poder Executivo Federal fará publicar um decreto estabelecendo critérios objetivos para este dimensionamento.

Houve inovação ao criar as penas de suspensão das atividades e a dissolução da empresa. Todas as penas podem ser aplicadas cumulativamente.

Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. A prescrição das punições pecuniárias e restrição de direitos já era de cinco anos. A Constituição Federal prevê a imprescritibilidade da obrigação de ressarcimento de danos à Administração Pública (art. 37, § 5º).

A lei entra em vigor 180 após sua publicação.

Ressalvo, entretanto, que minhas impressões iniciais carecem de amadurecimento, sobretudo porque o alcance da lei ainda será dado pela doutrina e pela jurisprudência.

A seguir, aponto algumas disposições da nova Lei que **merecem destaque (texto em vermelho)**, com meus **comentários (em verde)**. Em **azul**, repetição do texto legal.

LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013.

Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas

pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a **responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas** pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Obs: Note que a Lei não alcança as punições resultantes da aplicação de leis penais. Trata das punições administrativas (aplicadas pelo órgão contratante) ou pelo Poder Judiciário em uma ação civil pública ou ação popular. “Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial” art. 18 – “Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.” Art. 20.

A abrangência da responsabilidade “objetiva” ainda será objeto de muito debate e controvérsia, até a definição final pela jurisprudência dos tribunais superiores.

Parágrafo único. **Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias** e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Obs: A lei anterior já alcança as pessoas jurídicas. Outras leis já preveem a despersonalização da pessoa jurídica para alcançar os sócios, desde que atendidos pressupostos específicos (exercício de poderes de gestão, prática de ato ilícito, confusão patrimonial).

Art. 2º **As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente**, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Art. 3º **A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual** de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

Obs: Quanto ao aspecto patrimonial, sempre foi possível alcançar os sócios. Penso que a responsabilidade **individual** não é “objetiva”. Esta responsabilização depende da conduta efetiva da pessoa física, em função do princípio constitucional da individualização da pena (Ex. um sócio que NÃO é gerente, conforme previsão expressa no contrato social, que nunca praticou qualquer ato vinculado à conduta ilícita, seria aplicada a “responsabilidade objetiva”? Estaria a ele reservado o direito de arguir o princípio da proporcionalidade? Ao que parece sim, diante do disposto no § 2º, do art. 3º).

Recentemente, o STJ, em julgamento com muita divergência, considerou que o sócio (em matéria tributária) pode ser executado pela dívida, mesmo que não tenha participado da fase de conhecimento do processo.

Parece-me absurda a hipótese de executar um sócio, NÃO GERENTE, por uma sentença de ressarcimento de dano, sem que ele tenha sido citado para contestar a sua responsabilidade no ocorrido, em flagrante afronta ao direito de defesa. De certo que este sócio poderá arguir o princípio consagrado no § 2º, do art. 3º.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

Obs: Obviamente se a empresa se beneficiou do dano causado à Administração.

§ 2º **Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.**

Obs: Logo, parece-me claro que o elemento subjetivo é requisito na avaliação da conduta do sócio ou do administrador. Frise-se que o art. 14 fala em desconsideração da personalidade jurídica para os “seus administradores e sócios **com poderes de administração**, observados o contraditório e a ampla defesa”.

Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

Obs: Claro, por atos anteriores à incorporação, fusão ou cisão, conforme esclarece os parágrafos seguintes. Aliás, sempre foi assim.

§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, **até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação**, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, **no âmbito do respectivo contrato**, as consorciadas serão **solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se** tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

Obs: Esta é uma regra importante. Não é propriamente uma regra nova, pois a Lei 8.666/93 já prevê a responsabilidade solidária PERANTE O ÓRGÃO PÚBLICO, pelos atos praticados no processo licitatório e no cumprimento de obrigações contratuais (Lembre-se: a regra geral é a de que as consorciadas NÃO são solidárias (conforme Lei 6.404/1976) – Exceção: perante o órgão contratante, trabalhadores, meio ambiente, tributos).

A nova lei restringe esta responsabilidade às penas pecuniárias e ao ressarcimento integral do dano (que já existia na Lei 8.666/93). Mas não há solidariedade em relação às condutas que impliquem em pena de restrição de direitos (suspensão de contratar com o órgão contratante ou declaração de inidoneidade).

