

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

Nota do editor

Caro leitor,

A oitava edição da Revista da CGU conta com sete artigos inéditos escritos por colaboradores externos ou por servidores da casa que debatem, analisam ou sugerem medidas de aperfeiçoamento dos métodos e sistemas de controle e estratégias de prevenção e combate à corrupção. Nesta publicação, o leitor encontrará textos técnicos, posições doutrinárias, além de análises sobre políticas anticorrupção.

Entre os artigos desta edição, está o “A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar”. Por meio desse trabalho, os autores expõem análises sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no âmbito do processo administrativo disciplinar, em especial destacando as fases processuais em que o postulado normativo se apresenta com mais intensidade. Trata também da análise das controvérsias correlatas ao tema, tais como conceito e peculiaridades do enquadramento administrativo, parâmetros de dosimetria da pena, pareceres vinculantes da Advocacia-Geral da União e recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Na mesma linha correicional, está o artigo “Eficiência, proporcionalidade e escolha do procedimento disciplinar”, que busca explicitar que, a fim de atender aos princípios da proporcionalidade e eficiência, deve o gestor público escolher o procedimento que mais se adequa à gravidade da situação tratada.

No artigo de Luiz Henrique Pandolfi Miranda, o leitor poderá fazer uma reflexão sobre o uso de medidas cautelares no processo administrativo sancionador, analisando em que casos tais medidas podem e devem ser tomadas, bem como em que grau devem ser tomadas para atender o interesse público e não ferir os direitos fundamentais da pessoa atingida.

Interessante também é o tema tratado pelos autores Carlos Vinícius Sarmiento Silva e Henrique Aparecido da Rocha, que demonstram a eficiência da técnica de mineração em bancos de dados no apoio às auditorias governamentais.

Também ligado ao tema “Tecnologia da Informação”, o artigo “Auditoria de TI – proposta de modelo de implementação de auditoria de Tecnologia da Informação no âmbito da Secretaria Federal de Controle” traz como estudo de caso a Secretaria Federal de Controle e a proposta de criação de uma unidade de auditoria de TI no âmbito desta Secretaria.

Por fim o leitor ainda terá a oportunidade de analisar a utilização da modalidade “Pregão” de licitação para contratação de obras e serviços de engenharia, bem como razões e fatores estratégicos que contribuem para a prática de atos de corrupção na Administração Pública e sua relação, na condição de antecedentes, com os crimes de lavagem de dinheiro.

Além dos artigos, o leitor pode ampliar e enriquecer seus conhecimentos com a legislação em destaque, a saber, o Decreto nº 7.203, de 4 de junho de 2010, que dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da Administração Pública Federal.

Esperamos que a Revista da CGU continue sendo um instrumento de troca de experiências e fomento às diversas discussões acerca do fenômeno da corrupção, e, assim, possa contribuir para o aperfeiçoamento das atividades de prevenção e combate à corrupção no Brasil.

**Boa leitura!
Os editores**

*A*rtigos

A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar

Alexandro Mariano Pastore, bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, advogado, Analista de Finanças e Controle da CGU, lotado na Corregedoria Setorial do Ministério da Fazenda

Márcio de Aguiar Ribeiro, bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia, advogado, Analista de Finanças e Controle da CGU, lotado na Corregedoria Setorial do Ministério da Fazenda

Resumo

O presente artigo tem por finalidade expor análise sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar, em especial destacando as fases processuais em que o postulado normativo se apresenta com mais intensidade. Para tanto, realizar-se-á breve incursão sobre a Teoria dos Princípios, identificando a grande mudança de paradigmas ocorrida no âmbito do mundo jurídico e a repercussão de tal mudança na doutrina e na jurisprudência que se debruçam sobre o Direito Disciplinar. Será, também, objeto do presente trabalho a análise das controvérsias correlatas ao tema, tais como conceito e peculiaridades do enquadramento administrativo, parâmetros de dosimetria da pena, pareceres vinculantes da Advocacia-Geral da União e recente decisão do Superior Tribunal de Justiça.

1. Introdução

O presente texto tem por finalidade tecer sucinta análise sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no curso do Processo Administrativo Disciplinar, dispensando especial atenção à forma em que ele se desenvolve e aos momentos oportunos da sua aplicação, em consideração às peculiaridades do processo disciplinar e a sua legislação de regência.

A atualidade do tema proposto justifica-se pelas profundas alterações ocorridas no âmago da Teoria do Direito, que, por meio de novos marcos, determinaram a superação do positivismo jurídico, trazendo para o centro das discussões a juridicidade dos princípios jurídicos, uma vez que as Constituições contemporâneas consagraram a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o

qual se estruturou o arcabouço jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Além das repercussões existentes no plano teórico, o tema abordado guarda especial relevância para as atividades correcionais desenvolvidas no âmbito da Administração Pública, bem como para as atividades jurisdicionais que têm por objeto o controle dos atos administrativos punitivos.

A atualidade do tema proposto justifica-se pelas profundas alterações ocorridas no âmago da Teoria do Direito, que, por meio de novos marcos, determinaram a superação do positivismo jurídico, trazendo para o centro das discussões a juridicidade dos princípios jurídicos, uma vez que as Constituições contemporâneas consagraram a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se estruturou o arcabouço jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Nesse sentido, o recorte temático do presente trabalho se debruçará sobre as discussões que envolvem o caráter vinculado da aplicação das penalidades capitais, nos casos previstos no artigo 132 da lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, matéria que já foi objeto de pareceres vinculantes da Advocacia-Geral da União.

A título de exemplo, vale mencionar recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (Mandado de Segurança nº 13.523-DF), pelo qual foi declarada a ilegalidade dos pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia Geral da União, sob o entendimento de que a compulsoriedade da aplicação da pena de demissão, no caso das infrações previstas no artigo 132 da lei nº 8.112/90, contraria o disposto no artigo 128 do mesmo diploma estatutário, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Sendo assim, ao longo deste artigo, será defendido o argumento da plena aplicação do princípio da proporcionalidade, demonstrando-se, todavia, como as peculiaridades existentes no curso do processo disciplinar irão repercutir na forma como a norma principal será aplicada.

2. Breve contextualização sobre a Teoria dos Princípios

Para melhor entendimento do tema proposto, torna-se necessária uma concisa abordagem sobre a mudança de paradigmas ocorrida no âmbito da doutrina e jurisprudência, que se desapegam, cada vez mais, do conceito de legalidade estrita, para consagrar a

juridicidade dos princípios, ou seja, o reconhecimento de que eles, uma vez constitucionalizados, constituem-se chave de todo sistema normativo.

Antes, no entanto, convém percorrer brevemente o campo fecundo em que se desenvolveu a Teoria dos Princípios: o Neoconstitucionalismo.

Luiz Roberto Barroso¹ aponta que o Neoconstitucionalismo se arregimentou sobre três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico.

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra. No Brasil foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela insuflou.

No plano filosófico, destaca-se a corrente pós-positivista, que busca ir além da legalidade estrita (a decadência do positivismo está associada à derrota dos regimes fascistas e nazistas, que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade), empreendendo uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas e sem desprezar o direito posto. Possuem abrigo nesse paradigma a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras.

No plano teórico, três grandes transformações delinearam a nova aplicação desse ramo do direito: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da sua jurisdição e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

A juridicidade dos princípios, por sua vez, desenvolveu-se por meio de três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Segundo Paulo Bonavides², na fase jusnaturalista, os princípios habitavam esfera por inteiro abstrata, e a sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrastava com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça. Apesar de dispensar relevância aos princípios, seus fundamentos teóricos se encontravam arraigados em um discurso predominantemente metafísico.

A segunda fase da teorização dos princípios é a positivista, momento em que os princípios passam a encontrar guarida nos Códigos Civis como mera fonte normativa subsidiária, ou seja, eles têm por finalidade garantir o reinado absoluto da lei, e sua aplicação se restringe a suprir as lacunas legais: o princípio em função da lei.

Sobre o tema, Bonavides³ leciona que o *“juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”*.

A terceira fase, capitaneada, entre outros, por John Rawls, Ronald Dworkin e Robert Alexy, é a do pós-positivismo, que corresponde às atividades constituintes das últimas décadas do século XX, cujas constituições promulgadas aclamam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em baliza normativa dos novos sistemas constitucionais.

É nesse momento que se consolida a doutrina da normatividade dos princípios, segundo a qual os princípios são normas, as quais compreendem igualmente os princípios e as regras. Chega-se à máxima de que o princípio atua normativamente; é parte jurídica e dogmática do sistema de normas, é ponto de partida para o desdobramento judicial de um problema.

Quanto à diferenciação entre princípios e regras, pode-se afirmar que as regras possuem generalidade que se traduz na situação de ser ela fixada para um número indeterminado de fatos e atos; no entanto, a sua aplicação cinge-se a uma determinada e específica situação jurídica, o que traduz, dessa forma, uma aplicação hermética. Em outras palavras, a interpretação e a aplicação de regras partem de uma adequada verificação da subsunção do fato concreto à hipótese prescrita.

Os princípios, ao contrário das regras, não contêm diretamente ordens, mas apenas fundamentos, critérios para justificação de uma ordem; não possuem eles próprios uma ordem vinculada estabelecida de maneira direta, se-

Os princípios funcionariam como fundamentos jurídicos para as decisões. Ainda que com caráter normativo, não possuiriam a qualidade de normas de comportamento, dada a sua falta de determinação.

não apenas fundamentos para que essa seja determinada. Os princípios funcionariam como fundamentos jurídicos para as decisões. Ainda que com caráter normativo, não possuiriam a qualidade de normas de comportamento, dada a sua falta de determinação.

Humberto Ávila⁴, destacando a lição de Alexy, informa o momento em que a distinção entre regras e princípios desponta com mais nitidez: quando da comparação entre a colisão de princípios com o conflito de regras.

Para o notável doutrinador alemão, um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra, ou pelo menos se uma das regras for declarada nula. Juridicamente, segundo ele, o conflito é sempre resolvido no plano da validade: a norma vale ou não vale.

Com a colisão de princípios, a solução apresenta-se de maneira totalmente distinta. A colisão não se resolve com a determinação da retirada imediata de um princípio em relação a outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. O conflito de regras resolve-se na dimensão da validade; a colisão de princípios, na dimensão do valor.

Diante das considerações acima, percebe-se que os princípios, no âmbito da doutrina e jurisprudência contemporâneas, alcançaram o cume do ordenamento

jurídico, fornecendo para o sistema parâmetros interpretativos que poderão implicar a adaptação da leitura da norma infraconstitucional, para adequá-la ao postulado maior contido no princípio, ou, se tal adequação for impossível, até mesmo levar à necessidade de afastamento da regra legal por sua incompatibilidade com o mandamento superior.

3. Do princípio da proporcionalidade

O fundamento maior do princípio da proporcionalidade é a necessidade de controle dos atos estatais abusivos, seja qual for a sua natureza. O fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos poderes representativos do Estado. Significa, segundo Carvalho Filho⁵, que o *“Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido”*.

O fundamento maior do princípio da proporcionalidade é a necessidade de controle dos atos estatais abusivos, seja qual for a sua natureza.

Afirma Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, seguindo ensinamento de J.J. Canotilho, que o princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Extraí-se das lições do mestre português que o princípio da adequação impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à persecução dos fins a ele subjacentes; o princípio da necessidade (ou da menor ingerência possível) coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível; e o princípio da proporcionalidade estrita expressa o sentido de justa medida, ou seja, meios e fins são equacionados perante um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim colimado.

Apesar de o mencionado princípio não se apresentar de forma expressa e específica no texto constitucional, reconhece-se sua existência como norma implícita da Carta Maior, noção que se infere de outros princípios que lhe são afins, dentre os quais se acentua o princípio da igualdade, do devido processo legal (em sua acepção substantiva), da razoável duração do processo e da apresentação proporcional.

Vale mencionar que o critério de proporcionalidade se transformou em regra jurídica, por força do artigo 2º da lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que impõe à Administração Pública obediência ao mencionado princípio, bem como a observância, no âmbito dos processos administrativos, dos critérios de adequação entre meios e fins, veda-

da a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

No âmbito específico do Processo Administrativo Disciplinar, estipula o artigo 128 da lei nº 8.112/90 que a autoridade competente, no momento de aplicação das penalidades disciplinares, deverá observar a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. Tal disposição legal é reconhecida pela doutrina e jurisprudência como fundamento do princípio da proporcionalidade em matéria disciplinar.

Sobre o tema, aliás, José Armando da Costa⁷ adverte que *“a desobediência ao plano dosimétrico traçado pelas normas disciplinares não apenas afeta a justiça em sua expressão axiológica, como também estiola o finalismo perseguido pelo poder disciplinar, a saber: a normalidade do serviço público”*, concluindo que *“a punição desproporcional não configura apenas afronta de ordem moral, como também desacato à ordem jurídica constituída”*.

Percebe-se, portanto, que o princípio em tela realça o aspecto teleológico da punição disciplinar, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos determinantes, exigindo, ainda, que sejam eles adequados, compatíveis e proporcionais, de modo que o ato punitivo atenda a sua finalidade pública específica. Considerando a sua qualidade de princípio constitucional, bem como seu amparo legal nos diplomas incidentes sobre o processo disciplinar,

conclui-se que tal instrumento normativo possui plena aptidão para acautelar, do arbítrio do poder, os cidadãos que se submetem aos procedimentos correccionais do Estado.

4. Enquadramento administrativo e parâmetros de dosimetria da pena: incidência concreta do princípio da proporcionalidade na seara disciplinar

Para a real compreensão do tema e uma delimitação mais precisa sobre os momentos em que os ditames da proporcionalidade serão efetivamente aplicados, cabe uma análise das peculiaridades existentes na legislação que rege o processo disciplinar, especialmente quanto às especificidades do enquadramento administrativo e às fases processuais que comportam um juízo de ponderação tendente a balizar a aplicação da medida punitiva.

No âmbito do Direito Penal, em razão das peculiaridades que envolvem a sua natureza punitiva – que, em grande parte, recairá sobre o mais precioso bem do cidadão (sua própria liberdade) –, sua dogmática se consolidou em torno do postulado da legalidade estrita e da tipicidade cerrada. Justamente pela possibilidade de que os efeitos da pena venham a incidir sobre o bem mais caro ao homem moderno é que os ilícitos penais são descritos de forma individualizada e precisa, tanto no aspecto objetivo (descrição da conduta), quanto no aspecto subjetivo (seara do ânimo). Requer também a infração penal que haja, entre o tipo penal e a conduta do agente, a quase que absoluta correspondência.

Já o Direito Disciplinar, embora também seja uma sede do direito público punitivo, diferencia-se consideravelmente dos postulados da tutela penal, e, fazendo contraposição ao conceito de tipicidade penal, sua sistemática punitiva se estruturou ao redor do conceito de enquadramento administrativo.

O enquadramento administrativo, ao invés de lançar mão de processo criterioso para a elaboração de tipos cerrados, em que todos os aspectos relevantes da conduta devem estar presentes no texto legal, é elaborado por meio de hipóteses configuradoras de faltas administrativas de conceituação genérica, concebidas propositadamente em termos amplos, para abranger um maior número de casos. É a aplicação no Direito Disciplinar dos conceitos jurídicos indeterminados.

Outro não é o entendimento da Controladoria-Geral da União⁸, ao dispor em seu Manual de Processo Administrativo Disciplinar que, na *“sede disciplinar, não se trata de buscar a única definição legal em que o ato se amolda, mas sim de identificar, dentre algumas definições legais porventura cabíveis, aquela que melhor a conduta se adequa. Um determinado ato irregular em sede administrativa, à vista de diferentes enquadramentos em que a priori ele se encaixa, deve ser enquadrado naquele que melhor o comporta, tendo em vista o fato objetivo e, sobretudo, o ânimo subjetivo do servidor”*.

Essa peculiaridade do enquadramento administrativo propicia campo fértil para a aplicação concreta do princípio da proporcionalidade, uma vez que impõe que o aplicador analise de forma

mais qualificada o caso concreto, em todas as suas particularidades e condicionantes relevantes, antes de enquadrá-lo nas hipóteses generalistas do texto legal.

Considerada tal premissa, analisar-se-á o itinerário procedimental previsto em lei, identificando-se, por conseguinte, em quais momentos processuais ocorrerá a manifestação concreta do princípio da proporcionalidade.

O primeiro momento corresponde à reação da autoridade administrativa que tiver ciência de irregularidade no serviço público. Segundo o artigo 143, *caput*, do Estatuto dos Servidores Públicos, é dever dessa autoridade promover a imediata apuração, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar. Esse momento processual corresponde ao juízo de admissibilidade, análise prévia em que a autoridade competente levanta os elementos acerca da suposta irregularidade e os pondera à vista da necessidade e utilidade de determinar a instauração da sede disciplinar.

Nesse juízo de ponderação, concentra-se a primeira aplicação dos critérios de proporcionalidade, que poderá implicar a escolha do procedimento adequado (se processo disciplinar ou sindicância), ou, até mesmo, o arquivamento sumário da denúncia. *Cabe reconhecer, pois, que o juízo da instauração de medida correccional traz consigo o juízo de proporcionalidade, precário muito embora.*

Superado o juízo de admissibilidade e encerrada a instrução probatória, recai a análise sobre a indicição, correspondente ao segundo momento de análise

da proporcionalidade, que medeia a instrução e o relatório final da comissão. É o instrumento de acusação formal do servidor, refletindo a convicção preliminar da comissão de que ele cometeu a irregularidade apurada. Apesar de ser uma convicção preliminar e, portanto, sujeita a mudanças, a indicição representa uma avaliação madura em torno da culpa do servidor, à luz de todas as provas e fatos reunidos nos autos, depois de devidamente esclarecido o quadro fático, com a realização dos atos processuais instrutórios pertinentes.

A indicição delimitará a matéria fática envolvida no exame da responsabilidade disciplinar do acusado, os fatos considerados infrações funcionais e seu respectivo enquadramento legal, fixando os limites da acusação e da defesa. Percebe-se, portanto, que nessa fase ocorrerá a formalização do primeiro juízo envolvendo o enquadramento administrativo dos fatos apurados, trazendo consigo todas as peculiaridades de sua sistemática que foram elucidadas em linhas pretéritas. Assim, a comissão, diante de determinado ato noticiado irregular, à vista de diferentes enquadramentos em que *a priori* ele se encaixe, deve enquadrá-lo naquele que melhor o comporte, tendo em vista todas as circunstâncias que envolvam o caso, tais como agravantes, atenuantes, antecedentes funcionais, ânimo do servidor, dentre outros. *O que é isso senão a aplicação concreta de um juízo de proporcionalidade?*

O terceiro momento é caracterizado pelo *relatório final* da comissão processante (artigo 165), peça de caráter dialético, em que as provas colhidas durante a instrução (inquérito), embasadoras da indicição, são conjugadas com os

argumentos da defesa escrita ofertada pelo acusado, os quais poderão ser acolhidos ou refutados pela comissão, que deverá se posicionar conclusivamente quanto à inocência ou responsabilidade do servidor acusado.

Nesse íterim procedimental, o juízo de proporcionalidade se apresentará com mais assertividade do que na anterior fase de indicição, afinal trata-se de relatório circunstanciado do que se apurou no processo, contendo, inclusive, exame e apreciação detalhada de todos os argumentos da defesa escrita, demonstrando-se que o acusado teve suas alegações levadas em consideração. Tal feição dialética facilitará a análise e a aplicação dos critérios de proporcionalidade, uma vez que o posicionamento do conselho instrutor poderá ser corroborado com os argumentos esgrimidos pela defesa.

Nessa oportunidade, quando a comissão é legalmente obrigada a enquadrar o fato, faz-se necessário que ela aplique os parâmetros do artigo 128 da lei nº 8.112/90, dispositivo que fundamenta a adequabilidade da punição sugerida, para que a justa medida seja observada no caso concreto.

Aliás, é este o entendimento consagrado pela Controladoria-Geral da União⁹:

"A rigor, os parâmetros do art. 128 da lei nº 8.112, de 11/12/90, atuam apenas de forma horizontal, qualificando a pena para um enquadramento já definido – ou seja, não teriam o condão de desconfigurar o fato ilícito apurado e de atuar verticalmente na definição do enquadramento. Todavia, como aquela lei

contempla degraus de escalonamento de gravidade para fatos similares e vincula a pena a ser aplicada ao enquadramento julgado cabível e esses dois fatores causam natural senso de responsabilidade no aplicador, ninguém melhor que a comissão para, após meses de trabalho, em que travou o diálogo juridicamente aceito com o acusado (levando em consideração todas as ferramentas jurídicas, princípios garantidores de defesa, fatores humanos, praxes administrativas, etc.), em uma construção intelectual informal, adotar estes parâmetros como indicadores de, dentre os enquadramentos possíveis para o fato apurado, qual o mais razoável e qual tem a pena vinculada mais proporcional e nesse rumo concluir o seu relatório.”

Não há dúvidas de que o princípio da proporcionalidade assume, nessa fase processual, relevância de primeira grandeza e aplicabilidade integral.

O quarto momento, clímax da apuração, é o julgamento, em que a autoridade competente decidirá administrativamente entre a inocência e a responsabilidade do servidor e, nessa última hipótese, sugerirá a extensão da pena aplicável, à luz da Lei 8.112/90.

Esse é, sem dúvida, o momento em que o juízo de proporcionalidade se apresenta de forma mais intensa e em que, a depender do exame da autoridade, será o servidor simplesmente ino-centado ou apenado.

Se for apenado, pode a decisão administrativa espelhar a sugestão da co-

missão processante, bem como atenuá-la ou mesmo agravá-la, desde que fundamentadamente.

Nesse momento, a importância do princípio da proporcionalidade aflora em toda a sua dimensão (embora não mais seja do que o desenvolvimento do juízo que se foi formando ao longo da apuração). Julga a autoridade competente com liberdade, limitada pelo acervo probatório coligido durante a fase instrutória. Não se vincula nem à indicição nem ao relatório final da comissão processante (artigo 168, parágrafo único), mas às provas dos autos que valorar.

Após essas considerações, passa-se a enfrentar a situação que ensejou a elaboração deste estudo, qual seja, o aparente conflito entre, de um lado, a obrigatoriedade de aplicação de pena de demissão, tal qual propugnado pela Administração Pública Federal por meio da sua Advocacia, e, de outro, a exigência de dosimetria e proporcionalidade no Direito Disciplinar, tal qual reclamado na doutrina pátria e na recente tendência jurisprudencial trazida à baila na Introdução.

Eis o teor dos assemelhados pareceres da Advocacia Pública Federal postos em cheque:

“PARECER N° GQ-177 (Parecer vinculante, conforme art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10/02/93)

- Ementa: *Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato...”*

“PARECER Nº GQ-183 (Parecer vinculante, conforme art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10/02/93)

- Ementa: *É compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar antevista no art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990.*”

Em relação aos documentos acima, no julgamento do Mandado de Segurança nº 13.523-DF, de relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima, posicionou-se, por unanimidade, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nestes termos:

“São ilegais os Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, segundo os quais, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei 8.112/90, se torna compulsória a aplicação da pena de demissão, porquanto contrariam o disposto no art. 128 da Lei 8.112/90, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade.”

Observa-se que a controvérsia se erige em torno da obrigatoriedade da aplicação de pena de demissão, nos casos em que o julgamento concluir pela responsabilização de servidor com fundamento num dos incisos do artigo 132 da Lei 8.112/90.

Como visto, postam-se a doutrina e os tribunais contrariamente a essa orientação ventilada pela Advocacia-Geral da União, por entendê-la refratária aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Se, por um lado, seguir cegamente os opinativos poderia importar automa-

tismo, esvaziando o juízo que necessariamente integra e caracteriza o processo administrativo disciplinar, por outro, também se pode afirmar que obterem-se de forma acrítica o conteúdo judicial acima equivaleria a relativizar o efetivo exercício do Direito Disciplinar, acarretando punições divergentes para infrações similares, expondo a matéria correcional à insegurança jurídica e a alegações de arbitrariedade.

Nesse passo, importa verificar se estão realmente em testilha os dois entendimentos, ou se seria possível, de alguma forma, lançar luz sobre a questão, buscando conciliá-los.

Nesse sentido, durante o percurso do processo administrativo disciplinar, o juízo de proporcionalidade assoma, pelo menos, em quatro momentos, já comentados, indo desde a fase anterior à instauração (juízo de admissibilidade) até o desfecho processual (julgamento).

Assim, a obrigatoriedade esposada pela Advocacia-Geral da União necessita ser considerada em seu momento processual exato, que é posterior às etapas de aplicação do princípio da proporcionalidade, jamais sucedânea.

Explica-se: a obrigatoriedade de aplicação de pena de demissão, encarada como lei natural definida pela causa (a conduta apurada) e pelo efeito (a punição), só se verificará caso, posteriormente ao juízo de proporcionalidade, a autoridade julgadora se convencer, com base na prova dos autos, de que a conduta sob exame se enquadra num dos incisos do artigo 132 da Lei 8.112/90.

É, pois, necessário insistir: o juízo de proporcionalidade que se insere em todo itinerário processual não fica, nem poderia ficar, afastado pela obrigatoriedade de aplicação de determinada pena em face de certa conduta censurável.

Assim, a incidência do princípio da proporcionalidade e a consequente dosimetria da pena estão presentes na própria determinação do enquadramento (indiciação, relatório final e julgamento) e, uma vez que este corresponda à hipótese de determinada pena, aí sim se mostrará necessária e compulsória a aplicação dessa medida punitiva.

A escolha de determinado enquadramento para dada conduta não é arbitrária, é consequência da valoração dos atos e fatos do caso concreto, a qual deve levar em conta a natureza, a gravidade, o risco ou o prejuízo envolvidos, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Uma vez definido o enquadramento que se amolda com mais perfeição ao caso sob apuração, então compulsória será a aplicação da pena correspondente.

Não obstante, certa fluidez há para aplicação entre as penas de advertência e de suspensão, conforme quer a Lei (arts. 129 e 130 da Lei 8.112/90), bem como para graduação do prazo desta (a suspensão varia de um a noventa dias).

Já a pena de demissão, à semelhança da de advertência, não comporta essa matização (escalonamento em dias) – o que, evidentemente, não significa desprezar, para sua aplicação, a proporcionalidade, a dosimetria, que lhe é antecedente.

A escolha de determinado enquadramento para dada conduta não é arbitrária, é consequência da valoração dos atos e fatos do caso concreto, a qual deve levar em conta a natureza, a gravidade, o risco ou o prejuízo envolvidos, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

É que a demissão, tal qual a advertência, só comporta um juízo absoluto, podendo apenas ser devida a punição ou não (culpado ou inocente).

A pena de suspensão, que é contada em dias e pode ser convertida em multa, é espécie de sanção em que cada circunstância, cada detalhe, por mais insignificante que pareça no conjunto do julgamento, pode influir na sua fixação e, por isso, é a que mais se assemelha à sanção penal.

De outra sorte, como afirmado, são as penas de advertência e demissão, que só admitem ser impostas ou não, não se admitindo gradação ou meio termo.

Conclusão

O Neoconstitucionalismo é o terreno em que se desenvolveu a Teoria dos Princípios, que passaram a ser mais valorizados, mercê do reconhecimento da

sua juridicidade, o que implicou conceituá-los, ao lado das regras, como normas jurídicas.

Dentre os princípios, o da proporcionalidade tem ganhado cada vez mais destaque, decompondo-se em três sub-princípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Convertido em regra pelo artigo 2º da Lei 9.784/99, sua incidência e aplicação devem ser reconhecidas também no Direito Disciplinar, matéria enfrentada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, que, nos autos do mandado de segurança nº 13.523-DF, julgou ilegais os pareceres QG 177 e QG 183, da Advocacia-Geral da União, em razão de suposta afronta ao princípio da proporcionalidade e da individualização da pena (dosimetria).

Os opinativos atacados pela decisão da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça afirmam a obrigatoriedade de aplicação de pena expulsiva para responsabilização de servidores, quando fundamentada em um dos incisos do artigo 132 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Este trabalho buscou demonstrar como os entendimentos aparentemente antagônicos podem ser conciliados, mediante análise mais aprofundada dos momentos e das formas de aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar.

