

PROIBIÇÕES DISCIPLINARES

- **Participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;**

Lei 8.112/1990.

Art. 117. Ao servidor é proibido:

X - Participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;

Ao servidor público federal é proibido atuar como gerente ou administrador de sociedade privada ou exercer o comércio, observadas as exceções legalmente admitidas. À luz do referido dispositivo, apontam-se dois objetos que são protegidos por esta norma:

- a) a dedicação e compromisso do servidor para com o serviço público; e
- b) a prevenção de potenciais conflitos de interesse entre os poderes inerentes ao cargo público e o patrimônio particular dos servidores, já que em muitas ocasiões poderá haver influência positiva do Poder Público na atividade empresarial (nomenclatura utilizada para fins didáticos).

Impende observar que a vedação prevista no aludido dispositivo pode ser segmentada em duas partes: (i) participação como gerente ou administrador em sociedade privada, personificada ou não e (ii) exercer o comércio.

Primeiramente, cumpre-nos esclarecer a abrangência dada pelo Código Civil à definição de pessoa jurídica de direito privado, nos termos do art. 44:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações. IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003) V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003) VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011)

Isto posto, passemos à análise da primeira parte do inciso.

Ao se referir à participação em sociedades, a Lei nº 8.112/90 afasta, por ora, a aplicabilidade do dispositivo à atuação empresária individual prevista no inciso VI, art. 44, do Código Civil.

As sociedades, por sua vez, são aquelas pessoas jurídicas constituídas a partir de um contrato no qual os participantes se obrigam reciprocamente “a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica”, partilhando os resultados entre si.

As sociedades podem ser empresárias ou simples, conforme a atividade que desenvolvem. São consideradas empresárias aquelas que exercem “profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, e simples as demais, inclusive aquelas dedicadas ao exercício de “profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa” (art. 966, parágrafo único, do Código Civil).

Sociedades personificadas são aquelas cujos atos constitutivos (contrato social) estão inscritos no registro próprio e na forma da lei (art. 985 do Código Civil), sendo que as sociedades empresárias devem registrar seus atos constitutivos no Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e as sociedades simples no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (arts. 985 e 1.150 do Código Civil).

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.

As sociedades não personificadas são aquelas que não tiveram seus atos constitutivos inscritos no registro próprio, isto é, não possuem personalidade jurídica própria. Assim, são reguladas por contrato ou acordo firmado entre seus sócios, razão pela qual o ajuste torna-se não oponível a terceiros.

Regem-se pelas regras dispostas nos arts. 986 a 996 do Código Civil, e têm como principal diferença em relação às sociedades personificadas a responsabilização direta de seus sócios pelas dívidas contraídas pela sociedade.

O Código Civil vigente permite a organização da sociedade através de diversos modos, cada qual com regras próprias e consequências distintas para os sócios e as demais pessoas que se relacionam com a sociedade. Para este estudo, basta saber que todas estas formas de organização das sociedades (sociedade em comum, em conta de participação, simples, em nome coletivo, comandita simples, limitada ou anônima), disciplinadas nos arts. 981 a 1.112 do Código Civil, estão abrangidas na expressão “sociedade privada” do art. 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90, com a única exceção das cooperativas, constituídas para prestar serviços aos seus membros, conforme parágrafo único, inciso I, deste dispositivo.

Importante ressaltar que não estando abrangidas entre os conceitos legais de sociedade, a participação dos servidores na gerência ou administração de associações, fundações, organizações religiosas ou partidos políticos não é vedada por este dispositivo.

De outro lado, o dispositivo não veda a participação do servidor em contrato de sociedade, à medida em que a proibição se dirige ao agente público que atua na administração ou gerência de sociedade – seja de fato ou de direito.

Assim, figurar como sócio em contrato social não configura, por si só, a infração disciplinar. É preciso verificar se o servidor participa da sociedade como gerente ou administrador. Da mesma forma, o simples fato de o servidor constar do contrato do social como mero sócio cotista, acionista ou comanditário, como consta da parte final do inciso X do art. 117, não afasta por completo a possibilidade do enquadramento, em especial quando há indícios de que o servidor atua na administração ou gerência da sociedade (participação de fato).

É o caso do servidor que, não constando do quadro social, ou constando apenas como sócio, se utiliza de um sócio-gerente ou administrador meramente formal, normalmente seu parente próximo, atuando o servidor de maneira oculta como o verdadeiro gestor da sociedade.

Sem a pretensão de uma conceituação rigorosa, administrador é aquele designado pelo contrato social ou outro ato societário com amplos poderes de coordenação e mando das atividades societárias; gerente, por sua vez, é o empregado da sociedade contratado para gerir os negócios, comprando insumos, contratando e dispensando mão de obra, assinando contratos etc.

