



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador ALOYSIO NUNES FERREIRA

PARECER N° , DE 2014

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado n° 192, de 2012, do Senador Sérgio Souza, que *modifica os arts. 78, 79 e 92 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, para determinar a imediata rescisão do contrato no caso de haver fundados indícios do envolvimento ou utilização da contratada em atividades relacionadas ao crime organizado ou a outro tipo de atividade criminosa, e dá outras providências.*

RELATOR: Senador ALOYSIO NUNES FERREIRA

I – RELATÓRIO

Vem ao exame desta Comissão o Projeto de Lei do Senado (PLS) n° 192, de 2012, de autoria do Senador Sérgio Souza, que modifica os arts. 78, 79 e 92 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, que *regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, para determinar a imediata rescisão do contrato no caso de haver fundados indícios do envolvimento ou utilização da contratada em atividades relacionadas ao crime organizado ou a outro tipo de atividade criminosa, e dá outras providências.*



SF/14682.63334-58



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador ALOYSIO NUNES FERREIRA

O projeto cria nova hipótese de rescisão de contratos administrativos. A Administração deverá pôr fim à avença sempre que existirem *fundados indícios do envolvimento ou utilização da contratada, por meio de seus controladores, administradores, diretores ou gerentes, em atividades relacionadas ao crime organizado ou a outro tipo de atividade criminosa*. Quando for necessário dar continuidade ao objeto do contrato, a Administração deverá, nos termos do art. 24, XI, da Lei nº 8.666, de 1993, convocar o segundo colocado na licitação que deu origem ao contrato rescindido, ou promover novo certame, do qual não poderá participar a pessoa que teve o contrato rescindido, a pessoa que eventualmente tenha incorporado aquela ou que seja resultado de fusão ou cisão envolvendo a pessoa jurídica que teve o contrato rescindido.

Ademais, o projeto submete o agente público que deixar de rescindir o contrato administrativo na nova hipótese anteriormente descrita às mesmas sanções penais estabelecidas para quem pratica fraudes ou irregularidades na execução de contratos administrativos, previstas no art. 92 da Lei nº 8.666, de 1993 (detenção, de dois a quatro anos, e multa).

Na justificação, o autor assinala que o Poder Público *não pode ser obrigado a manter relacionamento com uma empresa claramente envolvida com o crime organizado, que não mais faz jus à sua confiança, apenas por força da necessidade de cumprir o contrato*. Observa que a aplicação da pena de declaração de inidoneidade a empresa faltosa somente atinge novos contratos, não se projetando sobre os contratos já celebrados e em execução. Por fim, lança crítica à aquisição, por outras empresas, do controle societário daquelas punidas pela Administração Pública, situação em que as “carteiras de contratos” das empresas sancionadas são adquiridas, configurando, na visão do autor, *um beneplácito para quem agiu ao arrepio da lei*.

Não foram apresentadas emendas à proposição.



SF/14682.63334-58



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador ALOYSIO NUNES FERREIRA

II – ANÁLISE

Compete a esta Comissão, nos termos dos arts. 91, I, e 101, II, g, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF), decidir terminativamente sobre o projeto, que veicula normas gerais de contratação pública.

Conforme o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, a edição de normas gerais sobre licitações e contratos constitui competência legislativa privativa da União. Proposições sobre esse assunto não se submetem à reserva de iniciativa conferida pelo art. 61, § 1º, ao Presidente da República.

O projeto em exame não apresenta vícios de juridicidade ou de técnica legislativa. Entendemos, porém, haver razões de constitucionalidade e mérito recomendando sua rejeição.

O PLS obriga a Administração a rescindir contrato administrativo sempre que houver fundados indícios de envolvimento ou utilização da contratada em atividades relacionadas ao crime organizado ou outro tipo de atividade criminosa. Com isso, confere um amplo poder-dever ao agente público para pôr fim a avenças com base apenas em “fundados indícios”. Não condiciona a rescisão sequer a um reconhecimento judicial da existência de tais indícios. Caberá à própria Administração realizar esse juízo, algo que o projeto trata como um dever do agente, cujo descumprimento configurará crime.

A previsão é draconiana, pois praticamente obriga o administrador a adotar a medida à vista do menor indício, para se resguardar de um futuro processo penal. Não bastasse isso, a norma que se pretende introduzir na Lei, dada a subjetividade que caracterizará sua aplicação, abrirá espaço para condutas imorais e desonestas do administrador público, que poderá utilizar a nova prerrogativa como instrumento de chantagem contra empresas contratadas, a fim de obter delas vantagens ilícitas.





SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador ALOYSIO NUNES FERREIRA

O projeto subverte a lógica que preside a persecução penal, ao permitir à Administração Pública se antecipe ao Poder Judiciário e implemente medidas que nem mesmo àquele Poder seria dado adotar com base apenas em indícios. Em sede de juízo cautelar, feito à luz de elementos indiciários, até se poderia conceber uma determinação judicial no sentido de suspender a execução do contrato, mas não de rescindi-lo ou de declarar a nulidade de atos administrativos relacionados à sua celebração e execução.

