

Revista da

CCGU

ISSN 1981-674X

Outubro/2010

ANO V - Nº 8

Controladoria-Geral da União

**CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR**



Controladoria-Geral da União

Revista da CGU

**CONTROLADORIA-GERAL
DA UNIÃO / PR**

Brasília, DF
Outubro /2010

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU
SAS, Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro
70070-905 - Brasília /DF
cgu@cgu.gov.br

Jorge Hage Sobrinho
Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União

Luiz Navarro de Britto Filho
Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

Valdir Agapito Teixeira
Secretário Federal de Controle Interno

Eliana Pinto
Ouvidora-Geral da União

Marcelo Neves da Rocha
Corregedor-Geral da União

Mário Vinícius Claussen Spinelli
Secretário de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas

A Revista da CGU é editada pela Controladoria-Geral da União.

Tiragem: 1.500 exemplares

Diagramação e arte: Assessoria de Comunicação Social da CGU

Distribuição gratuita da versão impressa

Disponível também no site www.cgu.gov.br

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte.
O conteúdo e as opiniões dos artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores e não expressam, necessariamente, as opiniões da Controladoria-Geral da União.

Revista da CGU / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano V, nº 8, Outubro/2010. Brasília: CGU, 2010.

120 p. Coletânea de artigos.

1.Prevenção e Combate da corrupção. I. Controladoria-Geral da União.

ISSN 1981- 674X
CDD 352.17

S umário

Nota do editor.....5

Artigos

A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar.....8

Alexandro Mariano Pastore e Márcio de Aguiar Ribeiro

Medidas cautelares no processo administrativo sancionador: uma análise da possibilidade de suspensão cautelar do direito de uma pessoa licitar e contratar com a Administração Pública.....20

Luiz Henrique Pandolfi Miranda

Técnicas de mineração de dados como apoio às auditorias governamentais.....28

Carlos Vinícius Sarmiento Silva e Henrique Aparecido da Rocha

Eficiência, proporcionalidade e escolha do procedimento disciplinar.....40

Carlos Higino Ribeiro de Alencar

Utilização de pregão nas contratações de obras e serviços de engenharia.....49

Lucimar Cezar Fernandes Silva

Auditoria de TI: proposta de modelo de implementação de auditoria de tecnologia da informação no âmbito da Secretaria Federal de Controle.....	60
--	----

Maíra Hanashiro

Corrupção na Administração Pública e crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores.....	70
--	----

Paulo Roberto de Araújo Ramos

Legislação

Atos normativos.....	88
Legislação em destaque.....	91

Jurisprudência

Julgados recentes do TCU - Acórdãos.....	96
Julgados recentes de tribunais – Acórdãos.....	98

Medidas cautelares no processo administrativo sancionador: uma análise da possibilidade de suspensão cautelar do direito de uma pessoa licitar e contratar com a Administração Pública

Luiz Henrique Pandolfi Miranda, bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Corregedor Setorial dos Ministérios da Ciência e Tecnologia e das Comunicações da CGU.

1. Introdução

Entre os instrumentos de combate à corrupção e à malversação de recursos postos à disposição da Administração Pública, destacam-se aqueles voltados para afastar licitantes e contratados pelo Estado que agiram com desonestidade nessas relações, sanções que cumprem a dupla função de evitar novos ilícitos praticados por esses agentes – que ficam impossibilitados de contratar com a Administração – e de punir exemplarmente os infratores.

Dispõe o art. 86 da Lei nº 8.666/93 que, pela inexecução total ou parcial do contrato, a Administração poderá aplicar ao contratado as sanções de advertência; multa; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar; e declaração de inido-

neidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Ainda de acordo com o referido diploma legal, as sanções de suspensão temporária de licitar e contratar e a declaração de inidoneidade são aplicáveis aos licitantes e contratados que praticarem fraude fiscal ou cometerem atos ilícitos com o objetivo de frustrar os objetivos da licitação, ou que demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração (art. 87).

Disposição semelhante contém a Lei nº 10.520/2002, que prevê a pena de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública ao licitante ou contratado que cometer graves irregularidades no curso da licitação ou na execução do contrato (art. 7.º).