Com isso, evidenciou-se que a orientação da Advocacia Pública, quando bem assimilada, não contraria nem a Lei nem os princípios jurídicos, de modo que o princípio da proporcionalidade

deve ser dividido em pelo menos quatro momentos durante o procedimento disciplinar (previamente à instauração, à indicição, ao relatório final e ao julgamento).

Por fim, considerou-se a natureza das principais penas disciplinares (advertência, suspensão e demissão), apontando a diferença entre a de suspensão e as outras duas, por ser a única delas que admite gradação e fixação em dias, à semelhança da sanção penal tradicional.

Referências Bibliográficas

- (1) BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. 2007.
- (2) BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros Editores. 24ª edição. 2009. p. 259.
- (3) Ob. cit., p. 262
- (4) ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, VI, nº4, 2001.
- (5) CARVALHO FILHO, José dos santos. Manual de Direito Administrativo. Lumen Juris. 19ª Edição. 2008. p. 33.
- (6) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores. 26ª Edição. 2009. p. 111.
- (7) COSTA, José Armando da. Direito Disciplinar: Temas Substantivos e Processuais. Editora Fórum. p. 8.
- (8) Controladoria-Geral da União. Manual de Processo Disciplinar. p. 293.
- (9) Idem, p. 418.

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.

Cumpramos 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.

Técnicas de mineração de dados como apoio às auditorias governamentais

Carlos Vinícius Sarmiento Silva, mestrando e bacharel em Ciência da Computação (UnB), Analista de Finanças e Controle da CGU, lotado na SIINF/DSI/CGU.

Henrique Aparecido da Rocha, mestre em Ciência da Computação (Unicamp), Analista de Finança e Controle e Gerente de Pesquisas estratégicas/DIE/SPCI.

Resumo

O trabalho de auditoria governamental tem sido realizado no âmbito do Poder Executivo Federal pela Controladoria-Geral da União. Várias estratégias são utilizadas visando a prevenção e o combate à corrupção. No entanto, devido ao crescente aumento de informações nos bancos de dados governamentais, a tarefa de exploração desses dados para geração de conhecimento útil na atividade de auditoria se torna cada vez mais árdua. As técnicas de Mineração de Dados, estudadas na área de Inteligência Artificial, têm sido alvo de várias pesquisas por causa de seus bons resultados no processo de descoberta de conhecimento em grandes volumes de dados. Este artigo trata da aplicação de técnicas de Mineração de Dados em um conjunto de dados reais de licitações realizadas pelo Governo Federal. O objetivo é verificar o potencial das técnicas para lidar com conjuntos de dados provenientes dos sistemas de informação do Governo, procurando assim identificar padrões de

interesse que possam subsidiar ações de controle.

1. Introdução

São inquestionáveis a relevância, a importância e o poder da informação na sociedade contemporânea. O elevado número de atividades produtivas que dependem da gestão de fluxos informacionais aliado ao uso intenso das novas tecnologias de informação e comunicação nos introduziu em um novo modelo de organização: a Sociedade da Informação.

E não é diferente com a Administração Pública. Atualmente a maioria dos seus processos é suportada por sistemas computacionais que registram, de forma detalhada, informações sobre programas de governo, finanças, transferências, orçamentos, servidores, diárias, viagens, entre outras.

O SIAFI, por exemplo, registrou mais de um bilhão de transações financeiras

de 24 mil unidades gestoras no ano passado [Portal SIAFI - <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/siafi/index.asp>]. O SIAPE armazena os registros de mais de um milhão de servidores, entre ativos, aposentados e pensionistas [Apresentação SRH/MP - http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/srh/palestras_apre/090600_politica_gestao.pdf]. Nesses registros estão armazenadas informações sobre pagamentos mensais, afastamentos, progressões e diversas outras ocorrências dos assentos funcionais. O mais recente dos chamados sistemas estruturadores, o SICONV, em pouco mais de um ano de funcionamento, já registra cerca de cinco mil convênios celebrados pelo Governo Federal [Portal SICONV - https://www.convenios.gov.br/portal/arquivos/Boletim_Gerencial_SICONV_n2.pdf]. Essa pequena amostra de sistemas utilizados pelo Governo Federal demonstra a dimensão do conjunto de informações disponíveis atualmente em meio eletrônico.

O Controle Interno utiliza os dados provenientes dos sistemas de informação para planejar e executar auditorias e fiscalizações dos recursos públicos. À medida que esses sistemas incorporam mais informações, antes disponíveis apenas em papel, o trabalho executado pelos auditores da CGU tende a apresentar melhores resultados, com menos recursos logísticos. A maior dificuldade, porém, reside em correlacioná-los para gerar informação útil para os auditores. As alternativas atualmente se restringem a consultas aos sistemas em casos pontuais ou preparação de amostras estatísticas que diminuem o universo para um conjunto reduzido de informações, tratável pela capacidade operacional do Órgão.

Entretanto, existem técnicas computacionais que podem auxiliar na tarefa de produzir conhecimento a partir de grandes volumes de dados, como o são as bases de dados governamentais. Técnicas baseadas em inteligência artificial são amplamente utilizadas para esse fim por empresas, para identificar padrões ou informações úteis para seus negócios.

No Brasil temos um exemplo recente de utilização pelo Banco Nossa Caixa. O banco desenvolveu um sistema de prevenção de transações financeiras fraudulentas baseado em redes neurais, outra técnica disponível na matéria de Inteligência Artificial. Esse sistema tem a missão de correlacionar dados provenientes dos canais de atendimento, tipos de transações e locais comumente usados pelos clientes para identificar e interromper transações suspeitas em tempo real [Portal do Governo do Estado de São Paulo - <http://www.sao-paulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=103153>].

Nos Estados Unidos, temos um grande exemplo na esfera pública. Em 2004, o General Accounting Office – órgão de controle externo – realizou pesquisa para identificar as iniciativas de utilização de mineração de dados pelos órgãos do governo federal. Os resultados indicaram a utilização da técnica para uma variedade de propósitos, desde a melhoria dos serviços prestados até a detecção de padrões ou atividades terroristas. A pesquisa alcançou 128 agências federais e revelou que 52 agências utilizavam ou planejavam utilizar mineração de dados. Essas agências juntas reportaram 199 iniciativas, das quais 68 estavam em planejamento, e 131, ope-

racionais [GAO – <http://www.gao.gov/products/GAO-04-548>].

Este artigo demonstra a aplicação da técnica de mineração de dados em um conjunto de dados reais de licitações realizadas pelo Governo Federal. O objetivo é verificar se a técnica tem potencial para lidar com conjuntos de dados provenientes dos sistemas de informação do Governo e capacidade para identificar padrões de interesse que possam subsidiar ações de controle. Os dados apresentados neste artigo foram obtidos como resultado preliminar de pesquisa de mestrado em andamento na Universidade de Brasília, com o apoio da Diretoria de Informações Estratégicas da CGU.

2. Mineração de dados

Para lidar com grandes volumes de informação, a utilização de técnicas de mineração de dados tem-se mostrado de grande valia na obtenção de informações potencialmente úteis. Essas técnicas pertencem a um ramo da Ciência da Computação conhecido como Descoberta de Conhecimento em Base de Dados, ou *Knowledge Discovery in Database* (KDD). Na definição de Frawley et al. (1992), KDD é uma extração não trivial de informações implícitas, previamente desconhecidas e potencialmente úteis de uma base de dados. É por isso que aplicações de técnicas de KDD têm sido vistas em diversas áreas, tanto no campo da pesquisa quanto dos negócios e do governo (Fayyad et al., 1996b).

Segundo Fayyad et al. (1996a), o processo de KDD pode ser definido como o processo não trivial de identificar padrões válidos, originais, potencial-

mente úteis e compreensíveis em determinados bancos de dados. O processo é classificado como não trivial porque envolve decisões que estão além da aplicação das técnicas, como a de definir exatamente o problema que se tem para que assim se possa encontrar um caminho de otimização dos algoritmos de determinado método de mineração de dados. Ainda segundo Fayyad et al. (1996a), o processo de KDD é interativo e iterativo (com muitas decisões tomadas pelo usuário). O processo torna-se iterativo na medida em que os resultados obtidos por meio da mineração de dados fazem pouco ou nenhum sentido, exigindo assim um recalibramento das funções de mineração relacionando a parte interativa do processo na qual se obtém dados que sejam de fato úteis ao negócio.

Segundo Tan et al. (2005), as tarefas de mineração de dados são geralmente divididas em duas categorias principais:

Tarefas Preditivas: têm como objetivo prever o valor de um atributo particular baseado nos valores de outros atributos. O atributo a ser predito é conhecido como *alvo ou variável dependente*, enquanto os atributos usados para fazer a predição são conhecidos como *explicatórios ou variáveis independentes*.

Tarefas Descritivas: têm como objetivo derivar padrões como correlações, tendências, grupos, trajetórias e anomalias, as quais sumarizam as relações subjacentes nos dados. Tarefas de mineração de dados descritivas são frequentemente exploratórias e frequentemente requerem a utilização de técnicas

para validar e explicar o resultado (pós-processamento).

Algumas das principais técnicas de mineração de dados são classificação, clusterização e regras de associação.

2.1 Classificação

A técnica de mineração de dados por classificação é uma técnica preditiva. Segundo Tan et al. (2005), classificação é a tarefa de aprender uma função alvo f que mapeia cada conjunto de atributos A para um dos rótulos de classificação y .

Por exemplo, dado um conjunto de características de diversos animais, tais como sistema de temperatura, habitat, sistema ósseo, cobertura da pele, e um atributo de rotulação de classe y (mamífero, réptil, peixe, anfíbio), o algoritmo de classificação aprende a função f , chamada também de modelo de classificação, tal que essa função seja capaz de definir regras de classificação a partir das características dada. Exemplo: um animal homeotermo, que tem o corpo coberto de pelo e quadrúpede, é um mamífero. A técnica de Regressão segue a mesma ideia da classificação, com a diferença de que, na classificação, as classes são discretas, e, na regressão, as classes são contínuas.

A técnica de classificação constrói um modelo de classificação (função f) baseado em algoritmos de aprendizagem, sendo que o algoritmo empregado tenta identificar um modelo que melhor adapta a reação entre o conjunto de atributos e o rótulo de classe selecionado dos dados de entrada. Existem diversas técnicas de classificação, tais como árvore de decisão, clas-

sificadores baseado em regras e redes neurais, bayesianos, entre outros (Tan et al., 2005).

2.2 Clusterização

Segundo and Dubes (1988), *clusterização* é a tarefa descritiva na qual se procura identificar um conjunto finito de categorias ou “clusters” para descrever uma informação. Essas categorias podem ser mutuamente exclusivas ou não.

A análise de *cluster* está relacionada com outras técnicas que são usadas para dividir objetos de dados em grupos. Por exemplo, a *clusterização* pode ser considerada como a forma de classificação em que se cria uma rotularização de objetos com rótulos de classe (que são os *clusters*). Entretanto, esses rótulos são derivados unicamente dos dados.

Em contraste, o processo propriamente dito de classificação é uma classificação supervisionada, isto é, objetos novos e não rotulados recebem um rótulo de classe usando um modelo desenvolvido a partir de objetos com rótulos de classes já conhecidos. Por essa razão, análise de *clusters* é algumas vezes referida como uma espécie de classificação não supervisionada (Tan et al., 2005).

2.3 Regras de associação

Essa técnica de mineração de dados consiste em descobrir relações fortes entre determinadas informações. Tem a capacidade de detectar padrões em forma de regras que associam valores de atributos num determinado conjunto de dados. Essas regras são expressas por meio de cláusulas da seguinte forma:

IF atrib₁=valor₁**AND**atrib₂=valor₂**AND**...
THEN atrib_n=valor_n**AND** atrib_{n+1}=valor_{n+1}...

Em que *atrib* é um atributo do conjunto de dados e *valor* é o valor do atributo identificado na regra.

Segundo Witten and Frank (2005), diferença entre classificação e regras de associação é que estas podem prever padrões com qualquer atributo, e não só da classe selecionada. Diferentes regras de associação expressam diferentes regularidades subjacentes no conjunto de dados, cada uma predizendo coisas diferentes.

A cobertura das regras de associação é o número de instâncias em que a regra se repete, e é chamada de *suporte*. A acurácia da regra, chamada de *confiança*, é o número de instâncias que a regra prediz corretamente, e é expressa como uma proporção de todas as instâncias em que a regra se aplica.

Por exemplo, na seguinte regra:

temperatura=frio > umidade=normal

O suporte será o número de instâncias na base de dados em que o atri-

buto *temperatura* seja *frio* e o atributo *umidade* seja *normal*. Já a confiança será a proporção de instâncias com temperatura fria que tenham umidade normal.

3. Estudo de caso

Foram realizadas atividades de mineração de dados numa base de licitações extraída do sistema ComprasNet, em que são realizados os pregões eletrônicos do Governo Federal. Os dados são relativos a todas as licitações para contratação de um determinado tipo de serviço na modalidade de Pregão para órgãos do Poder Executivo Federal, durante os anos de 2005 a 2008, em todos os estados da Federação. Os testes foram executados utilizando a ferramenta Weka (Environment for Knowledge Analysis) e reúnem vários algoritmos para execução de tarefas de mineração de dados (Witten and Frank, 2005).

A Tabela 1 mostra algumas informações da base de dados utilizada nos experimentos. Cada registro da base de dados representa uma participação de uma empresa numa determinada licitação.

Tabela 1: Base de dados utilizada nos experimentos preliminares	
Informações	Total
Registros	26615
Licitações	2701
Empresas	3051
Empresas que já ganharam pelo menos uma licitação	1162
Empresas que já ganharam pelo menos cinco licitações	121

3.1. Primeiro experimento

Dois *datasets* foram preparados, no intuito de aplicar as técnicas de regras de associação para detecção de grupos suspeitos de fazer rodízio de licitações. O algoritmo utilizado nesse experimento foi o *Apriori*, apresentado em Srikant (1994) e disponível na versão 3.6.1 da ferramenta *Weka*.

O primeiro *dataset* foi construído contemplando todas as licitações da base e todos os fornecedores. Já o segundo contemplou apenas os fornecedores que já tinham participado de pelo menos duas licitações (Tabela 2). Essa escolha se deu pelo fato de estarmos procurando grupos de empresas atuando em cartéis, não fazendo assim sentido procurar entre aquelas que participaram de apenas uma licitação.

Tabela 2: Resultados da execução do *Apriori* para os dois *datasets*

Instâncias	Atributos	Suporte Mín.	Confiança Mín.	Regras Obtidas
2701	3051	1,00%	70,00%	294
2370	1086	1,00%	80,00%	145

A estratégia usada para procurar associação de fornecedores foi organizar os *datasets* de forma que cada fornecedor da base fosse um atributo, e cada instância fosse uma licitação. Assim, para cada licitação, o atributo relativo a um determinado fornecedor era preenchido com o valor 'sim', caso ele tivesse participado da licitação, ou 'não', caso contrário.

A preparação dos *datasets* para regras de associação resumiu-se em construir a matriz A por m linhas e $n+1$ colunas, tal que:

m = número total de licitações da base

n = número total de fornecedores da base de dados

$$a_{i,j} = \begin{cases} \text{sim (se fornecedor } j \text{ da licitação } i) \\ ? \text{ (caso contrário)} \end{cases}$$

$$a_{i,n+1} = \text{vencedor } (i)$$

$$\forall i \leq m, \forall j \leq n, i, j \in \mathbb{N}^+$$

O valor "?" é entendido pelos algoritmos do *Weka* como valor faltante (*missing value*). A inserção desse símbolo na nossa matriz foi proposital, para suprimir regras envolvendo a não participação de fornecedores, o que certamente ocorreria caso substituíssemos o valor "?" pelo valor "não". Como o nosso interesse é encontrar regras indicando a participação de fornecedores em licitações, optamos por usar o símbolo "?" na matriz.

A Tabela 2 mostra o resultado da execução do algoritmo *Apriori datasets*.

A escolha de valores altos na configuração do suporte mínimo para execução do algoritmo não nos garante boas regras para identificação de cartéis. Uma regra que associa alguns fornecedores e que tem suporte alto provavelmente indica a presença de grandes fornecedores participando de várias licitações. Dessa forma, a configuração de um suporte mínimo alto para execução do algoritmo pode suprimir a aparição

de diversas regras boas, com reais características de cartéis. Valores altos de confiança, por sua vez, garantem a seleção de regras boas. Assim, foi definida uma função de avaliação de regras, com ajuda do especialista, para poder classificar e selecionar as melhores regras obtidas. Isso porque, com a redução do suporte mínimo, muitas regras foram obtidas na execução do algoritmo, como mostra a Tabela 2.

3.2 Segundo experimento

A tentativa de aplicar a técnica de regras de associação em dados de todo o país deixa o espaço de soluções bastante esparsas.

O estudo do negócio possibilitou verificar que, muitas vezes, os fornecedores não se restringem necessariamente a regiões macroeconômicas. Um exemplo típico é a situação de Mato Grosso

do Sul, Goiás e Tocantins. Embora Mato Grosso do Sul e Goiás pertençam à mesma região, é mais provável que os fornecedores do estado de Goiás atendam ao estado de Tocantins, pela proximidade geográfica, do que ao estado de Mato Grosso do Sul, embora Tocantins pertença a uma região diferente.

Dessa forma, a necessidade de aplicar técnicas de *clusterização* para mapear os grupos comuns de atuação dos fornecedores se tornou necessária.

Foi aplicado o algoritmo *Expectation-Maximization* (E.M.) na base de dados, com o objetivo de definir as regiões geográficas comuns de participação de empresas em licitações. O algoritmo foi executado nas 26615 instâncias da base, tendo como atributos *Fornecedor* a *UF* participou da licitação. A execução do algoritmo trouxe como resultado 10, conforme apresentado na Tabela 3.

Tabela 3: Clusters de Estados	
Cluster	Estados
1	SP, MT, MS, AL, CE, PB, PE, PI, RN
2	DF
3	RJ
4	ES, MG
5	AP, MA, PA
6	PR
7	RS, SC
8	GO, TO
9	AC, AM, RR, RO
10	BA, SE

Na Figura 1, pode-se notar que a maioria dos clusters encontrados tem como característica a proximidade geográfica.



FIGURA 1: Clusters encontrados com a execução do algoritmo E.M.

3.3 Terceiro experimento

A partir das regiões obtidas no Segundo Experimento, foi aplicada a técnica de regras de associação em cada *cluster*, na tentativa de identificar grupos de empresas associadas atuando especificamente na região.

Os resultados desse experimento podem ser vistos na Tabela 4.

3.4 Avaliação dos resultados obtidos

Com ajuda dos especialistas, definimos também um método de avaliação

das regras que seriam obtidas por meio do processo de mineração de dados. A fórmula de avaliação definida foi:

$$M = 100.V(F)/Suporte \quad (1)$$

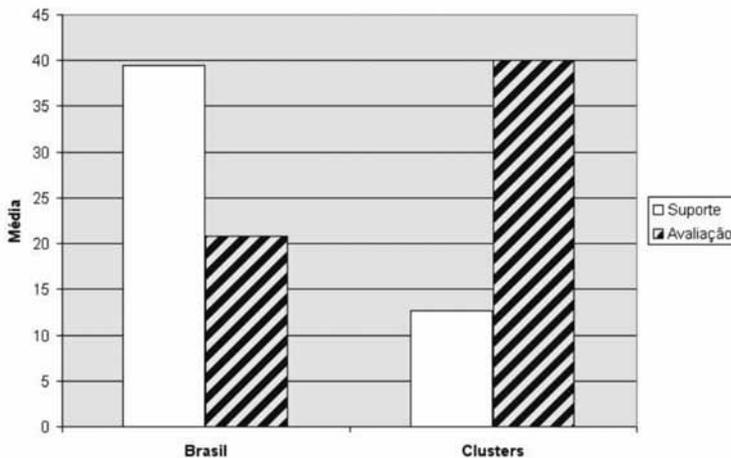
Sendo que $V(F)$ é a função que retorna o número de vezes que algum fornecedor do grupo F de fornecedores ganhou uma licitação da qual todo o grupo participou. As regras foram avaliadas por meio da Equação 1. Para análise dos resultados, foram selecionadas as 10 melhores regras, segundo a função de avaliação. Os valores mínimos de suporte e confiança foram 9 (absoluto) e 80%, respectivamente.

Tabela 4: Execução do APRIORI para datasets de clusters

Cluster	Inst.	Atrib.	Sup.	Conf.	Regras
1	787	614	2,00%	80,00%	851
2	211	164	4,00%	80,00%	1406
3	261	166	3,00%	80,00%	100
4	194	257	5,00%	80,00%	86
5	134	168	6,00%	80,00%	115
6	98	152	9,00%	80,00%	2848
7	270	196	4,00%	80,00%	1679
8	94	118	1,00%	80,00%	3
9	211	204	4,00%	80,00%	22
10	134	259	10,00%	80,00%	5869

Foram selecionadas as 10 melhores regras obtidas nos Experimentos 1 e 3. As melhores regras obtidas no Experimento 1 tiveram na média melhor suporte que as melhores regras obtidas

pelos Modelos gerados no Experimento3. No entanto, as regras obtidas no Experimento 3 tiveram um aumento no valor de avaliação de cerca de 100%. O gráfico da Figura 2 mostra a comparação.

**FIGURA 2:** Média de suporte e avaliação das 10 melhores regras

Os resultados mostram também que as melhores regras na nossa base, segundo a avaliação adotada, tendem a aparecer quando o suporte é baixo e quando há uma melhor definição do espaço de soluções, nesse caso, definido pelos *clusters* encontrados. Por isso as regras abrangendo o Brasil todo não

foram tão boas quanto as encontradas em regiões específicas do País.

Entre os modelos gerados a partir dos clusters (Tabela 4), as melhores regras foram obtidas no *Cluster* 6. A comparação entre as 10 melhores regras obtidas nesses modelos pode ser vista no gráfico da Figura 3.

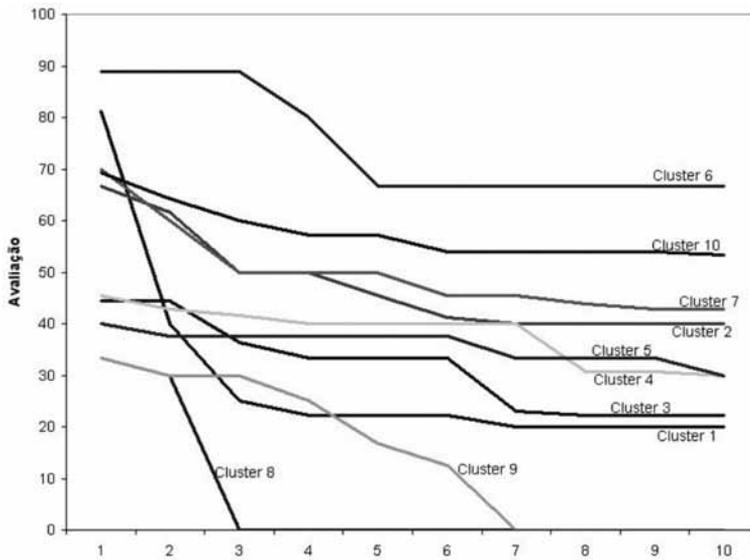


FIGURA 3: Comparação das 10 melhores regras de cada *cluster*

3.5 Conhecimento descoberto

O modelo de *cluster* gerou interesse por parte do especialista, que explicou que as atividades de rodízio de licitações são tipicamente regionais. Isso significa que, mesmo que uma empresa tenha atuação em âmbito nacional e pratique rodízio de licitações com um grupo, é improvável que esse grupo atue em todo o país. Assim, a regra que apresenta uma associação de fornecedores provavelmente em conluio teria maior suporte em apenas uma região, que seria a região de atuação do cartel.

O *Cluster 1* trouxe um resultado interessante, por fugir do padrão de regionalização geográfica. Os estados de São Paulo, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul agruparam-se com os estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte. Esse resultado trouxe outras propostas de pesquisa, no intuito de levantar, dentre as empresas que atuaram nesses estados,

quais delas contribuíram para essa distribuição atípica nas participações em licitações. Um rápido levantamento mostrou 76 empresas que atuaram na região formada pelos estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Piauí e Rio Grande do Norte e na região formada pelos estados de São Paulo, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. Dessas empresas, 8 participaram de mais de 15 licitações, tanto numa região quanto na outra. Dessas 8 empresas, nenhuma é da sub-região composta por São Paulo ou Mato Grosso ou Mato Grosso do Sul.

As próximas atividades serão no sentido de experimentar novas bases, na tentativa de detectar outros *clusters* de interesse nas investigações, como, por exemplo, *clusters* envolvendo órgãos superiores.

Quanto às regras de associação, algumas das melhores regras foram selecionadas pelo especialista para verificação.

Grupos de empresas foram detectados onde a média de participações juntas e as vitórias em licitações levavam a indícios de conluio. Alguns exemplos de regras encontradas são detalhados abaixo:

- Duas empresas de um mesmo estado, sendo que o total de licitações de que cada uma participou individualmente foi de 75 e 78 licitações. Dentre essas, em 68 licitações, participaram juntas ganhando 14 contratos entre os anos de 2005 a 2007.
- Outra regra envolveu 3 empresas que somavam 14 certames de participação conjunta. O grupo celebrou 8 contratos com a Administração. Cada uma delas tinha uma média de participação individual relativamente baixa na base de dados (média de 30 licitações).
- No ano de 2008, uma empresa ganhou 9 licitações num mesmo órgão, concorrendo com outra empresa que não ganhou nenhuma das licitações de que ambas participaram. O detalhe é que as 9 licitações que a segunda empresa perdeu foram as únicas licitações de que ela participou na base de dados. O histórico de vitórias da primeira empresa na base de dados não passa de 12 certames.

Embora o processo utilizado tenha permitido a seleção de boas regras, a fórmula de avaliação ainda pode ser melhorada. Isso porque a fórmula selecionou também regras que mostravam apenas coincidência de participações conjuntas de empresas em processos de licitação, em especial no caso de serem grandes fornecedores.

Conclusão

Foram apresentados neste trabalho aplicações de técnicas de inteligência artificial como suporte às atividades de auditoria e combate à corrupção.

Os resultados da aplicação de técnicas de mineração de dados geraram um conjunto de conhecimentos interessantes, que pode ser utilizado pelos auditores quando em execução de ações de controle. A análise de *clusters* apresentou, no caso estudado, fortes indícios de cartelização, informação reforçada pelas regras de associação selecionadas na sequência. Dessa forma, a técnica demonstra grande potencial para processar os volumes de dados armazenados nos sistemas de informação do Governo na busca de fragilidades ou mesmo de fraudes nos processos controlados por esses sistemas.

O estudo também se mostrou bastante promissor quanto à aplicação das técnicas apresentadas em bases de dados de outras áreas de despesas e serviços contratados, podendo ser largamente utilizada como insumo para o trabalho do auditor.

Em estudos futuros, serão analisadas de forma mais profunda as regras de associação, objetivando a construção de um modelo de seleção mais apropriado, que priorize as regras mais importantes. Além disso, será proposta uma integração das atividades de mineração de dados com sistemas multiagentes. Dessa forma, espera-se automatizar os processos de mineração de dados, além de enriquecer o conhecimento descoberto, fazendo uso de mais de uma técnica, de forma cooperativa, autônoma e independente.

Referências Bibliográficas

AGRAWAL, R. and SRIKANT, R. (1994). *Fast algorithms for mining association rules in large databases*. In '94: Proceedings of the 20th International Conference on Very Large Data Bases, pages 487–499, San Francisco, CA, USA. Morgan Kaufmann Publishers Inc.

FAYYAD, U., PIATETSKY-SHAPIRO, G., and SMYTH, P. (1996a). *The kdd process for extracting useful knowledge from volumes of data*. Commun. ACM, 39(11):27–34.

FAYYAD, U. M., PIATETSKY-SHAPIRO, G., and SMYTH, P. (1996b). *From data mining to knowledge discovery: an overview*. In Advances in knowledge discovery and data mining, pages 1–34. American Association for Artificial Intelligence, Menlo Park, CA, USA.

FRAWLEY, W. J., SHAPIRO, P. G., and MATHEUS, C. J. (1992). *Knowledge discovery in databases - an overview*. Ai Magazine, 13:57–70.