Portanto, não basta que o servidor, na qualidade de sócio ou acionista, participe das reuniões ou assembleias societárias, ou ainda fiscalize as atividades da sociedade, que são poderes intrínsecos à qualidade de participante do contrato de sociedade.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. NULIDADE DE PROCESSO DISCIPLINAR NÃO CONFIGURADA. REQUISITOS DA PORTARIA INSTAURADORA DA COMISSÃO E DO PAD. ATENDIMENTO. ELEMENTOS BALIZADORES DO ATO ADMINISTRATIVO NÃO DESCONSTITUÍDOS. PENALIDADE DE DEMISSÃO MANTIDA. (...) 4. O servidor demitido do serviço público não apresentou elementos de convicção que o eximisse da responsabilidade de infringir proibição de participar de gerência e administração de sociedade privada (art. 117, X, da Lei nº 8.112/90). 5. Para a configuração da infração não é necessário que o servidor figure de direito no contrato social, estatuto ou perante órgãos tributários. O enquadramento é, precipuamente, fático e não apenas de direito. Havendo prática de atos gerenciais ou de administração por parte do servidor, configura-se a vedação legal. E no caso, a prova é farta neste sentido. 6. Não comprovada qualquer ilegalidade ou desvio de finalidade do ato administrativo que impôs a pena de demissão do serviço público à autora, uma vez que os elementos balizadores da decisão administrativa que gerou a Portaria de demissão não foram desconstituídos no processo judicial e não houve qualquer irregularidade no procedimento instaurado administrativamente. 7. Apelação a que se

nega provimento. (grifou-se) (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC nº 266/BA. Relatora: Desembargadora Ângela Catão, publicado em 14/9/2012)

Deste modo, ainda que o servidor esteja designado no contrato social como sócio-gerente ou administrador, cumpre comprovar efetivamente os atos de gerência e administração para que o servidor seja responsabilizado. Pois, por diversas vezes, observa-se a manutenção do servidor no contrato social da empresa na qualidade de administrador ou gerente, função esta não exercida pelo agente público efetivamente.

Neste sentido, é oportuna a transcrição do Enunciado nº 9 da CGU:

ILÍCITO SÓCIO-GERÊNCIA – ATUAÇÃO FÁTICA E REITERADA. Para restar configurada a infração disciplinar capitulada no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112/90, é preciso que o servidor, necessariamente, tenha atuado de fato e de forma reiterada como gerente ou administrador de sociedade privada. Enunciado CGU nº 9, publicado no DOU de 16/11/2015, seção 1, página 41

Convém ressaltar que a apuração da comissão abrange fatos pretéritos, isto é, o colegiado deve averiguar se o servidor realizou os atos de gerência e administração após sua nomeação ao cargo público, porquanto a infração não alcance momento anterior à posse na função incompatível.

Vale citar também entendimento segundo o qual um ou poucos atos de gestão não configuram a infração em comento, tendo em vista a interpretação que se extrai da palavra “participar de gerência ou administração de sociedade privada”. Neste sentido:

Parecer-PGFN/CJU/CED nº 1.237/2009 (...)

148. É interessante notar que os verbos típicos que compõem a proibição administrativo disciplinar, “participar” e “exercer”, no âmbito penal estão normalmente identificados àquilo que a doutrina e a jurisprudência qualificam como crime habitual, o qual é caracterizado por abalizada doutrina com os seguintes contornos: (...)

152. No caso da proibição administrativo-disciplinar em análise - embora a imprevisível realidade social possa eventualmente demonstrar o contrário - pode-se dizer que, ao menos em regra, um ato único ou mesmo os atos dispersos e esporádicos de gestão, distribuídos ao longo de cinco anos, dificilmente atingiriam de maneira especialmente grave a regularidade do serviço e a indisponibilidade do serviço público, legitimando a aplicação da última ratio no âmbito administrativo.

Com o fim de oferecer diretrizes sobre a aplicação do art. 117, inciso X, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão editou a Portaria Normativa nº 6, de 15 de junho de 2018, que dispõe:

Art. 3º A caracterização do exercício de gerência ou administração de sociedade privada exige: I - que a sociedade privada, personificada ou não, esteja em atividade, ainda que irregularmente; e II - que exista atividade efetiva, direta, habitual e com poder de mando do servidor como gerente ou administrador da sociedade privada. Art. 4º Ao servidor público que estiver em gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 da Lei nº 8.112, de 1990, não se aplica a vedação de participação em gerência

ou administração de sociedade privada, personificada ou não, observada a legislação sobre conflito de interesses. Art. 5º Não se considera exercício de gerência ou administração de sociedade privada: I - a participação em sociedade privada, personificada ou não, na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; II - a participação em fundação, cooperativa ou associação; III - a inscrição do servidor no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ; IV - a mera indicação de servidor como sócio administrador em contrato social; V - a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada; VI - a constituição de pessoa jurídica para objetivos específicos, desconectados da atividade de empresa em sentido estrito e sem a caracterização de atos de administração ou gerência; e VII - as demais hipóteses indicadas no art. 117, parágrafo único, I e II, da Lei nº. 8.112, de 1990. [...] Art. 7º O disposto nesta Portaria Normativa não exime a autoridade competente de, verificados indícios de irregularidade, promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, observado o disposto no art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, e demais normas especiais.