A despeito de configurar medida restritiva que encontra fundamento no exercício do Poder Disciplinar, decorrente de uma especial relação de sujeição existente entre a Administração e o administrado, a aplicação de tais sanções demanda prévio processo administrativo em que seja assegurado ao suposto infrator os direitos à ampla defesa e ao contraditório, conforme expressa dicção do art. 5.º, inciso LV, da Constituição Federal.

Sobre o Poder Disciplinar e sua distinção do Poder de Polícia, vale a citação de Hely Lopes Meirelles:

“Poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar definitiva ou transitoriamente.

[...]

Poder de polícia é a faculdade que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozos de bens, atividades e direitos individuais em benefício da coletividade ou do próprio Estado [...] fundado na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas norma de ordem pública [...].”

A própria Lei nº 8.666/93, aliás, prevê a garantia de prévia defesa ao con-

Poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração.

tratado para a aplicação das sanções arroladas em seu art. 87.

Não obstante a previsão, não há, na Lei nº 8.666/93, a descrição dos procedimentos a serem adotados pela Administração para a aplicação das penalidades aos licitantes e contratados, omissão que se mostra mais evidente naqueles processos instaurados para apuração de ilícitos complexos, que envolvam a produção de provas que vão além da documentação já disponível no processo licitatório ou do procedimento de acompanhamento da execução contratual.

Com o advento da Lei nº 9.784/99, não restam dúvidas quanto à aplicabilidade das regras ali contidas ao processo administrativo instaurado para aplicação de sanções a licitantes e contratados pela Administração Pública, uma vez que seu art. 69 prevê expressamente a aplicação subsidiária dos preceitos dessa lei aos processos administrativos específicos regidos por outros diplomas normativos.

Assentadas essas premissas, pretende-se analisar a aplicabilidade do art. 45 da Lei nº 9.784/99 aos processos instaurados pela Administração Pública para a aplicação das penalidades previstas nos

arts. 87, inciso III e IV, da Lei nº 8.666/93, e 7.º da Lei nº 10.520/2002 – isto é, se o Estado pode suspender cautelarmente o direito de uma pessoa de participar de licitação e contratar com a Administração Pública antes do término do processo administrativo instaurado para apurar a suposta conduta ilícita.

Ademais, objetiva este trabalho investigar perfunctoriamente os limites e a extensão em que a medida pode ser adotada à luz do direito que todas as pessoas possuem de só serem privadas de seu patrimônio e sua liberdade após o devido processo legal, em que lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa (art. 5.º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal).

2. Da medida cautelar em processo administrativo sancionador

Em alguns casos, a Administração Pública tem-se deparado com provas robustas do cometimento de fraudes por licitantes ou contratadas, oriundas sobretudo de operações policiais, que abalam de forma profunda a relação fornecedor/cliente que existia entre a Administração e aquela pessoa, que muitas vezes se estende a diversos contratos e licitações em curso.

Sem um instrumento de coibir, ainda que temporariamente, a participação daquela empresa em processos licitatórios, em muitos casos a Administração pode ficar impedida de adquirir produtos ou serviços essenciais ao seu funcionamento, sobretudo se a empresa suspeita continuar vencendo novas licitações perante a Administração antes

do término do regular processo de declaração de inidoneidade ou de suspensão/impedimento de licitar.

Nesse ponto é que se mostra importante a avaliação quanto à possibilidade de a Administração, cautelarmente, nos termos do art. 45 da Lei nº 9.784/99, impedir a pessoa suspeita de participar de licitações e contratar com a Administração, até o fim do trâmite regular do processo administrativo instaurado.

Dispõe o art. 45 da Lei nº 9.784/99 que, “em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado”.

Tal previsão não representa afronta às garantias constitucionais dos administrados à ampla defesa e ao contraditório, porquanto, em muitas situações, a Administração agiria ao arrepio das normas e dos princípios previstos na Constituição Federal, caso tivesse de aguardar o desfecho do processo administrativo para aplicar determinadas medidas restritivas à liberdade e ao patrimônio dos administrados, necessárias para resguardar o interesse público de risco iminente.

Cumprе transcrever trecho da lição de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari sobre a questão:

“Excepcionalmente, em caso de perigo público iminente (por exemplo: um surto epidêmico, calamidade pública, comoção interna grave, risco iminente para a vida e a saúde das pessoas ou para bens e interesses especialmente protegidos) po-

deria haver uma atuação cautelar instantânea. A regra geral, porém, é a supremacia irrestrita da Constituição, da interpretação conforme a Constituição. A competência conferida pela lei deve ser exercida em consonância com a Constituição.”