JAIN, A. K. and DUBESs, R. C. (1988). *Algorithms for clustering data*. Prentice-Hall, Inc., Upper Saddle River, NJ, USA.

TAN, P.-N., STEINBACH, M., and KUMAR, V. (2005). *Introduction to Data Mining*. Addison Wesley, us ed edition.

WITTEN, I. H. and FRANK, E. (2005). *Data Mining: Practical Machine Learning Tools and Techniques*. Morgan Kaufmann Series in Data Management Systems. Morgan Kaufmann, second edition.

Eficiência, proporcionalidade e escolha do procedimento disciplinar

Carlos Higino Ribeiro de Alencar, bacharel em Economia pela Universidade de São Paulo (USP) e em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), Corregedor-Adjunto da Área Econômica da CGU.

Resumo

O poder disciplinar é um poder-dever, ou seja, não pode o administrador público, sob pena de ele mesmo vir a ser punido, tergiversar sobre a apuração de faltas praticadas pelos seus subordinados. Isso não implica que a apuração disciplinar deva sempre implicar na instauração de processos administrativos disciplinares *stricto sensu*. O administrador público possui recursos escassos e deve utilizá-los da maneira mais eficiente possível. Além disso, tanto a lei que rege os servidores públicos civis da União, como diversas normas regulamentares, preveem procedimentos diferenciados, de acordo com a complexidade da situação. Dessa forma, a fim de atender aos princípios da proporcionalidade e eficiência, deve o gestor público escolher o procedimento que mais se adequa à gravidade da situação tratada. Instrumentos que buscam essa correta aplicação, como o Termo Circunstanciado Administrativo, devem ser aplicados e difundidos entre as várias esferas da Administração Pública, a fim de permitir o efetivo e adequado atendimento do

interesse público que norteia o exercício do poder disciplinar.

1. Introdução

Uma das questões mais afetas aos administradores públicos atualmente é o exercício do poder disciplinar. A apuração de faltas disciplinares praticadas pelos servidores é um dever, e não uma opção. Embora parcela dos administradores tenda a negligenciar tal obrigação, a maior parte deles é ciosa e se preocupa em administrar essa responsabilidade, encontrando, por vezes, sérias dificuldades para instaurar processos disciplinares por todas as eventuais irregularidades ocorridas em seus órgãos. Esse problema surge em decorrência de o Direito Disciplinar ser um instrumento hábil a ser utilizado tanto para faltas mais leves como para situações mais graves.

O objetivo deste artigo é analisar o dever de apurar e a ponderação de esforços que deve haver entre situações que apresentem graus de complexida-

de diferenciados, tendo em vista que os recursos públicos disponíveis para apuração disciplinar são escassos. Dessa forma, ao promover a apuração das faltas disciplinares, deve o administrador observar os princípios da eficiência, economicidade e proporcionalidade na escolha do procedimento.

A apuração de faltas disciplinares praticadas pelos servidores é um dever, e não uma opção

2. Poderes administrativos e os aspectos material e formal da apuração disciplinar

Para possibilitar o adequado funcionamento da Administração e o cumprimento de suas funções, há a necessidade de que determinados poderes lhe sejam conferidos. Dois desses estão mais ligados ao dever de apurar: o poder hierárquico e o poder disciplinar.

A hierarquia prevê um escalonamento vertical, no qual os agentes públicos que se encontrem em posição superior na escala hierárquica possam emanar ordens, desde que não manifestamente ilegais, as quais deverão ser cumpridas pelos servidores hierarquicamente inferiores (art. 116, IV, da Lei nº 8112 de 1990). Os superiores têm, também, o dever de acompanhar o desempenho de seus subordinados, fiscalizando a execução das atividades por estes desempenhadas, ou seja, exercem o controle das atividades de seus servidores.

O dever de apurar está intrinsecamente ligado ao poder disciplinar, consistindo este numa decorrência do poder hierárquico:

A disciplina funcional resulta do sistema hierárquico. Com efeito, se aos agentes superiores é dado o poder de fiscalizar as atividades dos de nível inferior, deflui daí o efeito de poderem eles exigir que a conduta destes seja adequada aos mandamentos legais, sob pena de, se tal não ocorrer, serem os infratores sujeitos às respectivas sanções. (Carvalho Filho, 2006, p.57)

Dois aspectos jurídicos relevantes devem ser considerados no tocante ao dever de apuração, decorrente do poder disciplinar: o material e o processual.

Quanto ao Direito Disciplinar material, é imprescindível que o rol de condutas vedadas possua um caráter aberto, em decorrência da necessidade de conferir poderes aos administradores, para que controlem uma gama variada e complexa de situações. Daí porque, ao contrário de outras instâncias de responsabilidade, como a penal, na qual os fatos típicos são extremamente específicos, a instância administrativa possui tipos mais abertos, de forma a permitir esse necessário controle. A Lei nº 8.112, de 1990, comporta várias situações desse gênero. Exemplos claros são as hipóteses de sanção por violação a princípios, tal como “manter conduta compatível com a moralidade administrativa” (prevista no art. 116, IX); a existência de conceitos que possuem caráter subjetivo, como zelo, lealdade e presteza no atendimento (art. 116, I, II

e V); além de termos que possuem conteúdo amplo, como a desídia (art. 117, XV) e a insubordinação grave em serviço (art. 132, VI). Assim comenta Guimarães:

Assim é que o regime disciplinar prevê um elenco de hipóteses configuradoras de faltas administrativas de conceituação genérica concebidas, propositalmente, em termos amplos para abranger a um maior número de casos. (Guimarães, 2006, p. 42)

O perigo decorrente dessa amplitude é que condutas corriqueiras e sem potencial lesivo poderiam, em tese, ser caracterizadas como infração, o que não seria adequado, sob o aspecto jurídico, nem colaboraria para o funcionamento adequado do setor público. Esse não deve ser o caminho seguido. Do ponto de vista do Direito Disciplinar material, deve haver um mínimo de perturbação da ordem administrativa, um mínimo de ofensa a bens jurídicos relevantes, para que a Administração promova uma apuração administrativo-disciplinar.

No tocante ao Direito Disciplinar processual, a controvérsia sobre a obrigatoriedade da apuração surge, a priori, do próprio texto da Lei nº 8.112, de 1990, que, em seu art. 143, prevê:

Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa. (grifou-se)

Perceba-se que a lei é bem clara ao determinar que a apuração é obrigatória, além de imediata, elencando os instrumentos a serem utilizados: a sindicância e o processo administrativo disciplinar.

A doutrina, no entanto, já deu contornos distintos dessa interpretação literal do mencionado artigo:

Para que o processo disciplinar seja instaurado com legitimidade não basta tão-somente que seja a autoridade hierárquica competente para tanto, havendo, de rigor jurídico, a necessidade de um mínimo legal que, traduzindo possibilidade de condenação (fumus boni juris), se estribe em elementos concretos indicadores de tal viabilidade. Não é jurídico nem democrático que o servidor público venha, sem mais nem menos, responder a processo disciplinar.

[...]

Tais elementos, embora não seja exigível que já possam, no limiar do processo, traduzir um juízo seguro ou razoável de certeza, devem, contudo, apresentar, pelo menos, um juízo de possibilidade condenatória em desfavor do servidor imputado. Consistindo em qualquer detalhe lícito produtor de convicção definível como princípio de prova, esses elementos constituem os conectivos processuais ensejadores da abertura de tal empreitada apuratória de possíveis transgressões disciplinares. Sem tais conectivos, não é lícita a abertura de tais procedimentos. (Costa, 2005)

Dessa forma, percebe-se que o dever de apurar não implica imediata instauração em face de toda e qualquer denúncia que chegue ao administrador. Este deverá realizar uma análise prévia, a fim de verificar a existência de elementos mínimos que justifiquem a constituição de uma comissão processante. Para tal, podem ser apontadas duas razões principais. Em relação ao servidor, deve-se impedir que, sem nenhum indício fundado, seja submetido a um processo administrativo disciplinar. De outra parte, deve-se evitar a movimentação da máquina administrativa, com a designação de servidores para constituírem comissão disciplinar, sem que se vislumbrem elementos mínimos configuradores de uma infração disciplinar.

O importante, nesse ponto, é que não se perca o foco do poder disciplinar, deixando claro que seu objetivo precípuo é o de permitir o regular funcionamento da Administração, reprimindo infrações que causem perturbação a esta ordem.

3. Princípios jurídicos e o dever de apurar

Os princípios jurídicos são elementos balizadores de todo o sistema, tendo suma importância no debate sobre poder disciplinar e dever de apuração.

Em geral, a doutrina jurídica faz referência aos princípios da moralidade e da legalidade, insculpidos no *caput* do art. 37 da Constituição da República, como os mais importantes e correlatos na seara da questão administrativo-disciplinar. Eles atuam como alicerces para a responsabilização disciplinar.

O princípio da moralidade fornece um suporte amplo para a maior parte das infrações administrativas, afastando toda a possibilidade de conduta inadequada no campo administrativo.

Já o princípio da legalidade teria dois desdobramentos. No campo material representa um dever ao administrador de apurar os fatos tidos como irregulares, bem como uma garantia ao servidor de que não será cobrado por deveres não previstos em lei ou regulamento. Assim, tal princípio inflige previsibilidade ao sistema normativo, fundamental para resguardar a segurança jurídica. No campo processual, associa-se à obrigatoriedade de ampla defesa no processo administrativo, para permitir que o servidor não seja acusado injustamente.

Todavia, outros dois relevantes princípios constitucionais são normalmente negligenciados nas análises referentes ao poder disciplinar: o da eficiência, previsto no *caput* do art. 37, e o da economicidade, constante do art. 70. Tais princípios trazem ao administrador um dever não somente de atingir os objetivos públicos, mas de utilizar a racionalidade na gestão dos meios de que necessita para tal.

A racionalidade na gestão já se apresenta fundamental para a escolha entre os diversos objetivos públicos. Um gestor público pode deparar-se, por exemplo, com o problema de ter de escolher entre pagar um tratamento médico caro a um reduzido número de pessoas ou financiar uma campanha de saúde com custo unitário baixo, mas que atingiria uma elevada quantidade de pacientes. Um dos dois objetivos pode trazer maiores benefícios para a sociedade

como um todo, e, na maioria dos casos, ele terá de realizar uma escolha.

Todavia, escolhido determinado objetivo, deve o gestor administrar os meios à sua disposição de modo a utilizar a menor quantidade de recursos e produzir o melhor resultado. Esse segundo aspecto é o cerne da eficiência. Nessa esteira, dispõe Marçal Justen Filho (2008, p. 64) sobre os referidos princípios:

Não bastam honestidade e boas intenções para validação dos atos administrativos. A economicidade impõe a adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. [...] A economicidade consiste em considerar a atividade administrativa sob prisma econômico. Como os recursos públicos são extremamente escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo. Há dever de eficiência gerencial que recai sobre o agente público.

Ademais, outro princípio fundamental no aspecto disciplinar é o da proporcionalidade. Ele é normalmente lembrado quando se trata da dosimetria da penalidade, mas deve também ser levado em consideração no momento da escolha do procedimento. Apesar do caráter essencialmente vinculado da maior parte dos elementos do ato disciplinar, há espaço para discricionariedade no tocante a alguns aspectos, como a forma. Essa discricionariedade com relação à forma da apuração disciplinar já foi prevista na Lei nº 8.112, de 1990, embutindo um aspecto de proporcionalidade, ou seja, para faltas mais leves – passíveis de

Não bastam honestidade e boas intenções para validação dos atos administrativos. A economicidade impõe a adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos.

punição com advertência ou suspensão de até 30 dias –, é possível a apuração por meio de sindicância, mais rápida e com menor necessidade de servidores; para faltas mais graves – suspensões acima de 30 e até 90 dias e penalidades expulsórias (demissão, cassação de aposentadoria e destituição de cargo em comissão ou de função comissionada) –, o processo administrativo disciplinar stricto sensu. Ademais, os instrumentos apuratórios previstos na Lei nº 8.112, de 1990, não são exclusivos, tendo sido já criados outros por normas regulamentares, tais como a sindicância patrimonial (Decreto nº 5.483, de 2005, art. 9º) e a investigação preliminar (Decreto nº 5.683, de 2006, art. 15, III).

4. Escassez de recursos, custos dos direitos e controle administrativo

Conforme já apresentado, quando se abordou o princípio da eficiência e a necessidade de escolha do gestor, fica claro

que toda decisão tomada no campo administrativo-disciplinar terá consequências em termos de aplicação de recursos, haja vista que estes são escassos, e o administrador terá de fazer escolhas. Ademais, é indispensável se ter em mente um segundo conceito, também emprestado da ciência econômica: o custo de oportunidade de aplicação de recursos. Sobre o tema, comenta Gico Jr.:

O método econômico se baseia em alguns postulados. Primeiro, os recursos da sociedade são escassos. Se os recursos não fossem escassos, não haveria problema econômico, pois todos poderiam satisfazer suas necessidades – sejam elas quais forem. Curiosamente, a mesma idéia, com outra roupagem, motiva o direito: se os recursos não fossem escassos, não haveria conflito, sem conflitos, não haveria necessidade do direito, pois todos cooperariam ex moto proprio. A escassez dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes (senão não seria uma escolha, não é mesmo?). Toda escolha pressupõe um custo, um trade off, que é exatamente a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida. A esse custo chamamos de custo de oportunidade. Assim, por exemplo, se decidimos comprar caças para fortalecer nossa Aeronáutica, abdicamos de outra alocação que esses recursos poderiam ter (e.g. construir escolas). [...] A utilidade que cada um gozaria com uma dessas atividades é o seu custo de oportunidade, i.e., o preço implícito ou explícito que se paga pelo bem. Note que dizer que algo tem um custo não

implica afirmar que tem valor pecuniário. (Gico Jr., 2009, p. 17)

Os recursos, aqui entendidos como meios à disposição do administrador, não se resumem a despesas efetivamente incorridas, o que, em processo administrativo disciplinar, normalmente costuma se referir a gastos com diárias, passagens, estrutura de salas e computadores necessários às comissões. Qualquer apuração disciplinar envolve a alocação de tempo de trabalho de servidores, o que também deve ser incorporado aos custos. Quando se introduz o conceito de custo de oportunidade, surge outra questão importante. Tendo em vista não ser a apuração disciplinar uma atividade-fim dos órgãos, mas uma função instrumental para permitir o adequado funcionamento da Administração, verifica-se que a utilização de pessoal e recursos materiais implica o deslocamento desses meios das áreas-fim para a apuração disciplinar. Não que isso indique que as apurações não devam ocorrer. Entretanto, não devem trazer consigo elevado prejuízo para a execução de políticas públicas de cada órgão. Na esteira desse raciocínio, o gestor enfrentará, na questão disciplinar, os mesmos dilemas que se encontram presentes nas demais decisões gerenciais. Isso implica a necessidade de utilização de métodos de apuração mais eficientes e racionalização de procedimentos.

Nesse campo é indispensável destacar um axioma fundamental a ser obedecido pela Administração Pública: o custo do controle não deve superar o valor do risco envolvido na operação. Valor aqui não necessariamente representa uma quantia monetária definida. A apropriação deliberada de um bem

O custo do controle não deve superar o valor do risco envolvido na operação.

público por um servidor (peculato, no conceito penal), apesar de poder envolver algo de valor pequeno, traz em si um atentado a um princípio fundamental do serviço público, o da honestidade de seus servidores, havendo, destarte, um bem tutelado de alto valor. Tal axioma se encontra expressamente previsto no art. 14, *in fine*, do Decreto-lei nº 200, de 1967:

Art. 14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de contrôles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.

Os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, associados à determinação expressa do Decreto-lei nº 200, de 1967, implicam uma ponderação na escolha dos instrumentos que devem ser utilizados na apuração administrativo-disciplinar. Em casos mais complexos, procedimentos mais detalhados; em casos mais simples, procedimentos simplificados. Deve-se ressaltar que, independentemente da complexidade do caso, a Administração sempre estará cumprindo o seu dever de apurar os fatos, o que ocorrerá ora por um caminho mais sumário, ora por um mais pormenorizado. Além disso, a Administração deve sempre garantir o direito ao contraditório e à ampla defe-

sa, nos casos em que se vislumbre aplicação de sanção, sob pena de nulidade.

A escolha de formas distintas de apuração representa uma aplicação do princípio da proporcionalidade no campo do processo administrativo-disciplinar, sobretudo dos subprincípios da adequação e necessidade. O subprincípio da adequação exige que a solução adotada seja capaz de atingir os objetivos pretendidos. Já o subprincípio da necessidade indica que deve ser utilizado o meio menos gravoso àquele a quem o ato se refere, desde que apto a produzir os resultados desejados, i.e., desde que alcance os objetivos pretendidos, deve o ato ser praticado de tal forma que cause o menor ônus ao administrado.

Nesse sentido, utilizando-se da competência prevista no art. 4º, incisos I e II, do Decreto nº 5.480, de 2005, e tendo em vista o disposto no mencionado art. 14 do Decreto-lei nº 200, de 1967, e no art. 2º, *caput*, e parágrafo único, incisos VI, VIII e IX, da Lei nº 9.784, de 1999, o Ministro de Estado do Controle e da Transparência regulamentou a apuração simplificada por meio do Termo Circunstanciado Administrativo (TCA), conforme a Instrução Normativa CGU nº 04, de 17 de fevereiro de 2009. A ideia é que casos mais simples recebam um tratamento apuratório mais célere e simplificado, desde que atendidas as expressas especificidades indicadas na citada instrução normativa. Houve cuidado, em tal regulamentação, de se excluir qualquer situação em que houvesse dolo ou em que, havendo indícios mínimos de culpa, não fossem ressarcidos os danos ao erário. Não obstante, permitiu-se ao servidor o direito à ampla

defesa e ao contraditório e a possibilidade de convalidação do rito de apuração simplificada em processo disciplinar ordinário, caso deseje o servidor. A experiência indica que, nos casos abrangidos pelo TCA, o bem tutelado e o dano ocasionado são essencialmente patrimoniais. Além disso, nessas situações, a apuração pelas vias ordinárias normalmente acarretará prejuízo desarrazoado para a Administração, visto que o custo da apuração superará o valor do bem danificado ou extraviado, que ficou limitado pela IN ao valor de dispensa de licitação para aquisição de bens ou serviços, ou seja, oito mil reais.

Várias outras ações têm sido tomadas no sentido de aplicar a proporcionalidade, em termos processuais, às questões administrativo-disciplinares. A suspensão condicional do processo é outro desses exemplos, adotada pelo município de Belo Horizonte, que a designou SUSPAD, a qual prevê a suspensão do processo até para alguns casos envolvendo demissão. *Verbis*:

Decreto nº 12.636 de 22 de fevereiro de 2007, do prefeito municipal de Belo Horizonte

[...]

Art. 2º - O prazo de duração da SUSPAD poderá ser de 01 (um) a 05 (cinco) anos, conforme a natureza e a gravidade da falta, obedecendo-se à seguinte graduação:

I - nas faltas puníveis com a pena de repreensão, conforme estipulado no art. 196 da Lei nº 7.169/96, será aplicada a SUSPAD pelo prazo de até 01 (um) ano;

II - nas faltas puníveis com a pena de suspensão, conforme estipulado no art. 197 da Lei nº 7.169/96, será

aplicada a SUSPAD pelo prazo de 01 (um) até 04 (quatro) anos;

III - nas faltas puníveis com a pena de demissão será aplicada a SUSPAD, quando cabível, pelo prazo de 04 (quatro) até 05 (cinco) anos.

Outra espécie de suspensão condicional do processo é a Transação Administrativa Disciplinar, constante do Projeto de Lei Federal nº 1.952/2007, que trata do regime disciplinar dos policiais federais, todavia limitada à advertência e suspensão de até 10 dias:

Projeto de lei nº 1.952/2007

Seção III

Da Transação Administrativa Disciplinar

Art. 26. A autoridade competente que tomar conhecimento da ocorrência de fato que configure hipótese de transgressão administrativa de natureza leve, punível com advertência, ou de natureza média, cuja pena máxima cominada seja igual ou inferior a dez dias de suspensão, intimará o suposto autor, podendo propor a ele que se comprometa a não incidir em nova conduta infracional e, se for o caso, a reparar o dano que tenha causado ao erário.

Destarte, várias medidas administrativas têm sido desenvolvidas no caminho da simplificação dos procedimentos apuratórios administrativos em determinadas situações e mesmo exclusão condicionada de responsabilidade dos servidores em matéria disciplinar.

Conclusão

O gestor público, ao se defrontar com o gerenciamento da instauração de processos administrativos disciplinares, enfrenta as mesmas escolhas presentes na gestão das demais políticas públicas, possuindo meios escassos e necessidade de avaliar o custo de oportunidade de alocação de recursos. Isso, todavia, não o exime de proceder à devida apuração das faltas disciplinares, mas requer uma racionalização da administração dos instrumentos apuratórios.

O emprego do princípio da proporcionalidade, destacando-se, sobretudo, os subprincípios da adequação e necessidade, no campo do processo administrativo-disciplinar, não somente permite como sugere a utilização de instrumentos cuja complexidade procedimental deva corresponder à gravidade e à lesividade da situação a ser apurada, evitando-se, assim, a situação-limite na qual a própria apuração represente prejuízo mais elevado à Administração, dados os custos despendidos para a sua realização.

Nesse sentido, instrumentos como o Termo Circunstanciado Administrativo e a suspensão condicional do processo devem ser aplicados e difundidos entre as várias esferas da Administração Pública, a fim de permitir o efetivo e adequado atendimento do interesse público que norteia o exercício do poder disciplinar.

Referências Bibliográficas

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COSTA, José Armando da. *Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

COSTA, José Armando da. *Controle Judicial do Ato Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999.

GICO Jr., Ivo Teixeira. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. Working Paper nº 0001/09. Brasília: Departamento de Direito – UCB, 2009.

GUIMARAES, Francisco Xavier da Silva. *Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União*, p. 42, Editora Forense, 2ª edição, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 64, Editora Dialética, 12ª edição, 2008.

Utilização de pregão nas contratações de obras e serviços de engenharia

Lucimar Cezar Fernandes Silva, administradora, pós-graduada em Administração Industrial e Engenharia Econômica, pós-graduada em Direito Público, Analista de Finanças e Controle da CGU.

Resumo

O presente trabalho analisa a viabilidade da aplicação da modalidade de licitação pregão nas contratações de obras e serviços de engenharia, tendo em vista posicionamentos divergentes sobre a matéria. Discorre sobre as características do pregão presencial e eletrônico, as vantagens advindas da sua utilização pela Administração, com mensuração dos ganhos econômicos no âmbito do Governo Federal durante o exercício de 2008, sobre quais bens e serviços podem ser considerados comuns, e enfatiza argumentação contrária e também favorável à sua utilização em obras e serviços de engenharia, à luz da legislação vigente, da doutrina pertinente e da jurisprudência mais atualizada.

1. Introdução

As modalidades de licitação definem de que forma a Administração está autorizada a licitar, correspondendo cada qual de acordo com o valor e as caracte-

terísticas do objeto da compra, da obra, do serviço ou da alienação, repercutindo sobre prazos de publicidade dos atos, exigências de habilitação, fatores e critérios de julgamento.

A Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, instituiu, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão. O Artigo 4º § 1º do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, regulamenta e torna obrigatória a utilização do pregão na forma eletrônica, qualquer que seja o valor estimado, para aquisição de bens e serviços comuns, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

A modalidade de licitação pregão surge diante da impossibilidade política de ser substituída a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e possui como importantes características a celeridade nos processos licitatórios, a busca pela economicidade e transparência nas contratações pela Administração Pública, e

vem se consolidando como a principal forma de contratação do Estado em todas as órbitas federativas.

Porém, apesar de uma infinidade de bens e serviços se enquadrarem naturalmente no perfil para utilização do pregão, outros não se amoldam, ou, ainda, insurgem dúvidas quanto a esse possível enquadramento, como no caso da contratação de obras e serviços de engenharia ou compras e contratação de outros serviços que demandem configuração especial, que requeiram maior cuidado na sua formulação, na análise e no julgamento das propostas.

Mais nebulosa ainda se torna a questão da possibilidade da contratação das obras e serviços de engenharia ao nos depararmos com o teor do Decreto 3.555/2000, norma definidora dos procedimentos aplicáveis a essa nova modalidade licitatória, que, em seu art. 5º, ainda em vigor, determina, indistintamente, não se aplicar a esse tipo de contratação a modalidade pregão. Para esses casos, as aquisições deveriam ser realizadas pelo governo exclusivamente mediante as modalidades de concorrência (maior valor), tomada de preços (valor intermediário) ou convite (menor valor), conforme previsão na Lei 8.666/1993.

No entanto, a jurisprudência e a doutrina têm avançado no sentido de alcançar o interesse público e flexibilizar tal entendimento, conforme se pretende abordar no presente trabalho, passando a dotar o administrador público de elementos capazes de subsidiá-lo quanto à escolha dessa modalidade licitatória para obras e serviços de engenharia passíveis de classificação como comuns.

A modalidade de licitação pregão surge diante da impossibilidade política de ser substituída a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e possui como importantes características a celeridade nos processos licitatórios, a busca pela economicidade e transparência nas contratações pela Administração Pública, e vem se consolidando como a principal forma de contratação do Estado em todas as órbitas federativas.

Para a discussão do tema, inicialmente serão apresentadas as características do pregão, inclusive na forma eletrônica, e demonstradas as vantagens advindas da sua utilização, especialmente com relação à economia propiciada ao setor público federal.

Nos capítulos finais, foco do estudo, serão demonstrados os postulados legais que envolvem a utilização do pregão nas contratações de obras e serviços de engenharia e a evolução da jurisprudência sobre a matéria, expostos argumentos contrários à utilização do pregão para tais contratações e argumentação favo-

rável à sua utilização, os quais subsidiam as conclusões apresentadas.

A metodologia utilizada na elaboração do trabalho foi a da pesquisa legal, doutrinária e jurisprudencial, tendo sido, ainda, realizadas consultas a sítios eletrônicos de órgãos oficiais federais, bem como a sítios de particulares, com o intuito de dotar a abordagem apresentada de realismo com relação à dinâmica atual da questão em estudo.

2. Características do pregão

O pregão constitui-se em modalidade licitatória inconfundível com as constantes na Lei nº 8.666/1993, pois possui dentre suas características ímpares a obrigatoriedade de ser procedida a seleção do vencedor do certame por meio de propostas e lances em sessão pública, sendo sua forma procedimental simplificada e rápida, o que se presta à natureza dos bens e serviços a ela vinculados, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.520/2: comuns. (JUSTEN FILHO, 2005, p.19).

Enquanto nas demais modalidades de licitação o valor estimado do objeto interfere diretamente no seu enquadramento, em relação ao pregão o mesmo não ocorre, interferindo somente na forma de divulgação do certame, sendo sua abrangência tanto maior quanto for o valor licitado, nos termos do art. 11, I, do Anexo I do Dec. nº 3.555/2000.

O pregão (presencial) exige a presença física dos representantes das empresas licitantes durante a fase de lances, embora possua diversas etapas gerenciadas por um sistema eletrônico.

Um dos principais propósitos do pregão é a celeridade, visto que, sendo publicado o edital, a sessão pública em que as propostas serão julgadas pode ocorrer em oito dias úteis. Ainda, proporciona a busca da proposta mais vantajosa para a Administração, com a oportuna redução de preços advinda da maior abrangência competitiva do certame, conforme veremos no item 4 do presente trabalho.

Outras características peculiares do pregão, que lhe atribuem suas principais vantagens, consistem na inversão das fases de habilitação e julgamento e na possibilidade de renovação de lances até se chegar à proposta mais vantajosa para a Administração, conforme disciplinado no Dec. nº 3.555/2000.

Sendo a negociação direta uma das mais relevantes inovações do pregão, comete ao pregoeiro a atribuição de negociar diretamente com o proponente a obtenção de preço ainda mais satisfatório para a Administração, após encerrada a fase de lances e habilitação.