Além da já citada exceção de o servidor poder participar de cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros e das hipóteses arroladas no art. 5º da Portaria Normativa nº 6/2018 do MP, o parágrafo único do art. 117 também excepciona as situações em que o servidor participa dos “conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social”, ou quando o servidor participa da gerência ou administração de sociedade comercial ou exerce o comércio quando em “gozo de licença para o trato de interesses particulares”, na forma do art. 91 desta lei, observada a legislação sobre conflito de interesses (Lei nº 12.813/13).

Lei nº 8.112/90 Art. 117. (...) Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos: I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses.

A temática do conflito de interesses retornará quando for tratado o enquadramento em improbidade administrativa. Porém, em razão do comando legal ora em apreço, já são cabíveis alguns comentários sobre seus reflexos para fins disciplinares.

Segundo o art. 3º, I, da Lei nº 12.813/13, considera-se conflito de interesse “a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública”, sendo que o diploma legal dispensa a ocorrência de lesão ao patrimônio público, tal como a percepção de qualquer vantagem pelo agente público ou terceiro para configuração do conflito de interesses.

O art. 5º, parágrafo único, do mesmo normativo, prevê que, para os ocupantes de cargos indicados no art. 2º, as situações de conflito podem se configurar ainda que “em gozo de licença ou período de afastamento”. Eventual mau uso da autorização para a prática de atos privativos de administrador e gerente durante a licença pode importar na capitulação descrita neste inciso.

A propósito da análise do conflito de interesses, é forçoso destacar que, sob o prisma daquele normativo, o servidor que faça parte de sociedade cujo objeto social conflite com o interesse público incorre em infração disciplinar, mesmo que não necessariamente na prevista neste inciso.

É possível que o agente público tente se utilizar da legitimidade conferida pela lei aos acionistas, cotistas e comanditários com o intuito de burlar a proibição insculpida na legislação estatutária e manter sociedade cujo interesse privado seja diretamente conflitante com o público.

Acrescente-se, ainda, o cuidado a ser tomado pelos colegiados diante de situações nas quais pessoas próximas ao servidor são por ele utilizadas na composição de sociedades com objeto social incompatível com as atribuições de seu cargo a fim de afastar o conflito de interesses.

A teor do exposto, importante destacar que cumpre à comissão buscar elementos comprobatórios do envolvimento do sócio servidor na atividade da empresa – especialmente quando somente ele possui qualificação técnica para desenvolver o objeto social –, objetivando comprovar o exercício indireto da atividade pelo agente público.

Nessas hipóteses, porém, não há se falar em configuração de violação da proibição prevista no inciso X do art. 117, porquanto não se trate de atuação como administrador ou gerente. Assim, caracterizado evidente conflito de interesses, mediado pela atuação indireta em sociedade empresária, a comissão pode ponderar pela capitulação do ato ilícito a depender da gravidade da afronta ao interesse público causado pelo exercício da atividade privada.

Como se observa, a comissão deve analisar minuciosamente as provas produzidas em sede de inquérito a fim de delinear a natureza da atividade exercida pelo servidor e em que medida ela é incompatível com o munus público.

O dispositivo em comento proíbe ainda que o servidor atue no comércio, ainda que diretamente, ou seja, sem o intermédio de uma sociedade. A Lei nº 11.784/08 perdeu a oportunidade de, ao modificar a redação do art. 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90, atualizar a terminologia à luz do Código Civil de 2002. Isto porque, no atual diploma de Direito Privado, não se faz uso mais do conceito de ato de comércio, tendo este sido englobado na ideia de atividade empresarial.

Conforme visto linhas acima, empresário é todo aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (art. 966 do Código Civil). Assim, a Lei nº 8.112/90, através do art. 117, inciso X, ao proibir que o agente público exerça atos de comércio, está vedando que todo servidor exerça atividade empresarial, ainda que de forma individual.

Quanto a esta proibição, são aplicáveis as ressalvas e observações feitas em relação à gerência ou administração de sociedade, isto é, é necessário que se comprove o efetivo exercício do ato de comércio, não bastando o mero registro do servidor como empresário individual, e bem assim deve-se afastar a incidência do dispositivo quando se tratar de um ato único ou poucos atos esporádicos.

Por fim, de acordo com o Código Civil de 2002, a atividade rural pode ser exercida de forma empresarial ou não, conforme detenha ou não as características comuns às atividades empresariais, não tendo o Código excluído esta do regramento comum às demais formas atividades econômicas.

Desta forma, atuando o servidor como gerente ou administrador de sociedade dedicada à atividade rural, ou exercendo o servidor diretamente a atividade, de forma profissional e organizada, visando a produção ou circulação de bens ou serviços, incide na proibição do art. 117, inciso X.