De partida, porém, pode-se vislumbrar dois requisitos essenciais para a adoção de medida cautelar em processo administrativo: a configuração de risco iminente e a motivação, que engloba a necessidade de demonstrar existirem indícios suficientes que amparem a adoção da medida até a devida apuração dos fatos (Idem, p. 150).

Repete-se, pois, a consagrada fórmula das medidas cautelares judiciais, que exigem a demonstração do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, ou seja, de indícios suficientes que demonstrem a verossimilhança das alegações do interessado e do risco iminente para o direito deste, que não pode aguardar a conclusão do processo principal, conforme lição da doutrina:

“Os provimentos cautelares fundam-se na hipótese de um futuro provimento definitivo favorável ao autor (fumus boni juris): verificando-se cumulativamente esse pressuposto e o do periculum in mora, o provimento cautelar opera em regime de urgência, como instrumento provisório sem o qual o definitivo poderia ficar frustrado em seus efeitos.”

Além desses requisitos, a medida cautelar não deve ultrapassar restrições estritamente necessárias para resguardar o interesse público do risco a que

está exposto, isto é, o art. 45 da Lei nº 9.784/99 não se presta a antecipar a sanção a ser cominada ao fim do processo, que pode ter uma natureza estritamente punitiva, como é o caso da pena de multa.

Isso não significa que a medida cautelar no processo administrativo não pode se assemelhar à penalidade que eventualmente será aplicada ao final do processo, uma vez que algumas dessas sanções têm também um caráter de proteção do interesse público, como ocorre justamente com a pena de suspensão ou impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública.

3. Da aplicação do art. 45 da Lei nº 9.784/99 ao caso em análise

Como se demonstrou, havendo risco iminente, e desde que estejam previstos elementos de convicção suficientes para um convencimento prévio da Administração Pública acerca dos elementos fáticos, a Administração pode adotar medidas acauteladoras do interesse público, sem prévia manifestação do interessado, que devem se limitar ao necessário para resguardar o bem tutelado.

Também conforme dito, as penalidades previstas nos arts. 87 da Lei nº 8.666/93 e 7.º da Lei nº 10.520/2002 demandam regular processo administrativo para serem aplicadas. Não obstante, é inegável que, muitas vezes, oferecer ampla defesa e contraditório aos investigados demanda tempo incompatível com o dinamismo que a Administração Pública precisa empregar para garantir o correto funcionamento do aparato estatal.

Assim, a despeito de a doutrina e a jurisprudência silenciarem sobre o assunto, defende-se que, ao se deparar com provas robustas do cometimento de graves ilícitos por parte de licitantes e contratados, a Administração tem o direito de afastar cautelarmente essa pessoa de novas licitações e contratos, até o término de processo administrativo instaurado ou em vias de ser instaurado para aplicação das sanções previstas nos arts. 87 da Lei nº 8.666/93 e 7.º da Lei nº 10.520/2002, sob pena de colocar em risco o funcionamento de seus serviços, mormente quando se tratar de contratações essenciais para o desempenho do órgão ou da entidade.

Conforme expressa dicção do art. 45 da Lei nº 9.784/99, a medida pode ser adotada “sem a prévia manifestação do interessado”; nada obsta, entretanto, que seja adotada após a instauração e a notificação do administrado, o que se considera inclusive desejável, como forma de evitar possíveis erros que a manifestação do interessado poderia chamar à atenção.

Tratando-se de medida cautelar, contudo, deve-se atentar para os limites e condições que a circunscreva apenas ao resguardo do interesse público em risco.

Nesse sentido, primeiramente cabe indagar quanto ao prazo máximo que a Administração Pública pode suspender cautelarmente uma pessoa de licitar e contratar. É que o Estado não pode se aproveitar de sua própria demora para concluir o processo administrativo e manter os direitos do suspeito indefinidamente suspensos.