Acrescente-se a isso a largueza com que a nova hipótese de rescisão é concebida. Além da referência ao crime organizado (referência que, para ser mais correta, deveria ser ao crime de organização criminosa, previsto na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013), a determinação para que o contrato seja rescindido valerá no caso de envolvimento da empresa em quaisquer outros tipos de atividade criminosa. Poderíamos cogitar, por exemplo, de crimes ambientais, tributários ou mesmo outros com menor potencial ofensivo. E o liame requerido para a caracterização da hipótese pressupõe um envolvimento da empresa em atividades relacionadas à prática delituosa. Sequer se exige que a empresa seja utilizada para a prática do crime, mas apenas para atividades que guardem alguma relação com ela.

A respeito da responsabilização de pessoas jurídicas por atos ilícitos, devemos recordar que o Congresso Nacional aprovou recentemente a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que estabelece diversas punições para empresas utilizadas na prática de atos contra a administração pública. As sanções podem chegar até à dissolução da pessoa jurídica, por decisão judicial. Mas é necessário que haja processo judicial, no qual sejam apurados os fatos, e a responsabilização se dá pela efetiva prática dos atos lesivos, não por envolvimento com atividades relacionadas a tais atos. A mesma Lei prevê punições aplicáveis às empresas pela Administração Pública, que consistem em multa e na publicação extraordinária da decisão condenatória. Igualmente pressupõe uma decisão final, em processo (administrativo) no qual sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.





SENADO FEDERAL

Gabinete do Senador ALOYSIO NUNES FERREIRA

Ao observar que a legislação pátria não admite a rescisão de contrato celebrado com empresa que tenha sido punida com a declaração de inidoneidade, o autor do PLS labora equívoco. É certo que essa penalidade, prevista no art. 87, IV, da Lei nº 8.666, de 1993, tem como efeito vedar que a empresa participe de futuras licitações ou venha a celebrar contratos com a Administração. Sem embargo, como já teve oportunidade de pontuar o Superior Tribunal de Justiça, *a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 e 80 da Lei nº 8.666/93* (Mandado de Segurança nº 14.002, DJe de 06.11.2009). No mesmo sentido pode ser citado Acórdão nº 1.340/2011, do Plenário do Tribunal de Contas da União (DOU de 01.06.2011).

O art. 55, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993, estabelece, como uma das cláusulas essenciais aos contratos administrativos, a que prevê a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. E uma das causas autorizadas da rescisão do contrato pela Administração é justamente o não cumprimento das cláusulas contratuais, nos termos do art. 78, I, da Lei. Assim, a Administração contratante não está impedida de rescindir a avença celebrada com empresa que venha a ser declarada inidônea, já que a declaração de inidoneidade inabilita o sancionado de participar em licitações e celebrar contratos administrativos. Nem sempre, porém, a rescisão dos contratos já celebrados atenderá ao interesse público. Com efeito, consoante já decidiu o TCU, *dependendo da natureza dos serviços pactuados, que em algumas situações não podem sofrer solução de continuidade, não seria vantajoso para a administração rescindir contratos cuja execução estivesse adequada para celebrar contratos emergenciais, no geral mais onerosos e com nível de prestação de serviços diverso, qualitativamente, daquele que seria obtido no regular procedimento licitatório* (Acórdão nº 3.002/2010 – Plenário, DOU de 12.11.2010).



SF/14682.63334-58



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador ALOYSIO NUNES FERREIRA

Ora, se nem mesmo a rescisão dos contratos vigentes de empresa que tenha sido declarada inidônea deve obrigatoriamente ocorrer, também não se pode criar uma presunção legal de que a mudança de controle societário da empresa constitua uma fraude. É importante frisar que a Administração dispõe de poderes para restringir alterações societárias da empresa, enquanto vigorar o contrato. Em seu art. 87, VI, a Lei nº 8.666, de 1993, inclusive qualifica como motivo para rescisão contratual a subcontratação total ou parcial do objeto da avença, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, *não admitidas no edital e no contrato*. Assim, a legislação já confere à Administração Pública instrumentos para coibir práticas suspeitas ou claramente fraudulentas no âmbito da estrutura societária das empresas contratadas.

Por fim, cumpre registrar que, no Direito Comparado, restrições a que empresas envolvidas em práticas criminosas venham a travar relações contratuais com o Poder Público são aplicadas pela Administração após haver o reconhecimento judicial, normalmente com trânsito em julgado, da ocorrência do crime. Nesse sentido, podemos citar: o art. 60, n. 1, *a*, da *Ley de Contratos del Sector Público*, da Espanha; o art. 55º, *i*, do Código de Contratos Públicos, de Portugal; o art. 8º da *Ordonnance* de 6 de junho de 2005, na França; a Subparte 9.406 da *Federal Acquisition Regulation*, nos Estados Unidos.

Em suma, a despeito dos nobres propósitos de seu autor, a proposição se nos afigura incompatível com a Constituição, por ofensa aos princípios da proporcionalidade e do devido processo legal.



SF/14682.63334-58



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador ALOYSIO NUNES FERREIRA

III – VOTO

Ante o exposto, o voto é pela rejeição do Projeto de Lei do Senado nº 192, de 2012, nos termos do art. 133, II, do Regimento Interno do Senado Federal.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator



SF/14682.63334-58