2.1. Pregoeiro

A responsabilidade pela condução da licitação na modalidade pregão cabe a um agente único, o pregoeiro, a quem compete classificar as propostas, habilitar o licitante a ser contratado e adjudicar-lhe o objeto da licitação (FURTADO, 2007, p. 374), e não a uma comissão, conforme ocorre nas demais modalidades.

2.2 Bens e serviços comuns

São aqueles cujo padrão de desempenho e qualidade possa ser objetivamente definido pelo edital, por meio de

especificações usuais no mercado, e cujos fatores e critérios de julgamento das propostas sejam objetivos, com base no menor preço.

O objeto a ser licitado na modalidade pregão pode ser comum, sem ser necessariamente simples, comportando sofisticação técnica do objeto, desde que dominada e oferecida pelo mercado. Pode ocorrer de, inclusive, pela evolução tecnológica e dos mercados, um produto não ser hoje considerado comum e amanhã já o ser, pois o conceito “comum” acompanha a realidade do mercado, que é dinâmica por índole. (PEREIRA JUNIOR, 2003, pp. 1005, 1024)

3. Pregão na forma eletrônica

A utilização de recursos de tecnologia da informação, valendo-se especialmente da rede mundial de computadores (internet), na viabilização dos procedimentos envolvendo a modalidade de licitação pública pregão culmina com o surgimento do denominado pregão eletrônico.

O pregão na forma eletrônica mantém, portanto, as mesmas características do pregão convencional. No entanto, reúne vantagens sobre este, pois propicia economia aos licitantes, que não precisam se deslocar das suas sedes para participar do certame, e para a própria Administração, por aumentar sobremaneira a competitividade.

No pregão eletrônico, ao contrário do que ocorre no presencial, não há o deslocamento físico dos licitantes. Ele funciona como um leilão reverso, no qual a disputa

se dá com o envio sucessivo de lances, que, no Governo Federal são operacionalizados por meio do portal www.comprasnet.gov.br, sendo vencedor aquele que oferecer o menor preço.

A disciplina do Dec. nº 5.450 ampliou a utilização dos recursos da Tecnologia da Informação para além do previsto no Regulamento revogado. [...] tudo aquilo que se previu a propósito do pregão será adaptado a um procedimento em que as comunicações se fazem por via eletrônica. Valendo-se dos recursos propiciados pela Internet, cada interessado utilizará um terminal de computador, conectando-se aos serviços ofertados pela própria Administração. As manifestações de vontade dos interessados serão transmitidas por via eletrônica, tudo se sujeitando a uma atuação conduzida pela pessoa do pregoeiro.¹

4. Vantagens advindas da utilização do pregão eletrônico

A maior contribuição do pregão reside na simplificação do procedimento licitatório já amplamente utilizado por todas as esferas administrativas do governo. Ao inverter as fases procedimentais e admitir lances, efetivamente concorre para a celeridade das contratações de compras e serviços e propicia uma redução significativa nos preços.

São bastante relevantes os resultados financeiros positivos em relação ao pregão eletrônico, “a cuja aplicação

1. JUSTIN FILHO, Marçal. Pregão – Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. Ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 220.

vêm sendo atribuídos auspiciosos resultados (redução do tempo de processamento em mais de 70% em relação às modalidades tradicionais, e obtenção de preços mais de 30% inferiores aos praticados no mercado, segundo divulgam os órgãos federais)". (PEREIRA JUNIOR, 2003, p. 1004)

Para mensuração de tal economia de tempo, em atendimento ao princípio da celeridade, verificamos que "rara é a licitação, hoje, se processada segundo as modalidades mais amplas (concorrência e tomada de preços), que resulta ultimada em menos de três a quatro meses (desde a data em que se solicita a aquisição até a homologação)." (PEREIRA JUNIOR, 2003, p.1001)

4.1. Economia para o setor público federal relacionada à utilização do pregão eletrônico e sua amplitude

Verifica-se, especificamente quanto aos resultados financeiros advindos da utilização do pregão eletrônico, segundo divulgado em 26/03/2009 pelo sítio <http://www.comprasnet.gov.br/>, do governo federal (consulta realizada em 06/07/2009), que o emprego dessa modalidade licitatória economizou R\$ 3,8 bilhões para os cofres públicos durante o exercício de 2008. Isso significa uma redução de 24% entre o valor máximo que o Governo está disposto a pagar na aquisição de um bem ou na contratação de um serviço e o que efetivamente foi pago pelos órgãos públicos.

Ainda da mesma notícia se extrai a informação de que, no exercício de 2008, essa modalidade respondeu por 73,7% (R\$ 12,2 bilhões) do valor de

bens e serviços comuns licitados e por 79,4% (33.972) do total dos processos de compra, tendo-se tornado, portanto, a mais utilizada e consolidada no âmbito do governo federal.

Números parciais relacionados ao primeiro trimestre de 2008, divulgados em 19/05/2008 (consulta realizada em 06/07/2009) no sítio <http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=1014&cat=94&sec=7>, demonstram que a modalidade atingiu, nesse período, R\$ 2 bilhões – 68% do valor licitado. Das 5.228 licitações realizadas, 4.537 o foram via pregões eletrônicos – um percentual de 87%, sendo que, no primeiro trimestre de 2002, esses percentuais foram inferiores a 1%. Tais percentuais demonstram inequivocamente a evolução, importância e consolidação da modalidade na esfera federal, que, entre 2005 e 2007, capacitou nessa área cerca de 9,3 mil servidores públicos em todos os estados.

Dentre os itens mais contratados mediante a modalidade pregão (presencial e eletrônico) no primeiro trimestre de 2008, segundo a mesma divulgação, estão equipamentos e artigos para uso médico, dentário e veterinário, correspondendo a 35,8%; veículos, com 28,8%; e artigos de subsistência, com 6,5% dos materiais licitados pelo Governo Federal. Estão dentre os principais serviços contratados os de suporte (20,7%), de agência de viagens e operadoras de turismo (11%) e de segurança (10,4%). Não foi mensurada a participação eventual de obras e serviços de engenharia licitados por intermédio da modalidade em estudo.

5. Utilização do pregão nas contratações de obras e serviços de engenharia

Segundo o Dec. nº 3.555, de 8 de agosto de 2000, art. 5º, a modalidade de licitação pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, devendo estas ser regidas pela legislação geral da Administração (Lei nº 8.666/1993).

Verifica-se, entretanto, a evidente contradição em razão de, no mesmo decreto, no Anexo II, estarem elencados, nos itens 19 e 20, os serviços de manutenção de bens imóveis e de bens móveis, reconhecidamente considerados serviços de engenharia. (FURTADO, 2007, p. 365)

Ademais, quanto especificamente aos serviços de engenharia, depreende-se, por exclusão, que estes passaram a ser admitidos, para efeito de utilização da modalidade de licitação pregão, conforme o contido no art. 6º do Dec. nº 5.450/2005: “A modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia (...)” (grifamos).

Além disso, compete somente à lei criar e extinguir direitos e obrigações, e a Lei nº 10.520/2002, a qual o referido decreto regulamenta², não prevê tal distinção para obras e serviços de engenharia, condicionando tão somente à necessidade de serem comuns os itens a serem licitados por intermédio da nova modalidade de licitação.

Nesse sentido, tem evoluído a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), ao considerar os dispositi-

vos legais, levando em conta o conceito do que seja “comum” em associação ao princípio da economicidade.

5.1. Evolução da jurisprudência

No âmbito do TCU, a quem compete o julgamento das contas dos gestores responsáveis pela aplicação dos recursos federais, a jurisprudência – que oscilou inicialmente, conforme observância à Decisão nº 557/2002 - Plenário, em que se verifica interpretação literal do Dec. nº 3.555/2000 – flexibilizou-se e passou a admitir a utilização do pregão para obras e serviços de engenharia, desde que possam ser enquadrados como comuns, conforme pode ser observado, por exemplo, nos Acórdãos nº 817/2005 - Primeira Câmara e nº 286/2007 - Primeira Câmara, cujos ex-certos são apresentados na sequência³:

Decisão nº 557/2002 - Plenário:
8.2. *determinar à Gerência Regional de Administração do Ministério da Fazenda no Estado do Rio de Janeiro – GRA/MF/RJ que, em virtude de vedação constante no art. 5º do Decreto nº 3.555/2000, não utilize a modalidade ‘pregão’ para contratação de serviços de engenharia, mesmo quando se tratar de serviços de manutenção;*

Acórdão nº 817/2005 - Primeira Câmara:

2. O Decreto nº 3.555/2000 regulamenta a Lei nº 10.520/2002. Situação bastante peculiar é o fato de o decreto ter sido editado antes da promulgação da própria lei (conversão da Medida Provisória nº 2.026/2000).

3. GOVERNO FEDERAL. (06 de julho de 2009). Jurisprudência. Fonte: Portal TCU: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/juris_sobre

[...] a Lei nº 10.520, de 2002, não exclui previamente a utilização do pregão para a contratação de obra e serviço de engenharia. O que exclui essas contratações é o art. 5º do Decreto nº 3.555, de 2000. Todavia, o item 20 do Anexo II desse mesmo Decreto autoriza a utilização do Pregão para a contratação de serviços de manutenção de imóveis, que pode ser considerado serviço de engenharia.

[...] somente à lei compete inovar o ordenamento jurídico, criando e extinguindo direitos e obrigações para as pessoas, como pressuposto do princípio da legalidade. Assim, o Decreto, por si só, não reúne forças para criar proibição que não esteja prevista em lei, com o propósito de regrar-lhe a execução e a concretização.

Acórdão nº 286/2007 - Primeira Câmara:

11. Posteriormente, após a edição do Acórdão nº 817/2005 – 1ª Câmara, o entendimento do Tribunal tem evoluído no sentido de que é possível a contratação de obras e serviços de engenharia por meio de pregão, em razão, principalmente, de a Lei 10.520/2002 não excluir previamente quaisquer espécies de serviços dessa modalidade de licitação, somente condicionando a sua utilização aos serviços comuns [...]

6. Argumentos contrários à utilização do pregão para obras e serviços de engenharia

O principal argumento apresentado quanto à inadmissibilidade de utilização

do pregão para contratação de obras e serviços de engenharia é a literalidade do art. 5º do Dec. nº 3.555/2000, que regulamentava a utilização da modalidade de licitação pregão, e assim determina: “A licitação na modalidade pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia (...)”.

A esse se soma o de que a aplicação do pregão para obras pode levar ao uso do critério de maior desconto linear sobre o preço de referência, o que pode gerar distorções em função da diversidade de serviços que integram uma obra de engenharia. Isso torna complexo o estabelecimento de lances para cada item da Planilha de Composição de Custo – não pode haver mesmo tratamento de aquisições de materiais de escritório, por exemplo.

Outro argumento é o de que o prejuízo para a sociedade pode ser maior ao se licitar por pregão uma obra de grande envergadura pelo menor preço, pois, como consequência, podem ocorrer problemas com empreiteiras sem capacidade técnica e condições econômicas para concluir os contratos firmados, ou que os concluam sem a garantia da necessária qualidade. Tal garantia da qualidade da contratação é avaliada, usualmente, por propostas técnicas nas quais pode ser comprovada a experiência e o conhecimento do licitante e de sua equipe técnica.

A negação de que possam existir obras e serviços de engenharia considerados comuns, sob a alegação de que alguns órgãos públicos impõem essa modalidade de licitação tentando enquadrar essas atividades na simples aquisição de bens e serviços comuns,

pelo desconhecimento do fato de que tais serviços são regulamentados pela legislação que disciplina as atividades profissionais de engenheiros e empresas de engenharia, explica-se pelas razões indicadas na sequência, como fundamentação para sua inaplicabilidade:

1 - Trata-se de uma atividade regulamentada pela Lei Federal nº 5.194/66 e somente aquelas empresas ou profissionais que tem atribuições específicas podem ser contratadas, pois em qualquer licitação pública é exigida a nomeação de um responsável técnico, atestados de experiência profissional anterior com ART e Acervo Técnico emitido pelo CREA (Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia) e outras exigências de praxe.

2 - Trata-se também de um trabalho técnico para entrega futura, com prazos definidos e os serviços só se iniciam depois da contratação. Depende da inteligência, formação técnica, da especialização e da experiência de quem irá elaborar ou executar. A medição objetiva do padrão de desempenho e qualidade só será possível após o término do serviço ou da obra.

3 - Ao contrário de bens disponíveis no mercado, que passaram por um processo de industrialização em grande escala e que podem se vistos, apalpados e verificada a sua qualidade e o seu desempenho na "prateleira", os itens de construção civil passam por um longo processo de elaboração e de execução, fiscalizada pelos contratantes, com medições periódicas para fins de pagamento pela produção, sujeito às intempéries e fatores imponderá-

veis, riscos econômicos e financeiros, e não podem ser confundidos com "serviços comuns", porque são altamente especializados.

4 - Cada contrato é um serviço técnico único. Mesmo que haja repetições nos projetos ou nas construções, cada um tem características próprias de localização, topografia, natureza do solo, recursos de infraestrutura existentes e interação com o meio ambiente. Não há como pedir amostra, a não ser julgada pela análise acurada da capacidade e da experiência dos profissionais que estarão envolvidos no projeto ou na execução.⁴

7. Argumentos a favor da utilização do pregão para obras e serviços de engenharia

Sobre a literalidade do Dec. nº 3.555/2000, na jurisprudência do TCU, da qual destacamos o Acórdão nº 286/2007- Primeira Câmara, predomina o entendimento de que não constitui afronta à legislação a utilização do pregão em obras e serviços de engenharia.

Pacífico é o entendimento de ser a modalidade licitatória pregão inconciliável com a contratação de obras e serviços de engenharia que possuam complexidade de especificação e de execução (ALTOUNIAN, 2008, p. 131). No entanto, é acertada para as contratações que envolvam baixa complexidade e possam efetivamente ser enquadradas como co-

4. TISAKA, Maçahico. (s.d.). Fórum da construção. Acesso em 15 de julho de 2009, disponível em Instituto Brasileiro de Desenvolvimento da Arquitetura (IBDA): <http://www.forumdaconstrucao.com.br/conteudo.php?a=0&Cod=136>

muns, sempre preservando as características e circunstâncias específicas do caso concreto.

Segundo Justen Filho (2005, p.31), “a implantação de casas populares, envolvendo projetos padronizados e construções destituídas de maior complexidade”, poderia ser um exemplo de obra caracterizada como comum.

Ademais, quanto a possíveis aquisições/contratações com qualidade incompatível, verifica-se que os procedimentos do pregão não impedem que a administração adote requisitos de qualidade mínima com padrões de aceitabilidade (JUSTEN FILHO, 2005, p.36), podendo o pregoeiro proceder à não aceitação, com consequente desclassificação da proposta que não atenda às especificações técnicas, aos prazos de fornecimento ou execução e aos parâmetros de desempenho e qualidade determinados nos “termos de referência” e sintetizados no edital (PEREIRA JUNIOR, 2003, p. 1029).

Conquanto o pregoeiro responda pessoal e isoladamente pelos atos procedimentais do pregão, tal fato não impede, para resguardar a qualidade da contratação, caso seja necessário, que ele “converta o julgamento em diligência para colher elementos que complementem a instrução do processo e o habilitem a decidir em face de matéria carente de subsídios técnicos” (PEREIRA JUNIOR, 2003, p. 1025).

“Será útil para atender a tais situações, que os editais de pregão estabeleçam claros e objetivos critérios a serem observados pelo pregoeiro no julgamento da aceitabilidade das propostas”

(PEREIRA JUNIOR, 2003, p. 1036). Pois, caso não haja uma adequada preparação na fase da especificação e do edital, o risco de se comprar mal se estende a qualquer que seja o item a ser adquirido.

A utilização do pregão, especialmente o eletrônico, tem possibilitado que um número maior de licitantes participe dos certames, o que contribui para a ampliação do controle social dos atos administrativos, reduz a incidência de fraudes nos procedimentos licitatórios e amplia a competitividade, contribuindo para que a Administração possa se beneficiar de propostas mais vantajosas (DOTTI & PEREIRA JÚNIOR, Brasília: agosto de 2007, p. 126).

Diante da existência de modalidade tão vantajosa para a administração, deve o administrador público, considerando os princípios que norteiam todo o arcabouço jurídico pátrio, refletir sobre a conveniência e oportunidade de sua de utilização. Os administradores públicos, diante de tais circunstâncias, já têm utilizado a nova modalidade, o que levou a que vários julgados do TCU tenham, modernamente e no caso concreto, admitido e até mesmo incentivado tal prática para obras e serviços de engenharia.

Conclusão

Tendo em vista a proibição expressa no art. 5º do Dec. nº 3.555/2000, de que não se aplica a modalidade de licitação pregão às contratações de obras e serviços de engenharia – mesmo tendo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União sido reformada –, essa modalidade de licitação ainda não é uti-

lizada amplamente nas contratações tidas como comuns.

Não é raro encontrar o entendimento, dentre os agentes responsáveis pela condução dos processos licitatórios, de que, por receio de serem questionados e responsabilizados quanto à incompatibilidade da modalidade adotada, preferem atender à literalidade do que disciplina o Dec. nº 3.555/2000 e se utilizar das modalidades previstas na Lei 8.666/93.

Não é raro também identificar operadores dos órgãos de controle interno se debatendo com a questão da impossibilidade de contratação de obras e serviços de engenharia mediante a utilização do pregão, por não terem ainda absorvido entendimento diverso.

Verificam-se, ainda, na rede mundial de computadores (internet), posicionamentos visceralmente contrários à utilização da modalidade pregão para tais serviços e obras de engenharia, ignorando sua possibilidade fática e, mais ainda, as enormes vantagens advindas da sua utilização pela Administração.

Sendo assim, mister se faz que o ordenamento jurídico vigente seja readequado às necessidades da Administração, à jurisprudência e ao posicionamento doutrinário atual. Isso visa dar segurança ao administrador público e efetividade à perpetuação dessa nova modalidade também na realização de contratações de obras e serviços de engenharia de baixa complexidade, que possam ser contratados de acordo com o critério de menor preço, para que os ganhos advindos de sua criação e ampla aplicação na aquisição de bens e outros serviços

comuns sejam ampliados e estendidos de forma compulsória às obras e serviços de engenharia, também enquadrados como comuns, passando a ser exceção dispor de outras modalidades para sua contratação.

Para que tal prognóstico ocorra, necessária se faz discussão, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, sobre os limites a partir dos quais as obras e os serviços de engenharia devem ser considerados comuns.

Conclui-se que o pregão, especialmente na forma eletrônica, foi um avanço, no sentido de dar maior transparência e publicidade aos gastos públicos, inibindo fraudes e possibilitando vantagens econômicas inquestionáveis, conforme sucintamente se discorreu no presente trabalho. No entanto, é um mecanismo novo, que demanda aperfeiçoamentos e ampliação da sua utilização.

Referências Bibliográficas

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BITTENCOURT, André. (07 de janeiro de 2009). LUÍS NASSIF ONLINE. Acesso em 06 de julho de 2009, disponível em IG BLOGS E COLUNISTAS: <http://colunistas.ig.com.br/luisnassif/2009/01/07/o-pregao-eletronico/>

DOTTI, Marinês Restelatto & PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *A licitação no formato eletrônico e o compromisso com a eficiência* (projeto de lei nº 7.709 de 2007). Revista da AGU/Escola da Advocacia-Geral da União/Ano V - Número 13, 115-127. Brasília: agosto de 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GOVERNO FEDERAL. (26 de março de 2009). *Comprasnet - Portal de Compras do Governo Federal*. Acesso em 06 de julho de 2009, disponível em <http://www.comprasnet.gov.br/>

GOVERNO FEDERAL. (06 de julho de 2009). Jurisprudência. Fonte: Portal TCU: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/juris_sobre

GOVERNO FEDERAL. (19 de maio de 2008). Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Acesso em 06 de julho de 2009, disponível em <http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=1014&cat=94&sec=7>

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão - Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2005.

LUCIANO, Vagner de Souza. *Contratação de obras e serviços de engenharia por meio do pregão*. Revista da CGU/Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano III, nº 4, Junho/2008, pág. 90-103. Brasília: 2008.

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Licitações e contratos administrativos*. Brasília: Senado Federal, 2004.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003.

TISAKA, Maçahico. (s.d.). *Fórum da construção*. Acesso em 15 de julho de 2009, disponível em IBDA - Instituto Brasileiro de Desenvolvimento da Arquitetura: <http://www.forumdaconstrucao.com.br/conteudo.php?a=0&Cod=136>

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

Máira Hanashiro, graduada em Engenharia de Redes de Comunicação pela UnB, especialista em Auditoria Interna e Controle Governamental pelo Instituto Serzedelo Corrêa do TCU e mestre em Engenharia Elétrica pela UnB, Analista de Finanças e Controle da CGU, lotada na Coordenação-Geral de Auditoria da Área de Saúde (CGU/SFC/DSDSSAU).

1. Introdução

Nos últimos anos, a exemplo do que ocorre no setor privado, as atividades do setor público têm-se tornado cada vez mais dependentes de processos de Tecnologia da Informação (TI) e das informações geradas por eles.

Em 2008, o Tribunal de Contas da União realizou um trabalho de levantamento de gastos em TI na Administração Pública Federal (APF) [1], verificando que a estrutura do Orçamento Geral da União não permite a identificação precisa dos gastos em TI por não conter classificações orçamentárias específicas para todos os tipos de bens e serviços relacionados ao domínio de Tecnologia da Informação, assim como pela dispersão desses gastos nas ações finalísticas e de apoio de cada Órgão ou Entidade, restando sem identificação parcela significativa dos gastos em TI.

Esse levantamento verificou que os gastos identificáveis em TI dentro da APF cresceram de 4,2 a 6,5 bilhões de reais, de 2002 a 2006.

Todavia, apesar de as estimativas de gastos já serem elevadas, a importância da Tecnologia da Informação para a Administração Pública não está apenas nos recursos utilizados diretamente na sua aquisição e manutenção. Muitas vezes, mais valiosa do que a própria TI é a informação gerada por ela. Por exemplo, o valor real do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI)¹ [2] cresce vertiginosamente se forem considerados todos os recursos por ele geridos e os riscos envolvidos caso apresente problemas operacionais e de segurança da informação. Nesse caso, o prejuízo, na eventualidade de o banco de dados do SIAFI e seu ba-

1. Sistema informatizado de controle e acompanhamento dos gastos públicos.

Muitas vezes, mais valiosa do que a própria TI é a informação gerida por ela.

ckup serem destruídos, seria muito maior do que o valor dos recursos aplicados em seu desenvolvimento e manutenção, pois significaria a perda de todas as informações referentes às movimentações financeiras do Governo Federal.

Assim, com o aumento dos investimentos, a área de TI tem-se tornado estratégica para toda a Administração Pública. Entretanto, por ser uma área relativamente nova, possui ainda, na maioria dos órgãos, controles internos não plenamente fortalecidos. Diante disso, é essencial que esses controles sejam reforçados.

Como a Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), tem o papel de Controle Interno do Poder Executivo da Administração Federal, torna-se importante que o órgão dê maturidade às ações de controle de Auditoria de TI.

De forma a atender essa crescente demanda, em 2004 e 2006, foram realizados concursos para a contratação de servidores com conhecimentos específicos em TI, tanto para a realização de trabalhos técnicos na área de informática quanto para a realização de auditorias na SFC. Assim, com a entrada desses servidores, foram iniciadas algumas tentativas, por parte das Diretorias dessa Secretaria, de aumen-

tar e aperfeiçoar as ações de controle nessa área de conhecimento.

No segundo semestre de 2006, a Diretoria de Auditoria da Área Social (DS) começou a incentivar os servidores com conhecimentos em Tecnologia da Informação a participarem de Congressos e cursos de Auditoria de TI.

No início de 2007, foi criado o Grupo de Soluções em TI da DR (GSTI-DR), com a finalidade de estudar, elaborar, propor e implementar soluções na área de Tecnologia da Informação. O GSTI-DR deu início a dois projetos:

i. Projeto de Desenvolvimento de Procedimentos de Auditoria em TI:

resultou na criação de 13 procedimentos de Auditoria de TI, englobando aquisição de bens e serviços de TI, planejamento estratégico de TI, política de segurança da informação, terceirização em TI, gerenciamento de projetos de TI, desenvolvimentos de sistemas, entre outros.

ii. Projeto de Padronização de Banco de Dados:

resultou na criação da solução Banco de Dados Interativo (BDI/CGU), cujo objetivo é disponibilizar um ambiente de Sistema Gerenciador de Banco de Dados (SGBD) para manipulação e tratamento de dados às diversas Unidades da CGU.

Todavia, após mudanças na direção e na lotação de servidores de TI e redefinição de prioridades no âmbito das Coordenações, os trabalhos do GSTI-DR foram descontinuados.

Além dessas, houve iniciativas isoladas de servidores da CGU que produziram trabalhos acadêmicos na área de Auditoria de TI [3] [4] [5] [6].

Assim, a fim de se fazer um diagnóstico da situação atual da Auditoria de TI no âmbito da SFC, identificando-se as fragilidades e a necessidade da Auditoria de TI, realizou-se uma pesquisa de opinião, com aplicação de questionários, junto a Coordenadores-Gerais e servidores das áreas finalísticas da SFC. Os resultados dessa pesquisa servem de motivação para a proposta do modelo apresentado.

O ponto principal do modelo proposto é a criação de um escritório de projetos de Auditoria de TI, que terá como objetivo ser um núcleo de realização de ações de controle, decisões estratégicas, capacitação e apoio técnico acerca desse tipo de auditoria.

Por fim, cabe observar que o presente artigo apresenta um sumário do Trabalho de Conclusão de Curso [7] da Especialização em Auditoria Interna e Controle Governamental do Instituto Serzedelo Corrêa (ISC) do Tribunal de Contas da União (TCU), em parceria com a Advocacia-Geral da União (AGU), a Câmara dos Deputados (CD) e a Controladoria-Geral da União (CGU)².

2. Diagnóstico da auditoria de TI na SFC

O Diagnóstico da Auditoria de TI é uma coletânea de percepções e opiniões dos Coordenadores das Unidades finalísticas da SFC e dos servidores com conhecimento em TI, doravante chamados de servidores de TI, acerca desse tipo de auditoria.

Para compor o universo dessa pesquisa, foram selecionados todos os Coordenadores de Unidades finalísticas

da SFC, resultando em 24 entrevistados. Já no caso dos servidores, foi realizado o levantamento da lista dos servidores da SFC com conhecimento de TI e/ou que atuam em Auditorias de TI junto aos Gabinetes das Diretorias.

O universo da pesquisa, que ocorreu por meio de censo, considerou apenas aqueles servidores que trabalhassem em Coordenações de atuação predominantemente finalística.

A lista final possui 47 servidores, sendo 9 da Diretoria da Auditoria da Área Econômica (DE), 8 da Diretoria de Auditoria da Área de Infraestrutura (DI), 9 da Diretoria de Auditoria de Pessoal, Previdência e Trabalho (DP), 9 da Diretoria de Auditoria da Área de Produção e Tecnologia (DR) e 12 da Diretoria de Auditoria da Área Social (DS), distribuídos entre as Coordenações de cada uma dessas Diretorias, como pode ser visualizado na Figura 2.1:

Dos 24 Coordenadores, 21 responderam ao questionário. Já dos 47 servidores do universo, 44 responderam ao questionário.

A seguir são apresentados os principais resultados da pesquisa:

2.1. Distribuição de servidores de TI

Das 25 Coordenações de atuação finalística, 18 (72%) possuem, pelo menos, um servidor com conhecimento em TI em seu corpo técnico.

² Um artigo com conteúdo semelhante a este será publicado pelo TCU.