Em consórcio homogêneo, no qual as consorciadas atuam sem especificação de tarefa, é fácil aplicar a solidariedade, pois não há individualização de conduta.

Suponhamos um consórcio heterogêneo, assim definido e admitido no contrato com a Administração, no qual uma empresa restou incumbida SOMENTE de fazer uma ponte e a outra foi responsável pela construção do trecho rodoviário anterior à ponte. Caso o guardacorpo da ponte tombe, por defeito de construção, a outra consorciada seria responsável pela reparação do dano e pela multa contratual? Penso que sim, pois a Lei 8.666/93 já previa esta solidariedade patrimonial. Mas não acredito na solidariedade em relação às penas restritivas de direito.

Frise-se que o art. 14 fala em desconsideração da personalidade jurídica para os “seus administradores e sócios **com poderes de administração**, observados o contraditório e a ampla defesa”.

CAPÍTULO II DOS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL OU ESTRANGEIRA

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:

Obs: Note que há a punição de “atos lesivos” (que causem dano) e daqueles que violem princípios, ainda que não causem prejuízos patrimoniais. Até ai, nada de novo.

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;

Obs: Não consigo imaginar uma conduta não dolosa (culpa objetiva) para estas ações delituosas.

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

Obs: Note que a lei não veda as modificações quantitativas ou qualitativas nos contratos e sua prorrogação, prevista no art. 57, da Lei 8.666/93 OU no contrato OU no edital. Nada de novo.

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.

Obs: Penso que estas condutas exigem intenção de “fraudar”. Fraudar exige dolo específico. Sequer caberia dolo genérico.

§ 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.

CAPÍTULO III DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas **consideradas responsáveis** pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

Obs: Responsabilidade objetiva ou subjetiva? Pela redação do art. 1º, seria objetiva, em qualquer hipótese. Mas a dosimetria da pena compreende a análise do elemento subjetivo.

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) **do faturamento bruto do último exercício anterior** ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

Obs: Este dispositivo consagra o princípio da proporcionalidade das penas e sua individualização à conduta do agente.

Poderia ser superior ao valor do dano? Sim, a Lei 8429/1992 já prevê pena de ressarcimento, cumulada com multas e outras penas.

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

Obs: Somente decisão judicial, por sentença – veja parágrafo 5º adiante.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com **as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações**.

Obs: Novamente o princípio da proporcionalidade e individualização das penas.

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

Obs: Obviamente após a observância de devido processo legal, no qual deve ser assegurado o amplo E PRÉVIO direito de defesa.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Obs: Parece instituir uma pena mínima.

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

§ 6º (VETADO).

Art. 7º Serão **levados em consideração** na aplicação das sanções:

- I - a gravidade da infração;
- II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- III - a consumação ou não da infração;
- IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;
- V - o efeito negativo produzido pela infração;
- VI - a situação econômica do infrator;
- VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

Obs: A última atenuante parece sugerir a delação premiada (que é, em minha opinião, “balela” jurídica – Lembre-se que o Marcos Valério entregou “todos” e recebeu a pena mais severa!!!)

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

Obs: OU seja, se a empresa tem um código de ética interno (regulamentos de boas práticas corporativas, treinamentos que consagram princípios e ações de honestidade e moralidade, E SE RESTAR PROVADO QUE o empregado, gerente ou sócio praticou ato ilícito À REVELIA da empresa, este código será “considerado” para o dimensionamento da pena da empresa.

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

X - (VETADO).

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

Obs: Não haveria necessidade de regulamento, pois estes critérios serão ponderados, caso a caso, pela autoridade administrativa ou pelo juiz da causa.

CAPÍTULO IV DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO

Art. 8º A **instauração** e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica **cabem à autoridade máxima de cada órgão** ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

Obs: Ótima medida, porque evita eventual retaliação do escalão inferior da administração (ex: fiscalização).

§ 1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação.

§ 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

Art. 9º Competem à Controladoria-Geral da União - CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no Artigo 4 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Art. 10. O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis.

§ 1º O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, poderá requerer as medidas judiciais

necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.

§ 2º A comissão poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação.

§ 3º A comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas.

§ 4º O prazo previsto no § 3º poderá ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora.

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

Art. 12. O processo administrativo, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade instauradora, na forma do art. 10, para julgamento.

Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a **aplicação imediata** das sanções estabelecidas nesta Lei.

Obs: desde que garantida a defesa prévia do acusado.

Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada **com abuso do direito** para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para **provocar confusão patrimonial**, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos **seus administradores e sócios com poderes de administração**, observados o contraditório e a ampla defesa.

Obs. Veja que este dispositivo prevê a imputabilidade somente às pessoas com poderes de gestão.

Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.

CAPÍTULO V DO ACORDO DE LENIÊNCIA

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

- I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e
- II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

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

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

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

III - a pessoa jurídica **admita sua participação no ilícito** e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Obs: Sinceramente, não acredito que este acordo se consistirá em uma conduta padrão. Penso que, na maioria dos casos, este acordo poderá representar um suicídio jurídico! Em casos excepcionalíssimos TALVEZ este acordo tenha algum proveito.

Além do mais, a confissão, no acordo de leniência, não inibe a atuação do Ministério Público na esfera cível e criminal. “art. 18 - Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial” – “art. 20 - Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.”

Este acordo também poderá ser considerado como prova de confissão para os crimes previstos na lei de improbidade (Lei 8.429/92), lei de licitações (8.666/93), ação popular, crimes de lavagem de dinheiro, crimes contra a ordem econômica, código penal, etc.

Melhor se valer das atenuantes previstas nesta lei e na Lei 8.429/92.

Esta conduta, portanto, dependerá de uma avaliação criteriosa diante de cada caso concreto.

O acordo de leniência ficará anotado no cadastro nacional de que trata o art. 22, até o cumprimento integral do acordo ou pelo prazo de vigência da pena (§ 5º, do art. 22).

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

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

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

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

Obs: Esta redação parece induzir uma “responsabilidade solidária” das empresas que compõem o grupo econômico. Esta “presunção” jamais seria absoluta. Carece de prova de administração comum e confusão patrimonial.

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

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

Obs: Parece-me uma contradição inarredável, que se prestará ao Ministério Público para uma ação penal. Acrescente-se que “Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial” art. 18 – “Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.” Art. 20.

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

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

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Obs: Portanto, a possibilidade, na prática, de funcionar no âmbito federal é remota, diante da atuação policialesca deste órgão de fiscalização.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de

junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

Obs: Este acordo, no âmbito da administração, PARA INCIDENTES DE MENOR GRAVIDADE, pode funcionar. Dependerá das circunstâncias do caso concreto, considerando as evidências da irregularidade.

CAPÍTULO VI DA RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL

Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

Obs: Como fica o acordo de leniência? Se prestará como prova atenuante ou agravante?
Esta responsabilidade será imputada pelo Ministério Público ou em ação popular?

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

Obs: Estas penas serão cabíveis em casos excepcionalíssimos, na forma preconizada no § 1º, COMPROVADA A FRAUDE (DOLO) OU CONFUSÃO PATRIMONIAL.

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

Obs: Estas penas somente serão aplicadas se comprovada a FRAUDE, com dolo específico.

§ 2º (VETADO).

§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, **do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado**, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

Obs: A Lei 8429/92 já prevê o sequestro de bens.

Art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

Art. 21. Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.

CAPÍTULO VII DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o **Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP**, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei.

Obs: Devem anotar também os acordos de leniência (ver. §3º).

§ 1º Os órgãos e entidades referidos no caput **deverão informar e manter atualizados**, no Cnep, os dados relativos às sanções por eles aplicadas.

§ 2º O Cnep conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas:

I - razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;

II - tipo de sanção; e

III - data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.

§ 3º As autoridades competentes, para celebrarem acordos de leniência previstos nesta Lei, também deverão prestar e manter atualizadas no Cnep, após a efetivação do respectivo acordo, as informações acerca do acordo de leniência celebrado, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo.

§ 4º Caso a pessoa jurídica não cumpra os termos do acordo de leniência, além das informações previstas no § 3º, deverá ser incluída no Cnep referência ao respectivo descumprimento.

§ 5º Os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora.

Art. 23. Os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos arts. 87 e 88 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 24. A multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.

Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Parágrafo único. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

Obs: A prescrição das punições pecuniárias e restrição de direitos já era de cinco anos. A Constituição Federal prevê a imprescritibilidade da obrigação de ressarcimento de danos à Administração Pública (art. 37, § 5º).

Art. 26. A pessoa jurídica será representada no processo administrativo na forma do seu estatuto ou contrato social.

§ 1º As sociedades sem personalidade jurídica serão representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens.