As penalidades previstas nos arts. 87 da Lei nº 8.666/93 e 7.º da Lei nº 10.520/2002 importam restrição ao direito de licitar e contratar com a

Administração Pública por um período de 2 a 5 anos, sem contar a pena de declaração de inidoneidade, que perdura enquanto permanecerem “os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo” de 2 anos (art. 87, inciso IV).

Nesse sentido, de início não se pode conceber que a Administração Pública suspenda cautelarmente o direito de contratar e licitar de uma pessoa por um período maior que 2 anos, no caso das modalidades de licitações previstas na Lei nº 8.666/93, e 5 anos, no caso do pregão, porquanto essa medida representaria uma restrição maior que aquela que será eventualmente imposta quando do término do processo.

De outro lado, a suspensão cautelar, porque não representa uma sanção, deve possuir limites bem mais estreitos que aqueles previstos para a penalidade propriamente dita. Assim é que, na falta de um dispositivo legal explícito sobre a matéria, cumpre ao intérprete recorrer-se das formas de integração do sistema jurídico, dentre as quais ressalta a analogia.

Tratando-se de medida cautelar, contudo, deve-se atentar para os limites e condições que a circunscreva apenas ao resguardo do interesse público em risco.

No âmbito federal, a Lei nº 8.112/90, na parte que disciplina o processo administrativo disciplinar aplicável ao servidor público que cometeu infração disciplinar, prevê a hipótese do afastamento cautelar do funcionário, no curso do processo, “como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade” (art. 147), pelo prazo máximo de 60 dias, prorrogáveis por igual período, “findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo”.

Como se trata de hipóteses semelhantes, ambas adotadas em processo administrativo disciplinar, ou seja, em processos administrativos sancionadores em que há uma especial relação de sujeição entre a Administração Pública e o suposto infrator, advoga-se sua aplicação para o caso da medida cautelar que determina a suspensão dos direitos de uma pessoa de licitar e contratar com o Estado, isso no âmbito federal.

Outra questão que ressurgiu da adoção da medida cautelar de suspensão de licitar e contratar com a Administração Pública advém da falta de definição quanto à abrangência da restrição, se engloba todos os entes da Administração Pública, ou apenas o órgão que adotou a medida. E mais, uma medida adotada pelo Poder Executivo Federal vincula os demais poderes? Ou, ainda, a medida adotada por um dos membros de Federação repercute nos demais?

Uma interpretação literal da Lei nº 8.666/93 autoriza a conclusão de que a declaração de inidoneidade por um órgão surte efeitos em toda a “administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios,

abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas” (arts. 6.º, inciso XI), uma vez que a lei assim conceitua a expressão Administração Pública, utilizada no art. 87, inciso IV, que prevê a referida penalidade.

Como o art. 87 da Lei nº 8.666/93 prevê uma graduação de penas, e seu inciso III (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração) constitui uma sanção menos grave em relação à declaração de inidoneidade, buscou a doutrina diferenciar as referidas penalidades, apontando que a palavra Administração, utilizada no inciso III, abrangeria tão somente o próprio órgão em que a pena foi imposta.

Não foi essa, porém, a visão do Superior Tribunal de Justiça no julgado abaixo transcrito:

“ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - SUSPENSÃO TEMPORÁRIA - DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA - LEGALIDADE - LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras. - A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções,

para melhor atender ao bem comum. - A limitação dos efeitos da "suspensão de participação de licitação" não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública."

A despeito da indefinição da matéria, inclusive para os fins da aplicação das penas previstas nos arts. 87 da Lei nº 8.666/93 e 7.º da Lei nº 10.520/2002, entende-se que a medida cautelar adotada só produz efeitos nos órgãos ou entidades que estejam sob o poder hierárquico da autoridade que a adotou, a não ser que haja previsão legal específica que permita a extrapolação desse limite.

Nesse caso, uma decisão adotada por um Ministro de Estado só produz efeitos internamente àquela Pasta, a não ser que os demais ministros, aproveitando-se dos indícios já colhidos pelo primeiro, adotem internamente a mesma medida cautelar. Uma decisão do Presidente da República ou de a quem a lei ou um decreto presidencial delegar essa função, vincula todos os órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal.

Pelas mesmas razões, crê-se que não há repercussão de uma decisão adotada em um dos Poderes da República em relação aos demais, nem de um membro de Federal em relação aos outros.