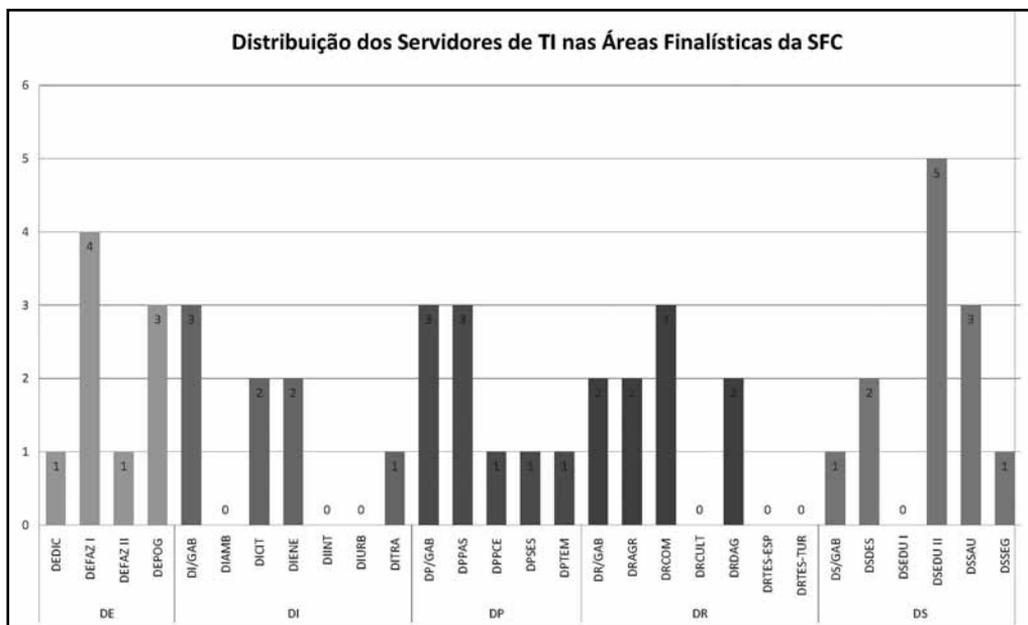


FIGURA 2.1: Distribuição dos servidores de TI nas áreas finalísticas da SFC.

A partir do levantamento dos servidores de TI da SFC, foi possível verificar-se que, desde 2004, 183 servidores tomaram posse, sendo que 141 continuam em exercício. Observa-se, portanto, que a CGU registra um percentual de perda de servidores de TI, de 2004 a 2009, de 23%.

No contexto da SFC, a perda de aproximadamente 23%, de 2004 a 2009, dos servidores de TI, acarreta na perda de quase $\frac{1}{4}$ do conhecimento da Secretaria em Auditoria de Tecnologia da Informação, uma vez que, em geral, o conhecimento nesse tipo de Auditoria na SFC é baseado no indivíduo, e não nos processos organizacionais, em decorrência do baixo nível de maturidade desse processo (vide item 2.4). Quando se analisa cada Coordenação isoladamente, a perda de conhecimento pode chegar a 100%, principalmente no caso daquelas que possuem apenas um servidor de TI.

2.2. Grau de necessidade da Auditoria de TI dentro da SFC

Perguntados sobre como poderia ser classificada a necessidade de TI dentro do escopo da Coordenação, 24% dos Coordenadores afirmaram que a necessidade é Muito Alta, outros 52% afirmaram que a necessidade é Alta, e os demais 24% afirmaram que a necessidade é Média.

Dos 44 servidores que participaram da pesquisa, perguntados sobre como poderia ser classificada a necessidade de TI dentro do escopo da Coordenação, 27% dos servidores afirmaram que a necessidade é Muito Alta, outros 48% afirmaram que é Alta, 11% afirmaram que é Média, 5% afirmaram que é Baixa, e os demais 9% afirmaram que é Muito Baixa.

Assim, observou-se que, no geral, é consenso entre os participantes da pesquisa a alta necessidade da Auditoria de TI no âmbito de suas Coordenações.

2.3. Trabalhos realizados

Dos 21 Coordenadores que responderam aos questionários, 14 (66,70%) possuem servidores de TI em seu corpo técnico, e 7 (33,30%) não os possuem.

No caso dos Coordenadores, apenas 57% afirmaram que já foram realizados trabalhos específicos de Auditoria de TI em sua Coordenação, apesar de 66,70% possuírem servidores de TI. Já dos Servidores que participaram da pesquisa, 66% afirmaram que já foram realizados trabalhos específicos, e 77% afirmaram que já foram realizados trabalhos genéricos de Auditoria de TI em suas Unidades de lotação.

Perguntados sobre a opção que melhor retrata a frequência com que o servidor realizou atividades de Auditoria Comum, Ações de Controle com foco em TI e Trabalhos de Informática no último ano, observou-se que 75% dos servidores realizam trabalhos de Auditoria Comum “Muitas Vezes” ou “Sempre”, enquanto apenas 29,54% executam ações de controle com foco em TI “Muitas Vezes” ou “Sempre”, sendo que a maioria desses servidores (85,11% do universo) prestou concurso para vagas específicas de TI.

Outra questão que merece destaque nos resultados é que, somando-se as frequências “Eventualmente”, “Muitas Vezes” e “Sempre”, observa-se que 63,64% dos colaboradores da pesquisa executam trabalhos relacionados à informática (sem foco em Auditoria), embora a CGU tenha uma área específica para esse tipo de demandas, a DSI.

Com isso, verificou-se que a estratégia de distribuir os servidores de TI dentro da SFC sem que houvesse apoio institucional formalizado, apoio técnico e capacitação para a realização de Auditoria de TI teve como consequência o subaproveitamento do conhecimento específico desses servidores e o desvio de foco dos trabalhos realizados por eles.

2.4. Níveis de maturidade

Baseado no COBIT 4.1 [8], foram adaptados seus níveis de maturidade para o processo de Auditoria de TI.

A maioria das Unidades foi classificada, pelos Coordenadores, no nível de maturidade “1 – Inicial/Ad Hoc” (81%), e algumas no nível “2 – Repetível, porém intuitivo” (14%). Apenas um Coordenador (5%) classificou sua Unidade como estando no nível de maturidade “4 – Gerenciado”. Já no caso dos servidores, 16% classificaram sua Coordenação no nível “0 – Inexistente”; 66%, no nível “1 – Inicial/Ad Hoc”; 16%, no nível “2 – Repetível, porém intuitivo”; e 2%, no nível “3 – Definido”.

Assim, a maioria, 70% de todos os participantes da pesquisa, considerou que suas Coordenações se enquadram no nível de maturidade “1 – Inicial /Ad-Hoc”, em que há evidências de que a Coordenação reconhece que o processo de Auditoria de TI existe e de que as necessidades devem ser mapeadas. Entretanto, não há um processo padronizado, e a execução das ações de controle de TI é feita caso a caso, baseada apenas nos processos genéricos de auditoria da Secretaria Federal de Controle.

Vale ressaltar que o nível de maturidade da Auditoria de TI na SFC está di-

retamente relacionado ao nível de maturidade da Auditoria de TI nas Coordenações. Assim, por a pesquisa ter sido censitária, pelos resultados, pode-se inferir que o nível de maturidade de Auditoria de TI predominante na SFC é o “1 – Inicial/Ad-Hoc”.

2.5. Dificuldades

Observou-se também que as dificuldades enfrentadas para a realização de Auditoria de TI dentro da Coordenação guardam coerência entre ambos os pontos de vista:

a) Para os Coordenadores, a falta de servidores capacitados, que envolve tanto a quantidade insuficiente de servidores de TI quanto a deficiência de capacitação específica para os servidores de TI existentes nas Unidades, foi o item de maior ocorrência. Essa dificuldade é coerente com a terceira de maior ocorrência por parte dos servidores, a deficiência na capacitação para esse tipo de auditoria.

b) A ausência de uma linguagem comum ou padrão dentro da SFC sobre Auditoria de TI e a falta de apoio técnico sobre Auditoria de TI foram duas dificuldades apontadas por mais de 60% do total de participantes da pesquisa. Essas duas dificuldades influenciam diretamente na qualidade dos trabalhos realizados, uma vez que a ausência de uma padronização de linguagem de Auditoria de TI contribui para a realização de ações de controle desordenadas, com critérios de avaliação diferentes e, muitas vezes, para um mesmo tipo de constatação, recomendações incoerentes e conflitantes, dificultando a comunicação entre auditor e auditado. A falta de apoio técnico impossibilita o

monitoramento e uma melhoria institucional e eficaz desse tipo de auditoria.

c) As dificuldades do item b são consequência de outra dificuldade que apresentou alta ocorrência (66,15%): a inexistência de um núcleo consultivo de Auditoria de TI dentro da SFC. Em decorrência do modelo de alocação pulverizada dos servidores de TI dentro da SFC, a inexistência desse núcleo é uma barreira à centralização de conhecimentos e informações sobre Auditoria de TI, que poderiam ser acessados e repassados a todos de maneira institucional, evitando que a única opção aos servidores que realizem esse tipo de auditoria seja a consulta a fontes alternativas, muitas vezes, ineficazes e não seguras.

Dessa forma, verificou-se que a Auditoria de TI ainda é um processo em fase de amadurecimento dentro da SFC, apesar da alta necessidade diagnosticada.

3. Proposta

3.1. Fundamentos do Modelo

Para tentar minimizar as dificuldades de realização de Auditoria de TI detectadas nessa pesquisa, e com base nas forças e fraquezas detectadas nas Unidades temáticas já existentes na SFC, propõe-se um modelo de Unidade de Auditoria de TI dentro da SFC, baseado no conceito de escritório de projetos.

O modelo apresentado é baseado nos conceitos do *Project Management Body of Knowledge* (PMBOK) [9], que é um conjunto de conhecimentos em gestão de projetos amplamente reconhecidos como boas práticas, elaborado pelo

Project Management Institute (PMI). Não se trata de uma metodologia, mas de uma visão geral sobre a correta aplicação de habilidades, ferramentas e técnicas que pode aumentar a chance de sucesso dos projetos.

Por meio da utilização das técnicas de Gerência de Projetos, é possível tornar ordenadas e controláveis atividades geralmente realizadas de forma desordenada e pontual (*ad hoc*), agregando, assim, valor à organização e às atividades realizadas por ela.

Devido à diversidade das áreas de Auditoria de TI, às peculiaridades de cada ambiente auditado, à vasta possibilidade de definição de escopos e à delimitação de tempo para realização, cada auditoria pode ser tratada como um projeto.

De acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), na norma NBR 10006 [10], Projeto é “processo único consistindo de um grupo de atividades coordenadas e controladas com datas para início e término, empreendido para alcance de um objetivo conforme requisitos específicos, incluindo limitações de tempo, custo e recursos”. Na mesma linha, segundo o PMBOK, “um projeto é um **esforço temporário** empreendido para criar um **produto, serviço ou resultado exclusivo**”.

- Temporário significa que todos os projetos possuem um início e um final definidos. Toda auditoria é delimitada no tempo.
- Um projeto cria entregas exclusivas, que são produtos, serviços ou resultados. Uma auditoria produz resultados finais em forma de documentos, como notas técnicas, pareceres, recomendações e relatórios.

Diante disto, tratar a Auditoria de TI como um projeto é possibilitar que se apliquem a ela as técnicas de Gerenciamento de Projeto conhecidas e mais aceitas no mercado nacional e internacional, aumentando-se a qualidade dos produtos e diminuindo-se os riscos de fracasso das ações de controle. Dessa forma, este trabalho propõe a criação de um escritório de projetos de Auditoria de TI, no âmbito da SFC, com a denominação de **Coordenação-Geral de Auditoria de Tecnologia da Informação (GSTIN)**.

De acordo com o PMBOK 2008, “um escritório de projetos (*Project Management Office* - PMO) é um corpo ou Entidade organizacional à qual são atribuídas várias responsabilidades relacionadas ao gerenciamento centralizado e coordenado dos projetos sob seu domínio.” Ainda de acordo com a literatura em questão, “as responsabilidades de um PMO podem variar desde fornecer funções de suporte ao gerenciamento de projetos até ser responsável pelo gerenciamento direto de um projeto”.

O PMO se concentra no planejamento, na priorização e na execução coordenados de projetos e subprojetos vinculados aos objetivos gerais de negócios. Além disso, ele pode centralizar as lições aprendidas e metodologias utilizadas nos projetos, de forma a permitir acesso a esse conhecimento a todas as equipes e projetos de auditoria; gerenciar recursos compartilhados entre todos os projetos administrados; orientar, treinar e supervisionar projetos; desenvolver e gerenciar políticas, procedimentos, formulários e outras documentações compartilhadas do projeto; e coordenar as comunicações entre projetos.

Portanto, a GSTIN seria uma Unidade em que os projetos de Auditoria de TI poderiam ser centralizados e coordenados de forma a melhor distribuí-los dentro da SFC, possibilitando que as iniciativas de auditoria deixem de ser predominantemente *ad hoc* e possam ser padronizadas e bem gerenciadas, de acordo com padrões e técnicas selecionados pelo próprio escritório, de forma a criar uma metodologia documentada e homologada.

Além disso, a existência dessa Unidade possibilita a melhoria contínua do processo, uma vez que pode centralizar o aprendizado e os problemas resultantes de cada projeto, utilizando-os para corrigir fragilidade da metodologia e adaptá-la a mudanças que possam ocorrer em padrões e modelos que a embasam.

Assim, os projetos de auditoria poderiam ser mais bem programados e coordenados, o conhecimento adquirido nas auditorias seria sistematizado e compartilhado, e o esforço de padronização de diretrizes e linguagem dentro do órgão de controle seria aprimorado.

3.2. Estrutura da GSTIN

Inicialmente, a Coordenação-Geral de Auditoria de Tecnologia da Informação (GSTIN), com o status de Coordenação da SFC, devido ao fato de não haver Diretoria com ações de controle voltadas a temas, estaria diretamente ligada ao Secretário Federal de Controle Interno.

Futuramente, com a criação de outras coordenações baseadas em temas, tais como Obras e Convênios, poderia ser criada uma diretoria temática, à

qual a GSTIN estaria subordinada. Tal diretoria teria a mesma estrutura organizacional das demais da SFC, com a diferença de que suas coordenações seriam organizadas com base nos temas de que tratariam, e não divididas por ministério.

Como forma de atuação inicial, propõe-se a criação da Coordenação com um Coordenador-Geral, um Assistente Técnico e cinco Chefes de Divisão, além da equipe de cada Chefe. Cada divisão forma uma equipe de projeto, em que o Chefe de Divisão teria o papel de Gerente de Projetos.

O modelo apresenta cinco divisões, pois cada Equipe de Projeto atuaria como contraparte de uma diretoria da SFC, de forma a se estabelecer cinco canais de comunicação. Cada equipe seria responsável pelo gerenciamento, pela comunicação e pelo apoio técnico das coordenações de sua diretoria contraparte.

Além disso, as unidades finalísticas deveriam continuar dispostas de servidores de TI para a realização de trabalhos de Auditoria de TI com orientação e/ou apoio técnico da GSTIN.

De acordo com o PMBOK, as estruturas organizacionais variam de funcionais a projetizadas, com diversas estruturas matriciais entre elas. Na CGU, atualmente, predomina a estrutura funcional clássica. Com a criação da GSTIN, a SFC seria uma organização mista, pois teria uma estrutura projetizada dentro da própria Coordenação, uma estrutura funcional clássica nas demais unidades da Secretaria e uma estrutura matricial balanceada na relação da GSTIN com as demais unidades finalísticas.

Cabe observar que a adoção de uma coordenação projetizada em uma estrutura tradicionalmente funcional, como a maioria dos órgãos públicos, é um grande desafio, que exigirá um planejamento bem elaborado e uma reeducação cultural na instituição, a fim de que sejam evitados dificuldades de comunicação, deficiências na execução de projetos e choques de autoridade entre a hierarquia tradicional e os gerentes de projeto.

Conclusão

A partir da verificação dos altos investimentos e da crescente dependência em Tecnologia da Informação no contexto da Administração Pública, observou-se a necessidade de fortalecimento da Auditoria de TI.

A pesquisa, realizada por meio de um diagnóstico da Auditoria de TI no âmbito da SFC, demonstrou, de acordo com a opinião dos entrevistados, que a maioria dos servidores de TI e dos coordenadores-gerais das unidades finalísticas da SFC considera a necessidade de Auditoria de TI alta dentro do escopo de suas áreas de atuação. Julgam também que o nível de maturidade dos processos de Auditoria de TI ainda é inicial, ou seja, não há um processo padronizado, e a execução das ações de controle de TI é feita caso a caso, baseada apenas nos processos genéricos de auditoria da Secretaria Federal de Controle.

Ademais, foram também detectados, dentre outros aspectos, o não aproveitamento pleno dos servidores de TI nas ações de controle de TI; a falta de capacitação sistematizada nessa área de atuação; a ausência de uma linguagem co-

mum ou padrão dentro da SFC sobre Auditoria de TI; e a inexistência de um núcleo consultivo de Auditoria de TI dentro da SFC.

A fim de buscar solucionar tais questões, foi proposta a criação de um escritório de projetos de Auditoria de TI para a SFC, a Coordenação-Geral de Auditoria de TI (GSTIN). Essa Coordenação teria como principais funções a execução de ações de controle de TI, o gerenciamento de auditorias de TI realizadas em conjunto com outras Coordenações, a centralização de conhecimento nesse tipo de ação de controle, a capacitação dos servidores de TI e o apoio técnico a outras unidades na realização de Auditorias de TI. Sua forma de atuação seria orientada pelas melhores práticas de gerenciamento de projetos, de forma a agregar eficiência e eficácia às auditorias realizadas.

Com isso, criar-se-iam condições para que fosse elevado o nível de maturidade da Auditoria de TI no âmbito da SFC, com aumento da capacidade técnica nesse tipo de ação de controle, melhor aproveitamento do conhecimento dos servidores de TI, padronização de uma linguagem de Auditoria de TI e conseqüente melhoria da qualidade dos trabalhos.

Ademais, os impactos das exonerações, vacâncias, remoções e permutas poderiam ser diminuídos se houvesse a concentração formal do conhecimento em um núcleo técnico de Auditoria de TI, diminuindo o foco no indivíduo e fortalecendo a instituição.

Além desses benefícios primários, é conseqüência secundária da implementação do modelo proposto o auxílio nas seguintes atividades: identificação de

problemas crônicos de Tecnologia da Informação na Administração Pública, fortalecimento da Governança e da Segurança de TI nas unidades auditadas, identificação de problemas crônicos de Tecnologia da Informação na Administração Pública, incentivo à produção de normas específicas que regulem a TI dentro da APF e, por fim, fortalecimento da comunicação com outros órgãos de controle na área de TI.

Por fim, a pesquisa também possibilitou a percepção da aprovação, por

parte dos coordenadores-gerais e servidores de TI, de que é necessário o investimento da CGU no fortalecimento desse tipo de auditoria dentro da SFC, por meio da criação de um núcleo técnico. O apoio desses agentes também é de fundamental importância para que a proposta alcance o êxito desejado. Dessa forma, a implementação do modelo não seria uma imposição da Alta Administração, mas o resultado da detecção de uma necessidade real por parte da maioria dos futuros clientes da nova Coordenação dentro da SFC.

Referências Bibliográficas

[1] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de Levantamento de Auditoria elaborado no âmbito da SEFTI (Gastos em Tecnologia da Informação na Administração Pública Federal), TC nº 007.972/2007-8. Brasília, 2008.

[2] SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. Informações sobre o SIAFI. Disponível em <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/SIAFI>>. Acesso em: 25 out. 2009.

[3] HANASHIRO, Maíra. 2007. Metodologia para Desenvolvimento de Procedimentos e Planejamento de Auditorias de TI aplicadas à Administração Pública Federal. Dissertação de Mestrado - Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

[4] HANASHIRO, M. ; PUTTINI, R. S. Metodologia para Desenvolvimento de Procedimentos de Auditoria de Tecnologia da Informação Aplicada à Administração Pública Federal Brasileira. Proceedings of 6th International Information and Telecommunication Technologies Symposium, Brasília, 2007.

[5] ROCHA, Rogério Xavier. Proposta de Procedimento Simplificado de Auditoria de Gestão em Segurança da Informação em Órgão do Poder Executivo Federal. Monografia de Especialização- Universidade de Brasília. Brasília, 2008.

[6] SILVA, Carlos Alberto dos Santos. Diretrizes para Auditoria do Processo de Contratação de

Tecnologia da Informação na Administração Pública. Dissertação de Mestrado - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2008.

[7] HANASHIRO, Maíra. AUDITORIA DE TI NA CGU: Proposta de Modelo de Implementação de Auditoria de Tecnologia da Informação no âmbito da Controladoria-Geral da União. Monografia (Especialização em Auditoria Interna e Controle Governamental do Instituto Serzedelo Corrêa) – Tribunal de Contas da União. Brasília, 2010.

[8] IT GOVERNANCE INSTITUTE. COBIT 4.1, Rolling Meadows, 2007.

[9] PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE. A guide to the Project Management Body of Knowledge (PMBOK® Guide), Quarta Edição, 2008.

[10] ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS ABNT. NBR 10006: Gestão da qualidade – diretrizes para a qualidade no gerenciamento de projetos. Rio de Janeiro, dez. 2000.

[11] BRASIL. Portaria n.º 570, de 11 de maio de 2007, aprova o Regimento Interno da Controladoria-Geral da União. Controladoria-Geral da União. Brasília, DF, 11 maio 2007.

[12] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria nº 003, de 25 de novembro de 2008. Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação. Brasília, 2008.

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

Paulo Roberto de Araújo Ramos, licenciado em Matemática e bacharel em Ciências Contábeis pela UFMA, com especialização em Controladoria pela Universidade Estácio de Sá, professor de Contabilidade Pública da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas de São Luís (FACSÃO LUIS) e Analista de Finanças e Controle da CGU/MA.

1. Introdução

A corrupção não pode ser atribuída como característica ontológica de um determinado povo ou cultura. Trata-se, em verdade, de um fenômeno transnacional que pode ser encontrado em qualquer segmento social ou econômico, em diferentes escalas, e, seguramente, sempre pode ser constatada em corporações privadas e públicas no mundo inteiro.

Em razão, sobretudo, do avanço da globalização, que, em sua esteira, tem propiciado a transferência on-line de capitais e informações entre mercados de todo o mundo, cada vez mais os Estados modernos têm sido compelidos a enfrentar a corrupção ordenada e conjuntamente, não apenas com o fortalecimento dos seus sistemas de controles internos, mas também por meio de convenções e outros tratados multilaterais. Nesse sentido, o Brasil já ratificou três tratados voltados para a

cooperação internacional no combate à corrupção: a Convenção Interamericana Contra a Corrupção; a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção; e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

A denominação “lavagem de dinheiro” expressa, na prática, um conjunto de operações por meio das quais os bens de um modo geral – e o dinheiro, em particular – nascidos de atividades delitivas são inicialmente ocultados e mais tarde integrados nos sistemas econômico-financeiros, transformando-se em “bens e/ou dinheiro legítimos”.

Dentre os criminosos que precisam “lavar dinheiro”, estão narcotraficantes, estelionatários, terroristas, políticos e funcionários públicos corruptos. Por óbvio, para este último grupo, o nasce-

douro dos bens e dinheiros a serem “lavados” provém de atos ilegais no desempenho dos seus papéis na estrutura organizacional do Estado, o que justifica a inserção de atos de corrupção como crime antecedente e conexo ao crime de “lavagem de dinheiro”.

2. Objetivos

O presente artigo tem como principal objetivo apresentar razões e fatores estratégicos que contribuem para a prática de atos de corrupção na Administração Pública e sua relação, na condição de antecedentes, com os crimes de lavagem de dinheiro. Apresenta-se um panorama geral da corrupção nos setores público e privado; em seguida, aborda-se, de forma sintética, o desenvolvimento da legislação de combate à lavagem de dinheiro nos Estados Unidos da América do Norte e sua relação com o diploma que trata do assunto no Brasil. Na sequência, como corolário do binômio “corrupção no setor público e crime de lavagem de dinheiro”, o artigo discorre sobre algumas medidas para prevenção e combate às práticas de corrupção no setor público e apresenta sugestões para um maior controle das operações realizadas por agentes públicos e políticos, destacando os efeitos socioeconômicos da corrupção.

Por último, cumpre esclarecer que o artigo não tem a pretensão de fazer uma análise comparativa das legislações brasileira e estadunidense que tratam dos crimes de lavagem de ativos, o que exigiria um confronto pormenorizado de doutrinas, jurisprudências e sistemas jurídicos distintos. Tampouco o trabalho se ocupa de encontrar as razões sociológicas e educacionais que têm levado

à prática de atos de corrupção no Brasil. Busca, tão somente, evidenciar como a ausência de mecanismos adequados de controles internos leva a um ambiente propício à prática da corrupção, formação de “caixa dois”, sonegação fiscal e a outras práticas nefastas que alimentam o pagamento de propinas, financiam ilegalmente campanhas eleitorais e corrompem agentes públicos nos mais diversos escalões, servindo como retroalimentação para a prática de crimes de lavagem de dinheiro.

3. Do estudo

3.1. Abrangência do termo “corrupção”

É inegável que, para grande parte dos cidadãos, o termo corrupção expressa ou reúne várias condutas danosas à função pública. No presente trabalho, segue-se essa linha, pois o significado aqui emprestado ao termo corrupção extrapola o jurídico-legal estabelecido nos artigos 317 (corrupção passiva) e 333 (corrupção ativa) do Código Penal Brasileiro, seguindo assim a amplitude adotada nos tratados internacionais que versam sobre o tema. Em especial, é relevante trazer à baila o contido no artigo VI da Convenção Interamericana Contra a Corrupção¹:

Esta Convenção é aplicável aos seguintes atos de corrupção:

a) a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores,

promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;

b) a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;

c) a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilícitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;

d) o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e

e) a participação, como autor, coautor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.

O mesmo vale também quando o texto faz referência a servidor ou agente público, pois se empresta ao termo amplo entendimento, a exemplo do contido na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção², que assim define:

Por “funcionário público” se entenderá: i) toda pessoa que ocupe um cargo legislativo, executivo, administrativo ou judicial de um Estado Parte, já designado ou empossado, permanente ou temporário, remunerado ou honorário, seja qual for o tempo dessa pessoa no cargo; ii) toda pessoa que desempenhe uma função pública, inclusive em um organismo público ou numa empresa pública, ou que preste um serviço público, segundo definido na legislação interna do Estado Parte e se aplique na esfera pertinente do ordenamento jurídico desse Estado Parte; iii) toda pessoa definida como “funcionário público” na legislação interna de um Estado Parte.

3.2. Corrupção nas corporações privadas

Nas corporações privadas, o ato ou efeito de corromper se expressa por meio de fraudes internas, as quais encerram amplo espectro de ilícitos perpetrados contra a empresa por seus empregados, administradores, acionistas, clientes e fornecedores.

Por razões didáticas, as fraudes internas normalmente são divididas em duas categorias: fraudes com registros nos livros contábeis e fraudes sem registro nos livros contábeis. Da primeira categoria, fazem parte as fraudes que afetam diretamente o fluxo contábil ou de caixa das empresas, sendo as mais comuns:

a) faturamentos irregulares por serviços não prestados, ou mercadorias não entregues; superfaturamento;

b) lançamentos de pagamentos indevidos ou fictícios;

c) omissões ou falsificações nos registros de operações contábeis;

d) alterações e desvios nos estoques de mercadorias e bens da empresa; e

e) lançamentos de gastos de consumo irregulares.

Sem necessidade de um maior esforço interpretativo, é perceptível que os exemplos destacados nas alíneas acima estão presentes nas prestações de contas de diversos órgãos públicos pátrios, sobretudo na esfera municipal, mais contaminada em razão dos poucos controles contábeis e administrativos.

Já na segunda categoria (fraudes sem registro nos livros contábeis) se destacam:

a) as vendas em dinheiro, sem emissão da correspondente nota fiscal e sem o registro contábil, com desvio do valor da venda;

b) desvio de clientes ou negócios da corporação para outra empresa (de mesma propriedade ou de terceiros prepostos e “laranjas”);

c) concessões e benefícios em favor de terceiros apadrinhados; e

d) concessões e benefícios em razão de conflito de interesses.

A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção ocupou-se de inserir em seu texto normas a serem observadas pelos seus signatários para regulamentar seus setores privados, estabelecendo que cada Estado Parte, de conformidade com sua legislação interna, deve adotar medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor priva-

do, bem como estabelecer sanções civis, administrativas ou penais eficazes e dissuasivas em caso de não cumprimento das medidas adotadas.