§ 2º A pessoa jurídica estrangeira será representada pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil.

Art. 27. A autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas nesta Lei, não adotar providências para a apuração dos fatos será responsabilizada penal, civil e administrativamente nos termos da legislação específica aplicável.

Art. 28. Esta Lei aplica-se aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior.

Art. 29. O disposto nesta Lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica.

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Art. 31. Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 1º de agosto de 2013; 192º da Independência e 125º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Luís Inácio Lucena Adams

Jorge Hage Sobrinho

Este texto não substitui o publicado no DOU de 2.8.2013

Obs: Jurisprudência consolidada antes da publicação da Lei 12.846/2013:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11 DA LEI 8.429/92). ELEMENTO SUBJETIVO. REQUISITO INDISPENSÁVEL PARA CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PACIFICAÇÃO DO TEMA NAS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO DESTA CORTE SUPERIOR. SÚMULA 168/STJ. PRECEDENTES DO STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO CONHECIDOS.

1. Os embargos de divergência constituem recurso que tem por finalidade exclusiva a uniformização da jurisprudência interna desta Corte Superior, cabível nos casos em que, embora a situação fática dos julgados seja a mesma, há dissídio jurídico na interpretação da legislação aplicável à espécie entre as Turmas que compõem a Seção.

É um recurso estritamente limitado à análise dessa divergência jurisprudencial, não se prestando a revisar o julgado embargado, a fim de aferir a justiça ou injustiça do entendimento manifestado, tampouco a examinar correção de regra técnica de conhecimento.

2. O tema central do presente recurso está limitado à análise da necessidade da presença de elemento subjetivo para a configuração de ato de improbidade administrativa por violação de princípios da Administração Pública, previsto no art. 11 da Lei 8.429/92. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois a Primeira Turma entendia ser indispensável a demonstração de conduta dolosa para a tipificação do referido ato de improbidade administrativa, enquanto a Segunda Turma exigia para a configuração a mera violação dos princípios da Administração Pública, independentemente da existência do elemento subjetivo.

3. Entretanto, no julgamento do REsp 765.212/AC (Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23.6.2010), a Segunda Turma modificou o seu entendimento, no mesmo sentido da orientação da Primeira Turma, a fim de afastar a possibilidade de responsabilidade objetiva para a configuração de ato de improbidade administrativa.

4. Assim, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, para a configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, é necessária a presença de conduta dolosa, não sendo admitida a atribuição de responsabilidade objetiva em sede de improbidade administrativa.

5. Ademais, também restou consolidada a orientação de que somente a modalidade dolosa é comum a todos os tipos de improbidade administrativa, especificamente os atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º), causem prejuízo ao erário (art. 10) e atentem contra os princípios da administração pública (art. 11), e que a modalidade culposa somente incide por ato que cause lesão ao erário (art. 10 da LIA).

6. Sobre o tema, os seguintes precedentes desta Corte Superior: REsp 909.446/RN, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 22.4.2010; REsp 1.107.840/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 13.4.2010; REsp 997.564/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 25.3.2010; REsp 816.193/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21.10.2009; REsp 891.408/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 11.02.2009; REsp 658.415/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 3.8.2006. No mesmo sentido, as decisões monocráticas dos demais integrantes da Primeira Seção: Ag 1.272.677/RS, Rel. Herman Benjamin, DJe de 7.5.2010; REsp 1.176.642/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 29.3.2010; Resp 1.183921/MS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 19.3.2010.

7. Portanto, atualmente, não existe divergência entre as Turmas de Direito Público desta Corte Superior sobre o tema, o que atrai a incidência da Súmula 168/STJ: "Não cabem

embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".

8. Embargos de divergência não conhecidos.

(EREsp 875163 / RS, EMBARGOS DE DIVERGENCIA EM RECURSO ESPECIAL 2009/0242997-0, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 30/06/2010).

Leia mais: <http://jus.com.br/artigos/17340/a-imprescritibilidade-da-acao-de-ressarcimento-em-decorrencia-da-pratica-de-ato-ilicito-que-causa-prejuizo-ao-erario-por-improbidade-administrativa#ixzz2chyCN6WR>

Jurisprudência – Plenário do TCU

1. Os orçamentos de licitações em obras e serviços de engenharia devem considerar a desoneração instituída pela Lei 12.844/13, que possibilita a redução de custos previdenciários das empresas de construção civil, caracterizando sobrepreço a fixação de valores em contrato que desconsidere tal dedução.