Outra questão interessante que se coloca é no que tange ao desconto do período em que foi suspenso o direito de licitar e contratar com a Administração em relação a tempo de eventual pena aplicada, como ocorre no Direito Penal, em que

"computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória" (art. 42 do Código Penal), sendo ali chamada de detração.

A fim de que o Estado não abuse de seu poder-dever de punir, utilizando-se da medida cautelar como um aumento de pena não previsto em lei, advoga-se a aplicação da detração no âmbito das medidas cautelares em processo administrativo, reduzindo-se, portanto, o período da suspensão cautelar do direito de licitar e contratar da pena eventualmente aplicada ao final do processo, o que deve restar explícito na decisão que julgar esse procedimento.

Vale lembrar que a detração só surtirá efeitos em relação ao órgão ou entidade que adotou a medida cautelar. Sendo assim, se a pena aplicada ao final do processo surtir efeitos em outros órgãos e entidades, em relação a estes o punido terá de cumprir integralmente o período estipulado na decisão do processo.

Por fim, importa reconhecer que, em caso de a medida cautelar causar prejuízos ao interessado, comprovando-se ao final do processo que não houve a prática dos atos ilícitos cujos indícios ensejaram a restrição, abre-se discussão quanto à necessidade de a Administração ser civilmente responsabilizada por seus atos.

Os limites deste trabalho impendem uma discussão mais aprofundada do tema, porém desde já é possível deixar registrado que a hipótese se delimita à disciplina da responsabilidade extracontratual do Estado, cuja tese dominante é de que o art. 37, § 6.º, da Constituição Federal impõe a responsabilidade objetiva ao Estado pelo seus atos que causem

prejuízos a terceiros, isto é, independentemente de dolo ou culpa.

Assim é que, sempre que houver a adoção de uma medida cautelar restritiva do direito de uma pessoa licitar e contratar com a Administração Pública, o Estado estará obrigado a reparar os danos porventura causados, se, ao final do processo, se concluir pela não aplicação da penalidade.

Não se olvide, entretanto, que, em caso de culpa concorrente do sujeito que sofreu o dano, há atenuação da responsabilidade da Administração.

Assim, se o órgão ou entidade que adotou a medida notifica o interessado da medida cautelar e este permanece inerte em defender-se da acusação, ou defende-se de forma precária, há culpa concorrente do administrado, que não pode alegar prejuízo por eventuais restrições sofridas durante o período em que podia demonstrar sua inocência e não o fez, mantendo a Administração em erro.

Conclusão

O art. 45 da Lei nº 9.784/99 prevê a possibilidade de a Administração Pública adotar medidas cautelares, antes mesmo de ouvir o interessado, a fim de resguardar risco iminente a interesse público.

Desde que haja elementos de convicção suficientes para embasar a decisão, que se traduz em indícios relevantes da prática do ato ilícito, a Administração Pública pode suspender cautelarmente uma pessoa de licitar e contratar com o poder público, a fim de resguardar as contratações que deverá fazer no curso

do processo administrativo instaurado para apurar as supostas faltas cometidas pelo administrado.

A medida restritiva, contudo, deve ser limitada a resguardar o interesse coletivo, razão pela qual não pode ultrapassar prazo hábil razoável para a conclusão do processo, tampouco produzir os mesmos efeitos das penas que porventura venham a ser aplicadas, restringindo-se ao órgão que adotou a medida, que posteriormente deverá subtrair esse período daquele fixado na sanção, além de poder dar ensejo à responsabilidade civil do Estado se a restrição se mostrar incabível.

Referências Bibliográficas

- (1) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 35. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 126, 133 e 135.
- (2) FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 147 e 150.
- (3) DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 341.
- (4) MENEZES, Alex Pereira. Incidência dos efeitos da suspensão temporária e da declaração de inidoneidade em licitações públicas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2124, 25/04/2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12697>>. Acesso em: 10 out. 2009.
- (5) REsp 151567/RJ, Rel. Ministro Francisco Peça Martins, 25/02/2003, Diário de Justiça, 14/04/2003, p. 208.
- (6) RE 109.615/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 28/05/1996, Diário de Justiça, 02/08/1996, p. 25785.
- (7) AI 636.814-AgR/DF, Rel. Min. Eros Grau, 22/05/2007, Diário de Justiça, 15/06/2007, p. 39.