Dentre as medidas que a Convenção recomenda para prevenir a corrupção, destaca-se a adoção de medidas e procedimentos de auditoria voltados para coibir delitos qualificados no seu texto, tais como o uso de contas e a realização de operações não registradas em livros; o registro de gastos inexistentes; a utilização de documentos falsos; bem como a prevenção quanto aos conflitos de interesse, mediante restrições apropriadas, durante certo período, às atividades profissionais de ex-funcionários públicos contratados pelo setor privado.

Já a Convenção Interamericana Contra a Corrupção estabelece que seus signatários devem adotar medidas para impedir o suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros, tais como mecanismos para garantir que as corporações privadas mantenham registros detalhados que possam refletir com exatidão a aquisição e alienação de ativos e controles contábeis internos que permitam aos funcionários da empresa detectarem a ocorrência de atos de corrupção.

3.3. Corrupção na Administração Pública

Segundo Bobbio³ (2002), a corrupção é um modo de influir nas decisões públicas, e quem dela se serve procura intervir desde a elaboração das decisões governamentais, passando pelo acesso privilegiado a informações, até a aplicação das

normas por parte da Administração Pública e de suas instituições.

Garcia e Alves⁴ (2005, p. 5) sustentam que:

Especificamente em relação à esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção.

A conexão das considerações apresentadas, então, conduz ao raciocínio de que o corrupto procurará intervir no planejamento dos programas de governo – direcionando projetos e atividades de seu interesse, em detrimento das necessidades públicas –, bem como na execução orçamentária e financeira dos créditos e recursos alocados nos orçamentos – com vistas a obter vantagens que lhe assegurem o poder ou o enriquecimento ilícito – e nos órgãos responsáveis pela elaboração das normas, pela fiscalização das ações governamentais e pela aplicação das leis, o que envolve os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Muitas fraudes executadas no setor público se assemelham àquelas verificadas nas corporações privadas, pois, tanto na esfera privada quanto na pública, a existência de oportunidades – agravada pela falta de controles internos eficientes –, aliada à impunidade e ao conflito de interesses, é fator determinante

para a proliferação de atos de corrupção nos mais diversos níveis.

Lançamentos de gastos de consumo irregulares e de pagamentos indevidos ou fictícios são, claramente, exemplos cotidianos de fraudes internas praticadas nas esferas privada e pública, o que também vale, ressalvadas as peculiaridades, para os casos de desvio de clientes ou negócios da corporação para outra empresa (de mesma propriedade ou de terceiros prepostos e “laranjas”), sendo que, nesse caso, a corrupção do agente público se dá mediante fraude no processo licitatório e direcionamento deste para certa empresa.

As duas grandes áreas de atuação dos corruptos, na administração pública, são a institucional e a administrativa, e, no Brasil, são inúmeros os exemplos de processos institucionais e administrativos que propiciam as oportunidades de existência de fraudes e corrupção. Sem a pretensão de exaurir todos os casos, seguem alguns exemplos para reforçar o sustentado.

Processos institucionais:

Negociação entre executivos e parlamentares em torno de emendas orçamentárias – muitas vezes a negociação de emendas orçamentárias é direcionada para determinadas empresas, maculando-se o processo licitatório e até mesmo comprometendo-se, de forma parcial ou integral, a execução do objeto da emenda, dada a existência de uma relação contratual sinalagmática entre a empresa e o agente público. Essa simbiose permite desviar recursos públicos em favor da empresa e/ou do agente corrupto,

que os utilizará para financiar sua próxima campanha eleitoral ou aumentar seu patrimônio pessoal.

Aprovação de leis e regulamentos para beneficiar setores ou grupos econômicos – embora inegável a necessidade de estímulo à iniciativa privada e os aspectos favoráveis de uma economia de mercado, inclusive como ferramenta de combate à corrupção, muitas vezes agentes público e privado veem nas arenas regulatórias brechas para obtenção de vantagens indevidas. Para o agente público, as vantagens se traduzem em bens, dinheiros e emprego de seus apadrinhados na iniciativa privada; o agente privado, por sua vez, visa à obtenção de informações privilegiadas, à eliminação de concorrentes e à manutenção de um nicho de mercado que lhe garantirá receitas certas. A redução da intervenção estatal no domínio econômico, mediante a regulação de áreas que recentemente sofreram privatizações no Brasil, é um bom exemplo do comentado.

Nomeação dos membros de Cortes de Contas e de Tribunais Superiores – como órgãos encarregados do controle das ações do Poder Executivo e na condição de instâncias últimas do Poder Judiciário, as Cortes de Contas e os Tribunais Superiores são frequentemente alvo de atos de corrupção que resultam, muitas vezes, na indicação de agentes cujos comprometimentos políticos prejudicam a independência de suas decisões e produzem desvios comportamentais responsáveis pela manutenção de corporativismos e prerrogativas descabidas, que se traduzem em ilícitos e ineficiências, em um jogo popularmente conhecido como “toma lá dá cá”.

Nessa esteira também se encontram os casos de loteamento político de cargos comissionados na administração direta e nas empresas estatais, que acabam se prestando ao favorecimento pessoal, relegando a segundo plano o caráter meritório. Essa prática faz com que esses cargos se transformem em fonte de renda para os “apadrinhados”, os quais devolvem aos seus “padrinhos” os frutos corruptos do benefício.

Processos Administrativos:

Liquidação/pagamento indevido de faturas irregulares por obras/serviços não prestados ou mercadorias não entregues – caso comum em que o agente público, em conluio com empresas fictícias ou de “fachadas”, liquida e paga notas fiscais/faturas inidôneas ou “frias”, por obras/serviços não realizados ou mercadorias não entregues, com o fito de “esquentar” a despesa. Com isso, o agente terá um documento probante que acoberta o desembolso pelo fornecimento que não se consumou, sendo o dinheiro desviado para rateio entre os conluiados.

Sobrepços e superfaturamentos – realizados mediante aceite de propostas de objetos com valores acima dos praticados pelo mercado, ou pelo pagamento de valores contratados, mas não apurados, restando o montante dos pagamentos indevidos dividido entre os conluiados.

Lançamentos de pagamentos fictícios – bastante comum em municípios pequenos que não dispõem de agências bancárias ou que, mesmo dispondo, efetuam o pagamento de folha de pessoal em espécie. A fraude consis-

te em sacar um elevado valor da conta de pessoal e pagar os servidores no varejo, com valores inferiores aos assinados nas folhas de pagamento, locupletando-se o agente público com a diferença entre o valor sacado e o pago.

Ainda se enquadram nesse processo as omissões e falsificações nos registros de operações contábeis; a ausência de publicidade e transparência dos atos administrativos; os desvios nos estoques de mercadorias e bens; o relaxamento de inspeções; os cancelamentos ou não aplicação de multas; a agilização em processos administrativos; as consultorias etc.

3.4. Crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores

A *“lavagem de dinheiro”*, termo como é mais conhecido esse tipo de delito, é, na prática, o ato de fazer com que dinheiro e outros bens e valores auferidos ilicitamente pelo criminoso retorne a suas mãos de forma aparentemente lícita.

O processo de crescimento e globalização dos mercados financeiros mundiais facilitou a *“lavagem de dinheiro”*, ligando países com diferentes legislações quanto ao sigilo bancário e ao regimento dos seus mercados de capitais, o que torna possível o depósito anônimo de quantias *“sujas”* em um país e, posteriormente, sua transferência para uso em outro. Além disso, os países conhecidos como *“paraísos fiscais”* abertamente se utilizam da *“lavagem”* como fonte de renda para seus mercados. O processo de lavagem de dinheiro envolve três etapas indepen-

des, mas conexas entre si: *colocação, ocultação e integração*.

Colocação – consiste em ocultar a origem do dinheiro *“sujo”* e colocá-lo no sistema financeiro, o que geralmente se dá na forma de depósitos bancários e de aquisição de bens ou de outros instrumentos negociáveis. Para dificultar a identificação da procedência do dinheiro *“sujo”*, é comum o fracionamento dos valores de depósitos bancários e a utilização de estabelecimentos comerciais cujas atividades implicam no trato com grandes volumes de dinheiro em espécie.

Ocultação – essa etapa consiste em dificultar o rastreamento dos registros do dinheiro colocado para afastá-lo da sua origem ilegal. Isso é possível mediante superposição de transações, envolvendo movimentações eletrônicas entre diferentes bancos e contas – inclusive de *“laranjas”* –, transferências entre países, sucessivos saques e depósitos, investimentos em bolsas e até a alteração do dinheiro, mediante compra de ativos, posteriormente negociados.

Integração – etapa final em que o dinheiro (já colocado e ocultado) é reincorporado formalmente ao patrimônio do criminoso, ou de suas empresas, por meios aparentemente legais, como os resultantes de receitas de vendas, da prestação de serviços, da participação em lucros, de resultados de investimentos em ouro, ações etc.

A *lavagem de dinheiro* é um dos crimes mais sofisticados no mundo moderno, e as estratégias utilizadas são variadas. Dentre as mais conhecidas, estão o mercado negro de câmbio; a

criação de empresas fictícias e de fachada; os depósitos estruturados; a compra de bilhetes sorteados; as transações fraudulentas de imóveis; o contrabando de dinheiro etc. Os comentários, a seguir, servem apenas para destacar alguns métodos utilizados por agentes públicos corruptos e já detectados pelos órgãos de controle.

Empresas de fachada – embora existam fisicamente e, em tese, se ocupem de atividades lícitas, são utilizadas como instrumento de lavagem. Recebem recursos desviados dos orçamentos públicos, como pagamento por supostos bens, serviços e obras não executados. No Brasil, empresas dessa natureza foram muito utilizadas para desviar recursos de financiamentos das extintas SUDAM e SUDENE, e ainda hoje essa prática se prolifera.

Empresas fictícias – não existem fisicamente, mas operam de modo semelhante às empresas de fachada e movimentam, em nome próprio, dinheiros desviados dos orçamentos públicos, por fornecimentos não prestados.

Transações fraudulentas de imóveis – o contrato de compra e venda declara valor inferior ao efetivamente pago pelo imóvel. No caso, o valor inicialmente declarado está de acordo com a evolução patrimonial do agente corrupto adquirente. Posteriormente, é novamente lançado no mercado pelo preço real e o novo contrato de compra e venda torna aparentemente lícita a origem da diferença obtida entre as duas operações.

Operações mescladas – o agente corrupto utiliza-se de empresas que mesclam operações lícitas e ilícitas e

apresentam ambas as receitas como advindas de atividades lícitas. Normalmente, tais empresas estão em poder de familiares, “laranjas”, apadrinhados ou sócios (de fato) do corrupto, e a técnica consiste em fazer com que o dinheiro sujo se perca no meio dos negócios usuais operados pela empresa, que deverá atuar em um ramo que exija o manuseio de bastante dinheiro vivo, como bares, lanchonetes, casas noturnas, empresas de transporte.

Contrabando de dinheiro – consiste no transporte físico do dinheiro para outros países, para aplicação em bancos estrangeiros, ou simplesmente no transporte físico do dinheiro para outras localidades, no próprio território, desligando-o da origem ilícita. Sem descer a detalhes, malas de dinheiros já foram aprisionadas em aeroportos nas mãos de agentes públicos, sem contar os casos mais pitorescos como o de transporte de dinheiro em cueca.

Depósitos estruturados – largamente conhecido como “smurfing”, esse método consiste na quebra de grandes quantias de dinheiro em quantias menores e menos suspeitas. O dinheiro é, então, depositado em uma ou mais contas bancárias por várias pessoas (smurfs) – ou por uma única pessoa –, várias vezes, durante certo intervalo de tempo, para não levantar suspeita. No Brasil, os depósitos situam-se logo abaixo do limite dos R\$ 5 mil por depósito.

3.5. Crimes de lavagem de dinheiro nos Estados Unidos

Para Carvalho⁵ (2008), o Direito norte-americano, embora respeite o direito à privacidade financeira e, em consequên-

cia, o sigilo bancário, não lhe confere o status de direito fundamental amparado em norma constitucional que protege a privacidade. Isso porque a Suprema Corte daquele país negou que a Quarta Emenda (que garante o direito do indivíduo à proteção da própria pessoa, casa e documentos contra medidas irrazoáveis do poder público) constitua base jurídica para o sigilo bancário.

Os Estados Unidos foram um dos primeiros países a agir contra o crime de “lavagem de dinheiro” e autoimpuseram-se diversos normativos. No entanto, após os atentados terroristas de 11 de setembro 2001, o tratamento da lavagem de dinheiro nos Estados Unidos se ampliou. Convencidos de que os ataques às torres gêmeas do *World Trade Center* e ao Pentágono contaram com a participação de redes internacionais de lavagem de dinheiro, tomaram para si a missão de reduzir tal prática e o financiamento do terrorismo em todo o mundo.

No plano internacional, vêm realizando acordos de cooperação multilaterais e exercendo fortes pressões sobre os países com os quais mantêm relações comerciais, a fim de que esses Estados adequem suas legislações internas reguladoras dos crimes de *lavagem de dinheiro* e antiterrorismo. Oferecem, em contrapartida, até auxílio para ações antiterrorista a países que com eles colaboram e requeiram assistência. No plano interno, os esforços resultaram na chamada *USA Patriot Act* – lei editada em 2001 para a Supressão Internacional da Lavagem de Dinheiro e do Financiamento de Atividades Terroristas.

Do período antecedente ao 11 de setembro, merecem destaque cinco diplo-

mas citados a seguir, dos quais se fez livre tradução do título original. São eles:

Bank Secrecy Act⁶ (Lei de Sigilo Bancário), de 1970 – a Lei sobre Relatórios de Transações Monetárias Domésticas e Estrangeiras (Currency and Foreign Transactions Reportings Act), mais conhecida com Lei do Sigilo Bancário (Bank Secrecy Act), basicamente eliminou a movimentação bancária anônima nos Estados Unidos, ao impor às entidades creditícias o dever de enviar ao Secretário do Tesouro Americano, no prazo de quinze dias, relatório contendo as movimentações de moeda corrente ou estrangeira de montante superior a 10.000 dólares. Isso inclui a declaração de todas as transações únicas acima de US\$ 10 mil, bem como múltiplas transações totalizando mais de US\$ 10 mil, cuja origem ou destinação seja uma única conta no mesmo dia, devendo constar de tal relatório as identidades dos responsáveis pelas contas movimentadas.

Rights to Financial Privacy Act⁷ (Lei sobre Direito à Privacidade Financeira), de 1978 – conferiu ao Fisco Americano (Internal Revenue Service – IRS) poderes para requisitar informações dos bancos, mediante a observância das garantias processuais estabelecidas na própria lei.

Money Laundering Control Act⁸ (Lei de Controle de Lavagem de Dinheiro), de 1986 – visando a combater a prática de lavagem de dinheiro, a lei criminalizou tal ato como um crime em si mesmo, e não apenas como um desdobramento de outro crime; concedeu ao Secretário do Tesouro Americano o poder de requisitar documentos e informações em poder dos bancos, sem pre-

juízo do dever destes de fornecer às autoridades as informações sobre clientes, contas e operações suspeitas, independentemente de intimação ou de ordem judicial.

Money Laundering Prosecution Improvement Act⁹ (Lei da Melhoria no Processo de Controle de Lavagem de Dinheiro), de 1986 – expandiu a definição de instituição financeira, a fim de alcançar empresas que, embora não se dediquem a essa atividade, são sensíveis às operações de lavagem de dinheiro, ocultas ou intencionais, como lojas de automóveis e imobiliárias. A lei passou a exigir de tais empresas relatórios sobre grandes transações monetárias e identificação das operações a partir de determinado valor (acima de US\$ 3.000).

Money Laundering Suppression Act¹⁰ (Lei da Supressão da Lavagem de Dinheiro), de 1994 – para aumentar o controle sobre as operações suspeitas, a lei passou a obrigar os bancos a estabelecerem suas próprias forças-tarefa para detectar atividades suspeitas em suas instituições.

Pós “11 de setembro”, os Estados Unidos expediram a **USA Patriot Act¹¹, de 2001**. Apresentada como *Ato de Unir e Fortalecer os Estados Unidos por Providenciar Ferramentas Apropriadas e Necessárias para Interceptar e Obstruir o Terrorismo (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism - USA PATRIOT)*, a lei revogou e modificou direitos de imigração e dos imigrantes, estabeleceu controles sobre bens de estrangeiros e até de cidadãos norte-americanos, ascendentes ou descendentes de estrangeiros, sobre os

quais os Estados Unidos entendam existir indícios de comportamento antipatriota.

Em que pese a existência de muitas críticas quanto ao fato de tal lei ser antidemocrática – em decorrência da previsão de suspensão de direitos, garantias e liberdades individuais há muito consolidadas nos Estados Unidos –, cabe aqui, tão somente, discorrer sobre as principais disposições de proteção contra a lavagem de dinheiro ali inseridas, dentre as quais se destacam:

a) Obrigação de as instituições financeiras responderem, em um prazo de 120 horas, às petições de uma agência federal americana, não só sobre as contas mantidas nas agências situadas em território estadunidense, mas também sobre os movimentos ocorridos nas agências do banco situadas em território estrangeiro;

b) Imposição para que os bancos estrangeiros – para conservar o direito de ter agências no território estadunidense, ou de ter relações comerciais com sociedades financeiras estadunidenses – estejam certificados pelo Departamento do Tesouro Americano (*Patriot Act Certification*). Para tanto, tais bancos precisam se submeter a certas condições, como, por exemplo, a identificação precisa dos seus clientes e da procedência dos fundos financeiros que gerem.

c) Estabelecimento de políticas, procedimentos e controles específicos para detectar e informar sobre casos de lavagem de dinheiro por meio de contas bancárias cujos titulares sejam pessoas ou instituições não americanas.

d) Concessão, ao poder executivo dos EUA, para vigiar e investigar os movi-

mentos bancários se uma parte destes, embora seja residual, passar pelo país.

e) Proibição de as instituições financeiras estrangeiras administrarem nos EUA contas de bancos fictícios estrangeiros.

f) Estabelecimento de normas para a cooperação e intercâmbio de informações entre as diversas entidades financeiras, agências de inteligência, autoridades reguladoras e representantes da justiça, sobre pessoas, instituições e organizações suspeitas de estarem relacionadas com o terrorismo ou com a lavagem de dinheiro.

g) Ampliação dos delitos considerados como lavagem de dinheiro, incluindo no rol a corrupção, a importação de armas e a falsa classificação de bens na exportação.

h) Permissão do bloqueio de fundos depositados em contas de bancos estrangeiros, se estes tiverem contas interbancárias nos EUA em uma instituição financeira regular.

i) Limitação da responsabilidade civil pela revelação voluntária de atividades suspeitas por parte das instituições financeiras (ou assemelhadas) ou de pessoas a elas vinculadas.

j) Concessão, ao poder executivo dos EUA, para controlar, se necessário, o conjunto dos bancos e sociedades financeiras estrangeiras que tenham filiais no país.

Pelo exposto, fica claro que a legislação estadunidense de combate à lavagem de dinheiro, desde seus primórdios, caminhou no sentido de relativizar o sigilo bancário, tendência que se consolidou após o 11 de setembro.

3.6. Crimes de lavagem de dinheiro no Brasil

Somente em 1998 foi promulgada, no Brasil, a Lei Federal 9.613¹², que trata dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores e da prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos nela previstos. Logo em seu art. 1º, a Lei enumera os crimes antecedentes, incisos I a VI, reservando ao inciso VII a possibilidade de considerar como antecedente à “lavagem de dinheiro” qualquer espécie de crime, desde que praticado por “organização criminosa”, embora o próprio texto legal não se tenha ocupado de definir o que seja tal organização.

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

i. de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

ii. de terrorismo e seu financiamento

iii. de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

iv. de extorsão mediante seqüestro;

v. contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

vi. contra o sistema financeiro nacional;

vii. praticado por organização criminosa.

As Leis 10.467/2002¹³ e 10.701/2003¹⁴ trouxeram alterações importantes ao texto original da Lei Federal 9.613/1998, merecendo destaque dois pontos:

a) inserção do inciso VIII ao art. 1º da lei original, que passou a considerar como crime antecedente o praticado por particular contra a administração pública estrangeira; e

b) inserção do inciso XII ao art. 9º da lei original, incluindo ali as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor ou que exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie.

É de anotar que, na alínea “a”, supra, a inserção atende ao contido no artigo 1º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE¹⁵, ratificada pelo Brasil em junho de 2000 e promulgada pelo Decreto 3.678/2000.

A alínea “b” ampliou o rol das pessoas que se sujeitam às obrigações de identificar seus clientes, de manter os registros das transações efetuadas em moeda nacional ou estrangeira e de comunicar às autoridades operações suspeitas – o que aprimora os controles voltados para barrar a colocação de recursos “lavados” em tais empresas, quer de forma oculta, quer de forma direta.

Com o advento da Lei 9.613/1998, foi criado o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), cuja finalidade é disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas de atividades

ilícitas relacionadas com a lavagem de dinheiro. Seu funcionamento segue o modelo de uma unidade financeira de inteligência, e isso lhe tem permitido ampliar seus vínculos com organismos internacionais e agências congêneres de outros países.

Em 2004, houve a criação do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), órgão subordinado à Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) do Ministério da Justiça, cujas atribuições incluem a análise de cenários, a identificação de ameaças, a definição de políticas eficazes e eficientes e o desenvolvimento de cultura de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, além de atuar como responsável pelos acordos internacionais de cooperação jurídica internacional, em matéria penal e cível, na condição de autoridade central no intercâmbio de informações e de pedidos de cooperação jurídica internacional.

Outros mecanismos de controle também importantes foram i) a criação e/ou reaparelhamento de setores específicos para tratar dos crimes de *lavagem de dinheiro* nos órgãos reguladores do Sistema Financeiro Nacional, como Banco Central (BC), Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), o que resultou na edição, nas áreas das respectivas competências, de resoluções, instruções e circulares a serem observados; e ii) a divulgação de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência de atividades suspeitas, bem como normas sobre identificação, cadastro e registro de operações.

No entanto, a comparação no tratamento dado ao crime de lavagem de dinheiro nos Estados Unidos e no Brasil aponta que aquele país está à nossa frente, pelo menos, pelas seguintes razões:

Avanço da legislação: os Estados Unidos foram um dos primeiros países a combater a prática de lavagem de dinheiro, avançando no tempo e na sedimentação da legislação. Entre a lei de controle de lavagem de dinheiro estadunidense (1986) e sua irmã brasileira (1998) vão doze anos.

Relativização do sigilo bancário: o direito estadunidense não vê no sigilo bancário um direito fundamental insculpido na Constituição, permitindo à legislação de combate à lavagem de dinheiro, naquele país, relativizar bastante esse sigilo, o que se constitui em um avanço considerável, uma vez que as operações de lavagem de dinheiro acabam permeando as instituições financeiras.

Aparelhamento e integração dos órgãos: naquele país, a democracia, há muito consolidada, tem permitido maior alternância de poder e, por via de consequência, maior oxigenação das instituições. Por um lado, essa alternância reduz as oportunidades de corrupção; por outro, concede aos órgãos governamentais maior estabilidade institucional, propiciando a integração entre estes. As agências americanas que cuidam da lavagem de dinheiro são mais bem aparelhadas (têm divisões próprias de investigação de lavagem de dinheiro) que as brasileiras e atuam de forma muito mais integrada. Infelizmente, no Brasil, é recente e ainda

bastante tímida a integração entre os órgãos de controle.

Nada obstante o destacado acima, é fato que a Lei nº 9.613/1998 representou um notável avanço no tratamento da questão, ao tipificar o crime de lavagem de dinheiro e instituir medidas que conferem maior responsabilidade aos intermediários financeiros.

3.7. Corrupção na Administração Pública como crime antecedente

Embora a Administração Pública não tenha por fim o exercício de atividade financeira – em razão do montante dos recursos por ela movimentados e das diversas áreas em que atua, envolvendo uma gama de bens, serviços e obras –, é verossímil afirmar que gestor corrupto dela se utiliza para enriquecimento ilícito. Com efeito, a conexão entre atos de corrupção e enriquecimento ilícito dos agentes que os praticam não carece de maiores esforços interpretativos. Garcia e Alves (2005, p. 7) retratam esse óbvio com maestria, ao afirmar que:

A corrupção é a via mais rápida de acesso ao poder. No entanto, traz consigo o deletério efeito de promover a instabilidade política, já que as instituições não mais estarão alicerçadas em concepções ideológicas, mas, sim, nas cifras que as custearam.

Todavia, na maioria dos casos, a detecção de esquemas de fraudes e corrupção na Administração Pública é bastante complicada, pois enfrenta poderosos interesses de particulares e agentes públicos em posições-chave. Os

recursos desviados, em regra, vertem para duas fontes: i) permanecer, em espécie, fora do ciclo financeiro, isto é, “guardados no colchão”, até a campanha eleitoral, quando, então, serão utilizados para a compra de votos – nesse caso, o corrupto terá, além da inconveniência de grandes estoques de moeda e dos riscos que isso representa, perda pela não aplicação dos recursos desviados, o que o conduz a outra fonte; e ii) promover sua colocação, ocultação e integração ao seu patrimônio ou dos seus familiares, sócios ou “laranjas”, ou seja, *lavagem*.

O inciso V do art. 1º da Lei 9.613/1998 não deixa espaços para dúvidas ao incluir, como um dos delitos de “lavagem”, o crime “*contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos*”.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, visando a erradicar as condutas lesivas ao patrimônio público dos Estados signatários, impõe a relativização do sigilo bancário de agentes públicos, conforme se depreende do contido no art. 52, item 1, daquele diploma:

Sem prejuízo ao disposto no Artigo 14 da presente Convenção, cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em conformidade com sua legislação interna, para exigir das instituições financeiras que funcionam em seu território que verifiquem a identidade dos clientes, adotem medidas razoáveis para determinar a identidade dos

beneficiários finais dos fundos depositados em contas vultosas, e intensifiquem seu escrutínio de toda conta solicitada ou mantida no ou pelo nome de pessoas que desempenhem ou tenham desempenhado funções públicas eminentes e de seus familiares e estreitos colaboradores [...]” (grifo do Autor).

3.8. Medidas para prevenção e combate às práticas de corrupção

A corrupção diminuirá à medida que diminuirmos as oportunidades que levam a sua ocorrência. Essa afirmativa, embora simplória, tem o condão de indicar o caminho a seguir: criar ferramentas de controle que, preventiva, concomitante e posteriormente, estabeleçam um ambiente hostil às fraudes e à corrupção. Punir tempestiva e adequadamente aqueles que cometem atos de corrupção é, por certo, um controle posterior de grande valia, pois a certeza de que a sanção lhe será aplicada, se o ato ímprobo for descoberto, inibe a ação do corrupto.

Garantir que o processo de aprovação e alocação de emendas parlamentares obedeça a regras – que, embora políticas, sejam definidas e transparentes –, também é um bom exemplo de controle prévio que pode ser aplicado. A extensão desse raciocínio leva a crer que é possível criar um ambiente adverso à corrupção em todas as instituições e processos por elas conduzidos. Para tanto, é necessário analisar as operações e os pontos de risco de cada instituição/processo; adotar as medidas preventivas e inibitórias necessárias à redução das possibilidades de corrupção nos pontos de risco detectados.

Todo esse processo, no entanto, passa pela organização do Estado e depende fortemente de vontade política.

Ademais, cabe destacar que também passa pela organização do Estado a criação de controles que hostilizem as fraudes e os atos de corrupção nas corporações privadas e no mercado como um todo. Com efeito, um ambiente propício à corrupção nesses meios alimenta a corrupção no setor privado, e vice-versa. O “caixa dois” de uma empresa, por exemplo, é fonte de alimentação para o financiamento irregular de campanhas políticas, para a obtenção indevida de vantagens e para a corrupção de agentes públicos.

Outro ponto que merece destaque no combate à corrupção é a maior integração entre os órgãos de controle, em todas as esferas de governo, incluindo convênios para acesso a sistemas informatizados, o que também vale em relação aos órgãos de controle e às instituições privadas, em especial àquelas atuantes no mercado financeiro.

Por fim, é necessário que a legislação brasileira evolua a fim de reduzir o fórum privilegiado de agentes políticos e relativizar os sigilos fiscal e bancário. De outro modo, retrocederá no combate à lavagem de dinheiro nos crimes de corrupção. Em especial, o sigilo bancário vem sendo utilizado no país de forma abusiva para acobertar e tornar impunes condutas delituosas praticadas por agentes públicos, seus familiares e empresas por eles comandadas por meio de sócios e “laranjas”.