Levantamento de Auditoria realizado nas obras de reforma e ampliação do terminal de passageiros do Aeroporto Salgado Filho, em Porto Alegre/RS, apontara, dentre outras irregularidades, "*sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado*". No caso concreto, o orçamento da licitação não considerara a desoneração instituída pela Lei 12.844/13, que, ao alterar o art. 7º da Lei 12.546/11 permite a redução dos custos previdenciários das empresas de construção civil nas obras

de construção de edifícios, de instalações prediais, de acabamento e outros serviços especializados de construção. O relator anotou que a desoneração "*impacta diretamente e significativamente nos encargos sociais sobre a mão de obra, aplicável ao objeto da presente contratação. São 20% a menos a serem aplicados sobre os custos de todos os operários. Ao mesmo tempo, como medida compensatória, deve-se incluir 2% sobre o lucro bruto relativo à Contribuição Previdenciária sobre a Renda Bruta (CPRB), a ser incluída diretamente no BDI*". Ressaltou ainda que "*a não consideração dessa novidade em matéria tributária ensejou um sobrepreço em toda a mão de obra do empreendimento*". Considerando que a Infraero, ao tomar conhecimento da irregularidade, republicou o edital, bem como aplicou a desoneração estabelecida pela Lei 12.546/11, o Tribunal, acolhendo proposta do relator, decidiu, em relação ao ponto, notificar a empresa da impropriedade relativa à "*inobservância, à época da elaboração do orçamento da obra, da Lei 12.844/2013, que alterou o art. 7º da Lei 12.546/2011 – a impactar nos custos das empresas da construção civil nas áreas de construção de edifícios; instalações elétricas, hidráulicas e outras instalações em construções; obras de acabamento e outros serviços especializados de construção – especificamente quanto à desoneração do INSS nos encargos sociais sobre a mão de obra e quanto à criação da Contribuição Previdenciária sobre a Renda Bruta (CPRB), a onerar o BDI em 2%*". **Acórdão 2293/2013-Plenário, TC 017.124/2013-1, relator Ministro Valmir Campelo, 28.8.2013.**

Jurisprudência – Plenário do TCU

6. É irregular o uso da modalidade pregão para a licitação de obra, que, nos termos da Lei 8.666/93, é toda “construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação”, independentemente dos materiais nela empregados ou de eventual mobilidade do objeto a ser executado.

Representação relativa à contratação, com recursos federais, de Unidades Modulares de Assistência à Cidadania com Portabilidade, realizada pela Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, apontara, dentre outras irregularidade, "*o uso de modalidade inadequada – pregão eletrônico – para contratação de obra*". Realizadas as oitivas regimentais após a concessão de medida cautelar, a Secretaria de Saúde alegou que o objeto contratado refere-se a fornecimento de bens "*em face da sua 'mobilidade', característica esta incompatível com a execução de obra*". O Relator rebateu, destacando que "*o material a ser empregado nessas construções – painéis metálicos pré-fabricados – delas não retira a condição de obra de engenharia, porque a edificação, espécie do gênero obra, não se desnatura em razão dos materiais utilizados*". Destacou que "*a Lei de licitações e contratos*

administrativos não leva em consideração os materiais empregados na obra para conceituá-la. Obra, nos termos da Lei, é 'toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta' (art. 6º, inciso I, da Lei 8.666/1993)". Ainda em relação ao objeto contratado, destacou que a produção dos painéis metálicos nas instalações da contratada "é também qualificada como obra, porque o legislador incluiu a 'fabricação' como espécie do gênero obra". Acrescentou que a fabricação desses materiais é obra acessória à obra principal (construção dos prédios) e que o edital da licitação exigiu "a prestação de serviços de engenharia indissociáveis às obras de edificação". Por fim, anotou que "eventual operação de desmontagem e remontagem do prédio, em local diverso, dele não retiraria a condição de imóvel, tampouco afasta a conclusão de que a incorporação dessas unidades modulares ao solo é obtida por meio de construção, de obra de engenharia". Considerando que o objeto não se ajusta ao conceito de compra, mas ao de contratação de obra, o Tribunal, acolhendo a proposta do relator, considerou a representação procedente e emitiu determinações corretivas aos agentes envolvidos. [Acórdão 2470/2013-Plenário](#), TC 015.707/2013-0, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 11.9.2013