3.9. Efeitos socioeconômicos da corrupção

É bem verdade que os atos de corrupção criam, tanto para o corrupto ativo quanto para o passivo, a sensação de vantagem, pois, se assim não o fosse, a transação não se efetuaria, senão por coação. Todavia, a vantagem aparente conseguida no curto prazo tem consequências diretas arrasadoras, uma vez que afeta a livre concorrência, compromete a qualidade de produtos, bens e serviços, reduz a capacidade de investimentos estatais. Não bastasse isso, mesmo as empresas que atuam corretamente em regime de livre concorrência vão gradativamente se tornando reféns dos agentes públicos corruptos, ante a perda de mercado e das salvaguardas que a justiça lhes poderia conceder.

Ao reduzir a capacidade de investimento estatal pelo desvio e direcionamento de recursos para formação de riquezas privadas, a corrupção solapa a oportunidade de alcançar os objetivos fundamentais traçados no art. 3º da Constituição: a construção de uma sociedade livre, justa, solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização.

Conclusão

Cabe à Administração Pública a vanguarda na adoção de medidas contra a corrupção e a lavagem de dinheiro, mas a situação ainda está longe do ideal. Infelizmente, os órgãos de controle interno no país, diferentemente do que prega a Carta Magna em seu art. 74, ainda não atuam, conjunta e integralmente, de forma satisfatória nas diver-

sas esferas de governo. Convém não olvidar que eles ainda carecem de maiores conhecimentos quantos aos mecanismos e às tipologias da “lavagem de dinheiro”, que se constitui em uma espécie de crime dos mais sofisticados da atualidade.

Há uma relação direta entre os crimes de corrupção praticados por agentes públicos e os crimes de lavagem de dinheiro, e essa é uma preocupação expressa nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Nesse sentido, embora a legislação brasileira sobre o tema represente um avanço, ainda tem muito que evoluir, inclusive no alcance de empresas que, embora dedicadas a atividades não financeiras, são, muitas vezes, utilizadas (alvos) para a prática de crimes dessa espécie – como o caso, por exemplo, de empreiteiras, de incorporadoras, de empresas de transporte, de promoção de shows etc. Cabe, pois, aos órgãos de controle cuidar para que tais empresas implantem medidas antilavagem, bem como mantenham cadastros dos seus clientes e registros pormenorizados das suas operações, a exemplo do que já consta do art. 9º da Lei 9.613/1998.

Por fim, diferentemente do que se pode pensar, a corrupção no setor público a ele não se circunscreve. Ao contrário, afeta a toda a sociedade, gerando efeitos sociais e econômicos devastadores. Embora não faltem, no País, leis e competências estabelecidas para tratar dos atos de corrupção, falta vontade política e, por via de consequência, faltam estratégias efetivas e a correta alocação de recursos e estruturas para combatê-los.

Além da educação, ferramenta indispensável ao seu combate, outras medidas precisam ser tomadas, como reestruturação dos órgãos de controle internos, inclusive com desvinculação política dos chefes do Poder Executivo; revisão do fórum privilegiado para agentes políticos – que hoje alcançam, inclusive, crimes comuns como assassinato; reforma política, com vistas a fortalecer os partidos políticos e reduzir o fisiologismo; reforma fiscal capaz de reduzir as pressões tributárias sobre as empresas e desfavorecer a sonegação fiscal e, portanto, o “caixa dois”; relativização dos sigilos fiscal e bancário de agentes públicos, seus familiares e empresas; aumento do prazo prescricional nas ações de improbidade; ampliação da responsabilização penal das pessoas jurídicas pela prática dos crimes contra a Administração Pública; ampliação do rol taxativo dos crimes antecedentes ao de lavagem de dinheiro, incluindo outros como o de enriquecimento ilícito e os de suborno no setor privado; alteração da legislação que trata dos financiamentos de campanhas eleitorais e das suas respectivas prestações de contas.

Referências Bibliográficas

(1) Convenção Interamericana Contra a Corrupção. Disponível em: <<http://www.sfc.fazenda.gov.br/oea/convencao/arquivos/convencao.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2009.

(2) Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. Disponível em: <<http://www.unodc.org/brazil/eventos/convencaoanticorruptcao.html>>. Acesso em: 19 mai. 2009.

(3) BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Vol. I. 12 ed. São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002.

(4) GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

(5) CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Sigilo bancário à luz da doutrina e da jurisprudência. Curitiba: Juruá, 2008.

(6) Bank Secrecy Act, 1970. Disponível em: <<http://www.sec.gov/about/offices/ocie/amlsourcetool.htm>>. Acesso em: 14 mai.2009. Disponível em: <http://www.fincen.gov/news_room/aml_history.html>. Acesso em: 14 mai.2009.

(7) Right to Financial Privacy Act, 1978. Disponível em: <<http://www.accessreports.com/statutes/RFPA.htm>>. Acesso em: 14 mai.2009. Disponível em: <http://www.fincen.gov/news_room/aml_history.html>. Acesso em: 13 mai.2009.

(8) Money Laundering Control Act, 1986. Disponível em: <http://www.fincen.gov/news_room/aml_history.html>. Acesso em: 14 mai.2009.

(9) Money Laundering Prosecution Improvement Act, 1986. Disponível em: <http://www.fincen.gov/news_room/aml_history.html>. Acesso em: 13 mai.2009. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/14/11/39552632>>. Acesso em: 12 mai.2009.

(10) Money Laundering Suppression Act, 1994. Disponível em: <http://www.fincen.gov/news_room/aml_history.html>. Acesso em: 12 mai.2009. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=_21w-n4P-EoC&pg=PT124&lpg=PT124&dq=%22Money+Laundering+Suppression+act%22&source=bl&ots=Q3z_ylBj9H&sig=Y-uKv_xeX-

Yv6P47SU88BQBZgs&hl=pt-BR&ei=IReASu6tM6OBtweS15mEAg&sa=X&oi=book_res ult&ct=result&resnum=2#v=onepage&q=%22Money%20Laundering%20Suppression%20act%22&f=false>. Acesso em: 12 mai.2009.

(11) USA Patriot Act, 2001. Disponível em <<http://www.sec.gov/about/offices/ocie/amlsourcetool.htm#2>>. Acesso em 12 mai. 2009. Disponível em: <http://www.fincen.gov/news_room/aml_history.html> Acesso em 14 mai. 2009.

(12) Brasil. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 4 mar. 1998.

(13) Brasil. Lei nº 10.467, 11 de junho de 2002. Acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dispositivo à Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, que “dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 12 jun. 2002.

(14) Brasil. Lei nº 10.701, 9 de julho de 2003. Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 10 jul. 2003.

(15) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/corrupt.htm>>. Acesso em: 19 mai. 2009.

*L*egislação

Atos Normativos

Leis Ordinárias

2.232, de 29.4.2010 (DOU de 30.4.2010)

Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências.

12.214, de 26.1.2010 (DOU de 27.1.2010)

Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2010.

12.120, de 15.12.2009 (DOU de 16.8.2009)

Altera os arts. 12 e 21 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa.

Decretos

7.203, de 4.6.2010 (DOU de 7.6.2010)

Dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal.

**7.185, de 27.5.2010
(DOU de 27.5.2010 – Edição extra)**
Dispõe sobre o padrão mínimo de qualidade do sistema integrado de administração financeira e controle, no âmbito de cada ente da Federação, nos termos do art. 48, parágrafo único, inciso III, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências.

7.174, de 12.5.2010 (DOU de 13.5.2010)

Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União.

7.153, de 9.4.2010 (DOU de 12.4.2010)

Dispõe sobre a representação e a defesa extrajudicial dos órgãos e entidades da administração federal junto ao Tribunal de Contas da União, por intermédio da Advocacia-Geral da União.

7.132, de 19.3.2010 (DOU de 22.3.2010)

Dá nova redação ao Decreto nº 3.184, de 27 de setembro de 1999, que dispõe sobre a concessão de indenização de transporte aos servidores públicos da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo da União, de modo a estender a indenização para os ocupantes de cargos em comissão.

7.128, de 11.3.2010 (DOU de 12.3.2010)

Altera o Decreto no 5.480, de 30 de junho de 2005, que dispõe sobre o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.

7.094, de 3.2.2010 (DOU de 4.2.2010)

Dispõe sobre a programação orçamentária e financeira, estabelece o cronograma mensal de desembolso do Poder Executivo para o exercício de 2010 e dá outras providências.

**7.058, de 29.12.2009
(DOU de 30.12.8.2009 – Edição
Extra)**

Dá nova redação ao art. 96 do Decreto no 93.872, de 23 de dezembro de 1986, que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências.

**7.034, de 15.12.2009
(DOU de 16.12.2009)**

Dispõe sobre a divulgação, por meio do Portal da Transparência do Poder Executivo Federal, de dados e informações relativos à Copa do Mundo de Futebol de 2014.

**7.033, de 15.12.2009
(DOU de 16.12.2009)**

Dispõe sobre a divulgação, por meio do Portal da Transparência do Poder Executivo Federal, de dados e informações relativos aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

**7.028, de 9.12.2009
(DOU de 10.12.2009)**

Altera o Decreto no 5.992, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a concessão de diárias no âmbito da administração federal direta, autárquica e fundacional.

**7.003, de 9.11.2009
(DOU de 10.11.2009)**

Regulamenta a licença para tratamento de saúde de que tratam os arts. 202 a 205 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e dá outras providências.

Portarias

**Portaria/CGU-PR nº 958, de
17.05.2010 (DOU de 25.05.2010)**

Aprovar a Norma de Execução destinada a orientar os órgãos e entidades ju-

risdicionados à Controladoria-Geral da União sobre a instrução dos processos de tomada de contas especial e instituir modelo de Relatório do Tomador de Contas Especial.

**Portaria/CGU-PR nº 571, de
22.03.2010
(DOU de 24.03.2010)**

Dispõe sobre a ampla transparência das ações do Governo Federal, prevista no Decreto nº 7.034, de 15.12.2009, sobre os Jogos da Copa do Mundo que será realizada na República Federativa do Brasil no ano de 2014.

**Portaria/CGU-PR nº 572, de
22.03.2010
(DOU de 24.03.2010)**

Dispõe sobre a ampla transparência das ações do Governo Federal, prevista no Decreto nº 7.033, de 15.12.2009 que dispõe os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos que serão realizados na República Federativa do Brasil no ano de 2016.

**Portaria/CGU nº 516, de
15.03.2010
(DOU de 16.03.2010)**

Institui o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), banco de dados que tem por finalidade consolidar e divulgar a relação de empresas ou profissionais que sofreram sanções que tenham como efeito restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública.

**Portaria CGU nº 65, de 15.1.2010
(DOU de 18.01.2010)**

Dispõe sobre as cessões de servidores da Carreira de Finanças e Controle para Órgãos e Entidades da Administração Pública direta e indireta do Poder Executivo Federal.

**Portaria Normativa/SRH-MP nº 9,
de 09.12.2009
(DOU de 10.12.2009)**

Altera dispositivo da Portaria Normativa/SRH-MP nº 2, de 14.10.1998, que dispõe sobre as regras e procedimentos a serem adotados pelos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (SIPEC), para a concessão, indenização, parcelamento e pagamento de férias.

Instruções Normativas

**Instrução Normativa SEGES/MPOG,
de 7.1.2010
(DOU de 8.12.2010)**

Dispõe sobre o controle de nomeação de não servidores de carreira para cargos do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis de 1 a 4, no âmbito da Administração Pública Federal.

**Instrução Normativa/SLTI-MP nº 1,
de 19.01.2010
(DOU de 20.01.2010)**

Dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

**Instrução Normativa/SEGES-MP nº
3, de 12.01.2010
(DOU de 13.01.2010)**

Dispõe sobre o processamento de propostas de fortalecimento da capacidade institucional dos órgãos ou entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

**Instrução Normativa/SLTI-MP nº 5,
de 17.12.2009
(DOU de 18.12.2009)**

Altera a Instrução Normativa/SLTI-MP nº 02, de 30.04.2008, alterada pela Instrução Normativa/SLTI-MP nº 03, de 15.10.2009.

Orientações Normativas

**Orientação Normativa/SRH-MP nº
4, de 17.03.2010
(DOU de 18.03.2010)**

Orienta os órgãos e entidades integrantes do SIPEC quanto aos procedimentos da Isenção de Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor, de que trata a Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998.

**Orientação Normativa/SRH-MP nº
3, de 23.02.2010**

(Republicada no DOU de 18.03.2010)
Orienta os órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal quanto à aplicação do Decreto nº 7.003, de 09.11.2009, que regulamenta a licença para tratamento de saúde de que tratam os arts. 202 a 205, da Lei nº 8.112, de 11.12.1990.

**Orientação Normativa SRH/MP nº
6, de 23.12.2009
DOU de 24.12.2009**

Estabelece orientação sobre a concessão dos adicionais de insalubridade, periculosidade, irradiação ionizante e gratificação por trabalhos com Raios-X ou substâncias radioativas, e dá outras providências.

Legislação em Destaque

Decreto Nº 7.203, de 4 de junho de 2010

Dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VI, alínea "a", da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º A vedação do nepotismo no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta observará o disposto neste Decreto.

Art. 2º Para os fins deste Decreto considera-se:

I - órgão:

- a) a Presidência da República, compreendendo a Vice-Presidência, a Casa Civil, o Gabinete Pessoal e a Assessoria Especial;
- b) os órgãos da Presidência da República comandados por Ministro de Estado ou autoridade equiparada; e
- c) os Ministérios;

II - entidade: autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista; e

III - familiar: o cônjuge, o companheiro ou o parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau.

Parágrafo único. Para fins das vedações previstas neste Decreto, serão consideradas como incluídas no âmbito de cada

órgão as autarquias e fundações a ele vinculadas.

Art. 3º No âmbito de cada órgão e de cada entidade, são vedadas as nomeações, contratações ou designações de familiar de Ministro de Estado, familiar da máxima autoridade administrativa correspondente ou, ainda, familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de direção, chefia ou assessoramento, para:

I - cargo em comissão ou função de confiança;

II - atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público, salvo quando a contratação tiver sido precedida de regular processo seletivo; e

III - estágio, salvo se a contratação for precedida de processo seletivo que assegure o princípio da isonomia entre os concorrentes.

§ 1º Aplicam-se as vedações deste Decreto também quando existirem circunstâncias caracterizadoras de ajuste para burlar as restrições ao nepotismo, especialmente mediante nomeações ou designações recíprocas, envolvendo órgão ou entidade da administração pública federal.

§ 2º As vedações deste artigo estendem-se aos familiares do Presidente e do Vice-Presidente da República e, nesta hipótese, abrangem todo o Poder Executivo Federal.

§ 3º É vedada também a contratação direta, sem licitação, por órgão ou entidade da administração pública federal de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação ou de autoridade a ele hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão e de cada entidade.

Art. 4º Não se incluem nas vedações deste Decreto as nomeações, designações ou contratações:

I - de servidores federais ocupantes de cargo de provimento efetivo, bem como de empregados federais permanentes, inclusive aposentados, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo ou emprego de origem, ou a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão ou função comissionada a ocupar, além da qualificação profissional do servidor ou empregado;

II - de pessoa, ainda que sem vinculação funcional com a administração pública, para a ocupação de cargo em comissão de nível hierárquico mais alto que o do agente público referido no art. 3º;

III - realizadas anteriormente ao início do vínculo familiar entre o agente público e o nomeado, designado ou contratado, desde que não se caracterize ajuste prévio para burlar a vedação do nepotismo; ou

IV - de pessoa já em exercício no mesmo órgão ou entidade antes do início do vínculo familiar com o agente público, para cargo, função ou emprego de nível

hierárquico igual ou mais baixo que o anteriormente ocupado.

Parágrafo único. Em qualquer caso, é vedada a manutenção de familiar ocupante de cargo em comissão ou função de confiança sob subordinação direta do agente público.

Art. 5º Cabe aos titulares dos órgãos e entidades da administração pública federal exonerar ou dispensar agente público em situação de nepotismo, de que tenham conhecimento, ou requerer igual providência à autoridade encarregada de nomear, designar ou contratar, sob pena de responsabilidade.

Parágrafo único. Cabe à Controladoria-Geral da União notificar os casos de nepotismo de que tomar conhecimento às autoridades competentes, sem prejuízo da responsabilidade permanente delas de zelar pelo cumprimento deste Decreto, assim como de apurar situações irregulares, de que tenham conhecimento, nos órgãos e entidades correspondentes.

Art. 6º Serão objeto de apuração específica os casos em que haja indícios de influência dos agentes públicos referidos no art. 3º:

I - na nomeação, designação ou contratação de familiares em hipóteses não previstas neste Decreto;

II - na contratação de familiares por empresa prestadora de serviço terceirizado ou entidade que desenvolva projeto no âmbito de órgão ou entidade da administração pública federal.

Art. 7º Os editais de licitação para a contratação de empresa prestadora de serviço terceirizado, assim como os convênios e instrumentos equivalentes para contratação de entidade que desenvolva projeto no âmbito de órgão ou entidade da administração pública federal, deverão estabelecer vedação de que familiar de agente público preste serviços no órgão ou entidade em que este exerça cargo em comissão ou função de confiança.

Art. 8º Os casos omissos ou que suscitem dúvidas serão disciplinados e

dirimidos pela Controladoria-Geral da União.

Art. 9º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

**Brasília, 4 de junho de 2010;
189o da Independência e 122o da
República.**

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Paulo Bernardo Silva

Jorge Hage Sobrinho



urisprudência

Julgados recentes do TCU - Acórdãos

Exigência de Inscrição no SICAF

Determinação a uma entidade pública para que se abstenha de incluir, em editais de licitação, dispositivo condicionando a participação de licitantes ao prévio cadastro no SICAF, por falta de amparo legal, uma vez que este é obrigatório apenas nos pregões eletrônicos para fins de acesso ao sistema, consoante dispõe o inc. I do artigo 13 do Decreto nº 5.450/2005. (item 1.5.1.3, Acórdão nº 367/2010-2ª Câmara, DOU de 12.02.2010).

Atuação da auditoria interna

Determinação uma entidade pública para que envide esforços no sentido de que sua Unidade de Auditoria Interna passe a evidenciar, de forma mais precisa, a abrangência de suas análises, as conclusões emitidas, as recomendações propostas e o acompanhamento final de sua implementação, procurando agregar valor à gestão conforme prevê a IN/SFC nº 01/2001. (item 1.4.1.15, Acórdão nº 367/2010-2ª Câmara, DOU de 12.02.2010).

Licitações

Determinação a uma entidade pública para que, exceto nos casos de pregão (em que há possibilidade de apresentação de novos lances após conhecidas as propostas válidas), cesse a realização de

negociações para redução de preços com pessoas físicas e jurídicas diferentes dos vencedores das licitações e dispensas, por ferir os princípios licitatórios previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993. (item 1.4.1.3, Acórdão nº 213/2010-Plenário, DOU de 12.02.2010).

Publicação de processos de dispensa e inexigibilidade de licitação

Determinação a uma entidade para providenciar a publicação no Diário Oficial da União dos processos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, salvo se, em observância ao princípio da economicidade, os valores contratados estiverem dentro dos limites fixados nos arts. 24, I e II, da Lei nº 8.666/1993, nos termos do seu art. 26. (item 1.4.1.3, Acórdão nº 236/2010-2ª Câmara, DOU de 05.02.2010).

Comprovação de despesas com capacitação e eventos

Determinação a uma entidade para que elabore a lista de presença em eventos (cursos, palestras, etc.) patrocinados com recursos públicos federais, de forma a evidenciar a sua realização, tais como: assinatura por período (matutino, vespertino e/ou noturno) dos participantes, inclusive do(s) palestrante(s); período (data de realiza-

ção); local (nome e endereço); nome(s) do(s) palestrante(s), etc., nos termos do Acórdão nº 3874/2008-2ªC . (item 1.5.1, Acórdão nº 301/2010-2ª Câmara, DOU de 05.02.2010).

Obra Pública

Determinação a um órgão público para que, em licitações destinadas à contratação de serviços de obras de reforma e de ampliação de suas instalações, observe o que dispõem os arts. 7º, § 2º, inc. II, e 40, § 2º, inc. II, da Lei nº 8.666/1993, no sentido de anexar ao edital de licitação orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, incluindo os itens integrantes do LDI (Lucro e Despesas Indiretas), exigindo das licitantes igual detalhamento na apresentação de suas propostas. (item 9.1, Acórdão nº 57/2010-Plenário, DOU de 29.01.2010).

Registro de Preços

Determinação a um órgão público para que, por ocasião da utilização de recursos públicos federais, previamente à realização de seus certames licitatórios e ao acionamento de atas de registro de preço, próprias ou de outros órgãos, e periodicamente durante sua vigência, efetue ampla pesquisa de mercado, considerando os quantitativos, relevantes nas compras em grande escala, a fim de verificar a aceitabilidade do preço do produto a ser adquirido, em obediência aos arts. 3º, 15, inc.V, e 40, inc. X, da Lei nº 8.666/1993. (item 9.1.1, Acórdão nº 65/2010-Plenário, DOU de 29.01.2010).

Licitações e qualificação econômico-financeira

Determinação a uma entidade pública para que, nas licitações em que a adjudicação vier a ser efetuada pelo menor preço por item, deixe explícito no instrumento convocatório que o montante de capital ou de patrimônio líquido mínimo para fins de qualificação econômico-financeira de cada vencedor será calculado com base apenas em percentual do valor a ser adjudicado ao próprio licitante, e não pelo valor total a ser adjudicado no certame, de forma a evitar cláusulas desnecessárias ao exame da capacidade de cumprimento das obrigações a serem assumidas pelos diferentes adjudicados, atendendo-se aos arts. 31, § 1º, c/c o 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/1993.

(item 1.7, Acórdão nº 6.854/2009-1ª Câmara, DOU de 04.12.2009).

Passagens e serviço contínuo

Determinação a um órgão público para que, nas contratações de passagens aéreas, somente inclua cláusula contratual com previsão de prorrogação de vigência fundada no art. 57, inc. II, da Lei nº 8.666/1993 na hipótese de restar objetiva e formalmente demonstrado que a forma de prestação do serviço requerida pela unidade tem natureza continuada. (item 9.8.10, Acórdão nº 6.332/2009-2ª Câmara, DOU de 27.11.2009)

Julgados recentes de tribunais – Acórdãos

Supremo Tribunal Federal (STF)

QUEIXA-CRIME - PARLAMENTAR - TRIBUNA DA CASA LEGISLATIVA.

Ante a imunidade prevista no artigo 53 da Carta Federal, a utilização da tribuna da Casa Legislativa, considerado certo contexto ligado a frustrada comissão parlamentar de inquérito, apontando-se corrupção em órgão público, não enseja ação penal. O Tribunal, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Inq 2815 ED-AgR/DF - DISTRITO FEDERAL. AG.REG. NOS EMB.DECL. NO INQUÉRITO. Relator(a) Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento 25/11/2009.

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL NÃO CONFIGURADA. MATERIALIDADE COMPROVADA E INDÍCIOS DE AUTORIA. PRECEDENTES.

I - A denúncia que contém condição efetiva que autorize o denunciado a proferir adequadamente a defesa não configura indicação genérica capaz de manchá-la com a inépcia. No caso, a denúncia demonstrou, de forma clara, o crime na sua totalidade e especificou a conduta ilícita supostamente praticada pelo paciente. II - O trancamento de ação penal em habeas corpus impetrado com

fundamento na ausência de justa causa é medida excepcional que, em princípio, não tem cabimento quando a denúncia ofertada narra adequadamente fatos que constituem o crime. III - Habeas corpus denegado. A Turma indeferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou o Dr. Ademar Mendes Bezerra Júnior pelo paciente. Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. 1ª Turma, 03.11.2009. HC 96608 / PE – PERNAMBUCO. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgado em 03/11/2009.

1. **AÇÃO PENAL.** Lavagem de dinheiro e corrupção. Concurso de agentes. Prisão preventiva dos denunciados. Fundamentos idênticos. Revogação de um deles pelo STJ, em HC. Não extensão ao co-réu. Inadmissibilidade. Identidade de situações processuais. Constrangimento ilegal caracterizado. HC concedido, nessa parte. Aplicação do art. 580 do CPP. Se o decreto de prisão que determinou a custódia preventiva dos co-réus não distingue a situação de ambos, a revogação da prisão preventiva de um deles, em HC, deve ser estendida ao co-réu, porque é idêntica a situação processual de ambos sob a ponto de vista de ilegalidade da prisão preventiva.

2. **AÇÃO PENAL.** Concurso de agentes. Reunião de processos desmembrados. Pedido não aduzido ao juízo processante. Inexistência de ato coator. Matéria não analisada pelo STJ. Supressão de instância. Pedido não conhecido. Se o pedido de reunião dos processos não foi aduzido ao

juízo processante, não há ato coator a sanar. Se a matéria não foi submetida ao Superior Tribunal de Justiça, o conhecimento do pedido configuraria supressão de instância. A Turma, à unanimidade, conheceu, parcialmente, do habeas corpus e, na parte conhecida concedeu a ordem, nos termos do voto do Relator. HC 83428 / ES - ESPÍRITO SANTO. HABEAS CORPUS. Relator Min. CEZAR PELUSO. Julgado em 06/10/2009.

HABEAS CORPUS. DESVIO DE VERBAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE --- SUS. INTERESSE DA UNIÃO. ARTIGO 109, IV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SECRETÁRIO DE ESTADO. PRERROGATIVA DE FORO. ATRIBUIÇÃO DA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA.

Procedimentos administrativos criminais --- PACs --- instaurados para apurar supostos desvios de verbas do Sistema Único de Saúde --- SUS. Verbas federais sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas da União. Nítido interesse da União, a teor do artigo 109, IV da Constituição do Brasil. Envolvimento do Secretário de Saúde do Estado do Piauí, a atrair a competência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, bem assim a atribuição da Procuradoria Regional da República. Ordem denegada. A Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator. RHC 98564 / DF - DISTRITO FEDERAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator Min. EROS GRAU. Julgado em 15/09/2009.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. IPM PARA

APURAR IRREGULARIDADES EM PROCESSO DE LICITAÇÃO. ARQUIVAMENTO. NOVO IPM PARA INVESTIGAR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ALEGAÇÃO DE QUE OS FATOS VEICULADOS NO INQUÉRITO ARQUIVADO SÃO IDÊNTICOS AOS DO NOVO INQUÉRITO, A IMPOSSIBILITAR SUA ABERTURA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. EXCEPCIONALIDADE DO ARQUIVAMENTO.

1. Inquérito Policial Militar n. 4.134/07, instaurado para apurar possíveis irregularidades em procedimentos licitatórios. Não obstante a existência de indícios de violação da Lei n. 8.666/93, não foi possível apontar indiciados, porquanto infrutífera a solicitação de quebra de sigilo fiscal. Inquérito Policial Militar n. 4.519/09 destinado a apurar suposto enriquecimento ilícito do paciente. 2. Feita a distinção dos fatos investigados em ambos os inquéritos, entendimento contrário, no sentido do acolhimento das razões da impetração, somente seria possível em sequência a aprofundado reexame de fatos e provas. Seria necessária, no caso, a análise detida de aproximadamente mil laudas que compõem os autos, inviável em habeas corpus. 3. O trancamento de inquérito policial ou de ação penal é medida excepcional que somente se justifica quando, sem necessidade de dilação probatória, despontar fora de dúvida a atipicidade da conduta ou causa extintiva da punibilidade, o que no caso não ocorre. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. A Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator. RHC 99607 / DF - DISTRITO FEDERAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator Min. EROS GRAU. Julgado em 06/10/2009.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DENÚNCIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. CRIMES CONEXOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES STF. ORDEM DENEGADA.

1. O paciente foi denunciado pelo Ministério Público Federal, juntamente com mais 55 co-réus, por participar de uma organização criminosa, composta de empresários e servidores públicos, que tinha como finalidade fraudar licitações públicas. 2. Ao contrário do que sustenta o impetrante, a descrição dos fatos cumpriu, suficientemente, o comando normativo contido no art. 41 do Código de Processo Penal, estabelecendo a correlação entre as condutas do paciente e a imputação da prática dos crimes previstos nos arts. 288, 313-A, 317 e 321 do Código Penal. 3. Há substrato típico-probatório suficiente para o início e desenvolvimento da ação penal de forma legítima, afastando a alegação de atipicidade das condutas imputadas ao paciente. 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal é firme no sentido de que “o trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada quando indiscutível a ausência de justa causa ou quando há flagrante ilegalidade demonstrada em inequívoca prova pré-constituída”, o que não se verifica na presente hipótese (RHC 95.958/PI, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 04.09.2009). 5. Como já decidiu esta Suprema Corte, “no concurso de crimes, a competência criminal da Justiça Federal para um deles atrai o processo dos crimes conexos.” (HC 81.617/MT, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ (8.06.2002). 6. Habeas corpus denegado. A Turma, à unanimidade, indeferiu o pedido de habeas corpus, nos

termos do voto da Relatora. HC 99626 / AM – AMAZONAS. HABEAS CORPUS. Relator Min. ELLEN GRACIE. Julgado em 29/09/2009.

Superior Tribunal da Justiça (STJ)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO DISCIPLINAR. ATOS ILÍCITOS. PRÁTICA. CONJUNTO PROBATÓRIO. COMPROVAÇÃO. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DECIDIDA EM OUTRO MANDAMUS. COISA JULGADA MATERIAL. EXISTÊNCIA. PENA DEMISSÓRIA. CABIMENTO. OBSERVÂNCIA À RESERVA LEGAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE RESPEITADO.

1. Se, à luz dos elementos concretos apurados durante o processo administrativo, restou demonstrada a prática dos ilícitos imputados ao Impetrante e que foram causa da aplicação da pena de demissão, é descabida a alegação de ausência de prova da autoria. 2. A tese de que a prescrição administrativa impediria a instauração do último processo disciplinar contra os Impetrantes foi objeto do mandado de segurança por eles impetrado perante a 4ª Vara da Seção Judiciária de Santa Catarina, tendo sido denegada a segurança, em sentença transitada em julgado. 3. Existindo coisa julgada material acerca da prescrição administrativa, é inviável a sua rediscussão, por força do disposto no art. 471 do Código de Processo Civil. 4. Se a pena aplicada aos Impetrantes (demissão), era aquela cominada para os ilícitos praticados, com estrita observância à reserva legal, não há ofensa ao princípio da pro-

porcionalidade. 5. Hipótese em que, em razão dos mesmos fatos, foram os Impetrantes condenados na esfera criminal, por crime contra a Administração Pública (concessão). 6. Segurança denegada. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, LAURITA VAZ. MS 9179/DF. MANDADO DE SEGURANÇA 2003/0129318-7. Julgado em 14/12/2009.

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO. ADMINISTRADORA E FUNCIONÁRIA DE ENTIDADE HOSPITALAR PRIVADA CONVENIADA AO SUS. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. CONCEITO. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 9.983/2000.

I - Na linha dos precedentes emanados de ambas as turmas do c. Pretório Excelso, ressalvado o entendimento pessoal do relator, o conceito legal de funcionário público, para fins penais, não alcança quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da administração pública, se a conduta é anterior à vigência da Lei nº 9.983/2000, porquanto somente a partir desta alteração legislativa – que acrescentou o parágrafo primeiro ao art. 327 do CP - os agentes nesta condição passaram a ser equiparados a funcionários públicos. II - “A norma há de ser tomada como exaustiva, conflitando com o sistema pátrio revelador do Direito Penal concluir, sob o ângulo da definição do agente, que lei nova apenas veio a ex-

plicitar o que implícito na primitiva. A equiparação a servidor público de quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da administração pública somente ocorreu com a vigência da Lei nº 9.983/2000, sendo descabido entender-se implícita a abrangência do preceito, considerada a redação primitiva, no que alcançados os servidores públicos e os exercentes de cargo, emprego ou função em entidade paraestatal” (HC 83.330-8/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 30-04-2004). III - ‘A equiparação em questão somente produz efeitos em relação a fatos típicos ocorridos posteriormente ao advento da Lei 9.983/00. Normas que encerram ficção jurídica, equiparando cidadãos, hão de ser interpretadas de forma estrita. Precedente: HC 83.830. 2. Habeas corpus deferido para trancar a ação penal’ (HC 87227/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 20/04/2006). Recurso especial desprovido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. REsp 1067744 / RS RECURSO ESPECIAL 2008/0135626-4. Julgado em 01/10/2009.

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PACIENTE (INVESTIGADOR DA POLÍCIA CIVIL) DENUNCIADO POR FACILITAÇÃO DE CONTRABANDO, ABUSO DE AUTORIDADE E EXTORSÃO PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL. CONEXÃO. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO PELO CRIME QUE ATRAIU A COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL (FACILITAÇÃO DE CONTRABANDO) E CONDENAÇÃO

PELO CRIME DE CONCUSSÃO. IRRELEVÂNCIA. ART. 81 DO CPP (PERPETUATIO JURISDICTIONIS). PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Estabelecida a competência da Justiça Federal em face da conexão entre crimes da competência estadual e federal, encerrada a instrução criminal, a absolvição ou a desclassificação quanto ao delito que atraiu a competência para a Justiça Federal não retira a sua competência para apreciar as demais imputações. Art. 81 do CPP. Precedentes do STJ: CC 34.321/RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJU 26.03.07, CC 32.458/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 02.03.05 e HC 72.496/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 14.05.07. 2. HC denegado, em consonância com o parecer ministerial. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. HC 112990 / PR. HABEAS CORPUS 2008/0174502-5. Julgado em 29/10/2009.

HABEAS CORPUS. PENAL. CONCUSSÃO. COAUTORIA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO DE APELAÇÃO CONDENATÓRIO. RECONHECIMENTO DA INOCÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE PROVAS. VIA ELEITA INADEQUADA.

1. Não é possível, na via exígua do habeas corpus, proceder amplo reexame dos fatos e das provas para declarar se o caso é de absolvição ou não, sobretudo se a instância a quo, soberana na

análise fática dos autos, restou convicta quanto à materialidade do crime e a certeza da autoria. 2. Embora o sujeito ativo do crime de concussão seja sempre o funcionário público, em razão do cargo, inexistente óbice à condenação como coautor de quem não possui esta condição. 3. Ordem denegada. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. HC 93352 / SC. HABEAS CORPUS 2007/0253339-6. Julgado em 15/10/2009.

HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO. PACIENTE QUE É SERVIDOR DE EX-TERRITÓRIO (AMAPÁ). COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO A BENS, PATRIMÔNIOS E INTERESSES DA UNIÃO.

1. Ainda que se reconheça a qualidade de funcionário público federal, tal circunstância, por si só, não conduz à competência da Justiça Federal para o julgamento do feito. Isso porque não há, no caso, ofensa a bens, patrimônios ou interesses da União, a não ser de modo reflexo. 2. "A 3ª Seção desta Corte reafirmou o posicionamento pela competência da Justiça Estadual para a apuração dos delitos de concussão, entendendo, em síntese, que não se cuida de crime afeto à Justiça Federal, porquanto o delito objeto da investigação envolve obtenção de vantagem indevida por parte do agente, em prejuízo do respectivo paciente, sem nenhuma violação aos interesses da Autarquia Previdenciária." (Conflito de Competência nº 26.424/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de

26.8.02). 3. Na hipótese, o paciente é acusado de, juntamente com outro policial civil, ter exigido de particular vantagem indevida a fim de que não o prendesse por usar carteira de habilitação falsificada. Ordem denegada. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, OG FERNANDES. HC 41985 / AP. HABEAS CORPUS 2005/0027363-0. Julgado em 22/09/2009.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA. NULIDADE. PROVA OBTIDA POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA JUDICIALMENTE. NÃO- OCORRÊNCIA. ORDEM NÃO-CONHECIDA.

1. Tendo o Tribunal a quo reconhecido a legalidade das interceptações telefônicas colhidas com a devida autorização judicial, é incabível, em sede de habeas corpus, o reexame do contexto fático-probatório dos autos, em virtude da sua estreita via. 2. Ordem não-conhecida. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. HC 121137 / MG. HABEAS CORPUS 2008/0255435-5. Julgado em 17/11/2009.

HABEAS CORPUS. PREVARICAÇÃO. NULIDADE DA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE PROVAS.

DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DO CONTEXTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. PRETENSÃO AFASTADA.

1. A ausência de justa causa para a deflagração da ação penal, já sentenciada, e a desclassificação da conduta pela qual os denunciados restaram condenados demandam aprofundada discussão probatória, não cabendo, então, na angusta via do writ o exame aprofundado do contexto de prova no intuito de reanálise das razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor dos pacientes. 2. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação enquanto que para se obstar o procedimento criminal é necessário que exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação do conjunto fático-probatório, a falta de justa causa para a sua instauração, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, de ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito e ainda de atipicidade da conduta. 3. A alegada insuficiência probatória para a condenação, a ensejar a anulação da decisão condenatória, é questão que exige o revolvimento detalhado das provas, o que é vedado na via estreita do remédio constitucional, que possui rito célere e cognição sumária.

DENÚNCIA. INÉPCIA. ART. 319 DO CP. PACIENTE QUE, À ÉPOCA, ERA MAGISTRADO. NÃO OCORRÊNCIA DA PRÁTICA DE ATO CONTRA DISPOSIÇÃO EXPRESSA DE LEI E INTUITO DE

SATISFAZER INTERESSE OU SENTIMENTO PESSOAL. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS. INICIAL ACUSATÓRIA QUE DESCREVE CRIME EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA.

1. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no art. 41 do CPP, descrevendo perfeitamente os fatos típicos imputados, crime em tese, com todas as suas circunstâncias, atribuindo-o ao paciente e ao partícipe, terminando por classificá-lo, ao indicar o ilícito supostamente infringido.

BIS IN IDEM. COISA JULGADA. POSTULAÇÃO JÁ ANALISADA E AFASTADA NESTE TRIBUNAL EM OUTRO MANDAMUS. REITERAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. É inviável conhecer-se de remédio constitucional ajuizado com o objetivo de anulação do aresto, ante a ocorrência do vedado bis in idem, se a questão já foi apreciada e rechaçada neste Tribunal em habeas corpus anteriormente impetrado. 2. Writ parcialmente conhecido, sendo nesta extensão denegada a ordem. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. HC 104763 / SP. HABEAS CORPUS 2008/0085710-7. Julgado em 10/11/2009.

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. CORRUPÇÃO ATIVA. MILITAR PROCESSADO PERANTE AS JUSTIÇAS ESTADUAL E CASTRENSE PELO MESMO FATO DELITUOSO. ART. 9º, INCISO II, ALÍNEA E, DO CPM. CRIME MILITAR IMPRÓPRIO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO MILITAR.

1. Tendo o delito de corrupção ativa sido cometido, em tese, na circunstância prevista no art. 9º, II, letra e, do Código Penal Militar, ou seja, por militar em situação de atividade contra a ordem administrativa militar, resta caracterizado o crime militar impróprio, sendo certo que a expressão “militar em situação de atividade” contida no aludido dispositivo legal, significa a ativa, e não necessariamente em serviço, consoante precedentes deste Sodalício e do Pretório Excelso. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Auditor da 4ª Auditoria da Justiça Militar de São Paulo-SP, para o processamento e julgamento do delito de corrupção ativa em tese cometido pelo suscitante. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo Auditor da 4ª Auditoria da Justiça Militar de São Paulo - SP, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, JORGE MUSSI. CC 104579 / SP. CONFLITO DE COMPETENCIA 2009/0070200-6. Julgado em 28/10/2009.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA EM CONEXÃO COM CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA EM CO-AUTORIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO

EVIDENCIADA, DE PLANO. EXISTÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. IMPROPRIEDADE DO MANDAMUS, ANTE A NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO NÃO CARACTERIZADA. HIPÓTESE DE CONEXÃO E CONTINÊNCIA. INCIDÊNCIA DO ART. 78, II, A DO CPP. INOCORRÊNCIA DE OMISSÃO DO JUÍZO SOBRE AS TESES DEFENSIVAS APRESENTADAS NAS ALEGAÇÕES PRELIMINARES. AÇÃO PENAL INICIADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.719/08, QUE ALTEROU O PROCEDIMENTO COMUM. DESNECESSIDADE DE AMPLA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PRECEDENTES DO STJ E STF. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO DESPROVIDO.

1. O trancamento de Ação Penal por meio de Habeas Corpus, conquanto possível, é medida de todo excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade. 2. Na hipótese, comprovada a materialidade do delito e havendo indícios suficientes de autoria, o cotejo da prova da acusação e da defesa deverá ser feito pelo Juiz competente, por meio de regular processo criminal, mostrando-se inviável o trancamento da Ação Penal, sob a assertiva de inocorrência dos fatos imputados, ante a necessidade de dilação probatória incompatível com o rito célere e a cognição sumária do mandamus, que exige prova pré-constituída do direito alegado. 3.

Tratando-se de hipótese de conexão e continência entre os crimes de corrupção ativa e passiva, contra a ordem tributária e de lavagem de dinheiro, prevalece a regra do art. 78, II, a do CPP, segundo a qual, no concurso de jurisdições da mesma categoria, preponderará a do lugar da infração à qual for cominada a pena mais grave. 4. A Ação Penal contra o ora paciente iniciou-se antes da entrada em vigor da Lei 11.719/08, que modificou o procedimento comum. À época, era pacífico o entendimento desta Corte e do colendo STF sobre a desnecessidade de fundamentação do despacho de recebimento da denúncia (HC 119.226/PR, Rel. Min. ARNALDO ETEVES LIMA, DJU 28.09.2009 e EDCLHC 100.056/RJ, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 05.10.2009). 5. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso. 6. Recurso desprovido. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. RHC 26446 / RN. RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2009/0140125-5. Julgado em 20/10/2009.

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. CORRUPÇÃO PASSIVA. JULGAMENTO PELA AUDITORIA MILITAR SEM A PARTICIPAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. CONSELHO DE JUSTIÇA. ALEGADA FORMAÇÃO EM DESACORDO COM A LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. INEXISTÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. TESE DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CARÊNCIA DE OBJETO. REPRIMENDA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL, COM CONCESSÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. Consoante posição dominante na Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a “ausência do órgão do Parquet em parte do julgamento não acarreta a nulidade do julgamento, pois constitui formalidade cuja observância somente à acusação interessa. Inteligência do art. 501 do CPPM” (HC 78.245/RO, Rel. p/ acórdão Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 25/08/2008.) 2. O Conselho de Justiça que julgou o Paciente foi presidido por um oficial superior e contou com a participação de um Juiz-Auditor e três oficiais de posto superior ao do acusado, inexistindo nulidade na formação do órgão julgador pelo fato de participar do julgamento uma autoridade que, em virtude de posterior promoção, tinha a prerrogativa de não mais ser incluída na lista de sorteados para exercer tal mister. 3. Carece de objeto o habeas corpus que alega ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, quando a reprimenda é aplicada no mínimo legal, sendo concedida a suspensão condicional do processo, nada existindo que possa ser alterado na sentença condenatória ou no acórdão que a manteve, como na espécie. 4. Ordem denegada. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. HC 78243 / RO. HABEAS CORPUS 2007/0047142-0. Julgado em 17/09/2009.

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PENA DE DEMISSÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ATO IRREGULAR DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

SEGURADO QUE DETINHA A QUALIDADE DE ESPOSO DA SERVIDORA DO INSS. SUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA PENA DE DEMISSÃO. ORDEM DENEGADA.

1. É inegável que o procedimento administrativo disciplinar de que resultou a pena de demissão da impetrante, não se lastreou em provas evasivas ou critérios destituídos de valor; teve seu início com apuração de irregularidades denunciadas à auditoria do INSS e os fatos foram devidamente corroborados com a prova testemunhal e documental. 2. A pena de demissão foi imposta a partir de elementos convincentes da postura desprestigiada da impetrante em relação às suas responsabilidades funcionais, que concedeu a seu marido aposentadoria por tempo de serviço, fraudando a documentação relativa a atividades laborativas, aferidos em procedimento administrativo disciplinar realizado em harmonia com os princípios embasadores da atividade sancionadora da Administração, pelo que não há ilegalidade no ato de demissão. 3. Ordem denegada. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, CELSO LIMONGI. MS 10900 / DF. MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0128830-5. Julgado em 14/12/2009.

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. IRREGULARIDADES NO

PROCESSO ADMINISTRATIVO NÃO COMPROVADAS. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. PORTARIA INAUGURAL. ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EM NÃO REALIZAÇÃO DA OITIVA DE TESTEMUNHA DA ACUSAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PROVAS SUFICIENTES. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO COMPROVADO.

1. Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte Superior de Justiça, é desnecessário constar da portaria inaugural a capitulação ou a descrição minuciosa dos fatos a serem apurados pela Comissão Processante. A descrição mencionada se faz necessária quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, uma vez que o acusado se defende dos fatos que lhe são imputados e não da capitulação realizada pela Administração. 2. A comissão processante pode indeferir motivadamente o pedido de produção de prova do Indiciado, quando o conjunto probatório se mostrar suficiente para a comprovação dos fatos, sem que isso implique cerceamento de defesa capaz de inquinare o processo administrativo disciplinar de nulidade. O que se diga então quando a produção da prova foi requerida pela própria Comissão Processante, que a considerou dispensável diante daquelas já existentes nos autos. 3. Ainda que se entendesse pela ausência de motivação da não realização da oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, inexistente cerceamento de defesa, diante do conjunto probatório ter-se mostrado suficiente para a comprovação dos fatos apurados, consubstanciado nas informações enviadas pela Câmara dos Deputados de

que o servidor nunca tomou posse naquele órgão, bem como no laudo pericial que atesta a falsificação dos boletins de frequência pelo servidor. Assim, não houve qualquer prejuízo para defesa do Impetrante, que, aliás, sequer em passante foi objeto da presente impetração. 4. Ordem denegada. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, LAURITA VAZ. MS 10047 / DF. MANDADO DE SEGURANÇA 2004/0149212-4. Julgado em 14/12/2009.

DIREITO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE SANCIONATÓRIA OU DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL COMUM. ARTS. 615, § 1º. E 664, PARÁG. ÚNICO DO CPP. NULIDADE DE DECISÃO PUNITIVA EM RAZÃO DE VOTO DÚPLICE DE COMPONENTE DE COLEGIADO. RECURSO PROVIDO.

1. Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina. 2. A teor dos arts. 615, § 1º. e 664, parág. único do CPP, somente se admite o voto de qualidade - voto de Minerva ou voto de desempate - nos julgamentos recursais e mandamentais colegiados em que o Presidente do

órgão plural não tenha proferido voto quantitativo; em caso contrário, na ocorrência de empate nos votos do julgamento, tem-se como adotada a decisão mais favorável ao acusado. 3. Os regimentos internos dos órgãos administrativos colegiados sancionadores, qual o Conselho da Polícia Civil do Paraná, devem obediência aos postulados do Processo Penal comum; prevalece, por ser mais benéfico ao indiciado, o resultado de julgamento que, ainda que por empate, cominou-lhe a sanção de suspensão por 90 dias, excluindo-se o voto presidencial de desempate que lhe atribuiu a pena de demissão, porquanto o voto desempatador é de ser desconsiderado. 4. Recurso a que se dá provimento, para considerar aplicada ao Servidor Policial Civil, no âmbito administrativo, a sanção suspensiva de 90 dias, por aplicação analógica dos arts. 615, § 1º. e 664, parág. único do CPP, inobstante o douto parecer ministerial em sentido contrário. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. RMS 24559 / PR. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2007/0165377-1. Julgado em 03/12/2009.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. INVESTIGADOR DE POLÍCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO

AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL VERSANDO SOBRE OS MESMOS FATOS APURADOS NO PROCESSO DISCIPLINAR. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL.

1. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que não enseja cerceamento de defesa o indeferimento motivado de produção de provas, mormente quando se mostram dispensáveis diante do conjunto probatório. 2. O processo administrativo em questão teve regular processamento, tendo sido observados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem qualquer evidência de efetivo prejuízo à defesa do Recorrente. Aplicável o princípio pas de nullité sans grief. 3. Quanto à alegação de que o Ministério Público pugnou pelo arquivamento dos autos do Inquérito Policial que versou sobre os mesmos fatos apurados em sede de processo administrativo, sendo o pedido aceito pelo magistrado, a decisão atacada está respaldada no entendimento desta Corte no sentido de que são autônomas as instâncias administrativas e penal. 4. Na ausência de fundamento relevante que infirme as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão por seus próprios fundamentos. 5. Agravo regimental desprovido. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. AgRg

no RMS 19553/SP. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0019099-7. Julgado em 01/12/2009.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. MAGISTRADO ESTADUAL. PENA DE CENSURA. PRAZO PRESCRICIONAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LOMAN. APLICAÇÃO, EM CARÁTER SUBSIDIÁRIO, DA LEI Nº 8.112/90 (ART. 142, INCISO II). RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ANULAÇÃO DA PENALIDADE APLICADA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que, tendo em vista a ausência de previsão na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) sobre o prazo prescricional para apuração de infrações disciplinares cometidas por magistrados, deve ser aplicado, em caráter subsidiário, o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União (Lei nº 8.112/90) e, ainda, que a pena de censura, prevista naquele diploma legal, está sujeita à prescrição bienal de que trata o art. 142, inciso II, da Lei nº 8.112/90. 2. A contagem do prazo prescricional, interrompida com a instauração do processo administrativo disciplinar, volta a correr por inteiro após o transcurso de 140 (cento e quarenta) dias, prazo máximo para o encerramento do processo disciplinar, nos termos dos precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 3. No caso em tela, a instauração do procedimento disciplinar contra o magistrado, ora Recorrente, ocorreu 05/11/1998. Em 25/03/1999 encerrou-se o prazo de 140 (cento e quarenta) dias para a sua conclusão, voltando a correr por inteiro o lapso prescricional

bienal, o qual, por sua vez, findou-se em 26/03/2001. Assim, quando aplicada a pena de censura ora combatida, em 17/05/2002, já estava prescrito o direito de punir do Estado. 4. Recurso ordinário provido para declarar a prescrição da pretensão punitiva estatal quanto à falta administrativa imputada ao Recorrente, restando, por conseguinte, desconstituída a pena de censura a ele imposta. Julgo prejudicadas as alegações aventadas em caráter alternativo. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, LAURITA VAZ. RMS 19609 / SP. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0025098-2. Julgado em 19/11/2009.

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. JUIZ DE DIREITO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OFENSAS IRROGADAS A OUTRO MAGISTRADO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. DESVIO DE CONDUTA FUNCIONAL. CARACTERIZAÇÃO.

1. Não há falar em nulidade do processo administrativo disciplinar, em face do indeferimento do pedido de assistência de advogado representante da OAB, na ocasião do interrogatório do interessado, pois este já estava acompanhado de outros dois advogados regularmente constituídos. 2. Ouvido o magistrado ofendido na qualidade de vítima, oportunidade em que a defesa do recorrente teve ampla e irrestrita

oportunidade de requerer quaisquer esclarecimentos que entendesse pertinentes, mostra-se inócuo o pedido para ele seja novamente ouvido como testemunha de defesa. 3. O relator do processo administrativo disciplinar, no exercício do seu poder de condução dos trabalhos, tem o poder/dever de avaliar quais perguntas efetivamente são necessárias ao esclarecimento dos fatos apurados, devendo indeferir aquelas que entender impertinentes para a apuração dos fatos especificamente analisados. 4. Ao arguir a nulidade, a parte deve apontar clara e especificamente o prejuízo supostamente suportado, assim como a correlação entre o ato viciado e a ofensa à apuração da verdade substancial, com o inequívoco reflexo no julgamento da questão então apreciada, circunstância não evidenciada no caso em tela. 5. O magistrado que se dirige à sala de um colega, no mesmo fórum, em pleno horário de expediente, para ofendê-lo na presença de outras pessoas, dentre os quais servidores, advogados e outros juizes, sem dúvida alguma deixa de observar o seu dever de manter conduta irrepreensível na vida pública. 6. As ofensas irrogadas pelo recorrente em desfavor de outro magistrado, pelo simples fato do colega ter proferido sentença que lhe era desfavorável, não se coadunam com a postura que se espera de um juiz, sendo certo que tal conduta, indubitavelmente, deve ser considerada um desvio de conduta funcional. 7. Recurso ordinário improvido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. RMS 19675 / SP. RECURSO ORDINÁRIO EM

MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0037691-0. Julgado em 17/11/2009. DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. ABANDONO DE CARGO. RITO SUMÁRIO. ART. 140 DA LEI 8.112/90. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. ANIMUS ABANDONANDI. SÚMULA 7/STJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. "É inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles" (Súmula 283/STF). 2. Para a apuração da infração disciplinar por abandono de cargo, a Lei 8.112/90 estabelece rito sumário, no qual, após a apresentação da defesa a comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor (art. 140). 3. Somente se declara nulidade de processo administrativo quando for evidente o prejuízo à defesa. 4. Não enseja cerceamento de defesa o indeferimento motivado de produção de provas, mormente quando se mostram dispensáveis diante do conjunto probatório. 5. Infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, no sentido de que ficou demonstrado o animus abandonandi do recorrente a justificar a aplicação de pena de demissão por abandono de cargo, demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado em recurso especial. 6. Recurso especial conhecido e improvido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. REsp 1111560 / RS.

RECURSO ESPECIAL 2009/0005695-8.
Julgado em 15/10/2009.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ATO VINCULADO. APLICAÇÃO. ADVOCACIA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DAS CONDUTAS UTILIZADAS COMO FUNDAMENTO DO ATO DEMISSÓRIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PENA ANULADA.

1. A aplicação de penalidades, ainda que na esfera administrativa, deve observar os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, isto é, a fixação da punição deve ater-se às circunstâncias objetivas do fato (natureza da infração e o dano que dela provir à Administração), e subjetivas do infrator (atenuantes e antecedentes funcionais). A sanção não pode, em hipótese alguma, ultrapassar em espécie ou quantidade o limite da culpabilidade do autor do fato. 2. A motivação da punição é indispensável para a sua validade, pois é ela que permite a averiguação da conformidade da sanção com a falta imputada ao servidor. Sendo assim, a afronta ao princípio da proporcionalidade da pena no procedimento administrativo, isto é, quando a sanção imposta não guarda observância com as conclusões da Comissão Processante, torna ilegal a reprimenda aplicada, sujeitando-se, portanto, à revisão pelo Poder Judiciário, o qual possui competência para realizar o controle de legalidade e legitimidade dos atos administrativos. 3. A configuração da advocacia administra-

tiva pressupõe que o servidor, usando das prerrogativas e facilidades resultantes de sua condição de funcionário público, patrocine, como procurador ou intermediário, interesses alheios perante a Administração. 4. O art. 9º da Lei nº 8.429/92 define que “constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade” nas entidades nela mencionadas. 5. Hipótese em que o Recorrente teria protocolado, para terceiros, uma única vez, um pedido de transferência de um único veículo na CIRETRAN, sem notícia de que estivesse auferindo alguma vantagem por isso ou se utilizando do cargo que ocupava para obter algum benefício. 6. Recurso provido para conceder a segurança. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sr Ministra Relatora, LAURITA VAZ. RMS 20665 / SC. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0153462-1. Julgado em 05/11/2009.

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ILÍCITO INCONTROVERSO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO ANTES DA CONDENÇÃO. AFASTAMENTO DA PUNIÇÃO. INVIABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ANISTIA OU PERDÃO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DA LEI DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. DOSIMETRIA MÍNIMA.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem aferiu a inequívoca existência de atos de improbidade (simulação de despesa pública e subtração do pagamento correspondente). No entanto, tendo em vista que os agentes reconheceram a procedência da ação e ressarciram o Erário, a Corte local afastou a punição. 2. O ressarcimento, embora deva ser considerado na dosimetria da pena, não implica anistia do ato de improbidade. Pelo contrário, é um dever do agente que, se não o fizesse por espontânea vontade, seria impellido pela sentença condenatória, nos termos do art. 12 da Lei 8.429/1992. 3. A Lei de Improbidade não teria eficácia se as penalidades mínimas impostas fossem passíveis de exclusão por conta do ressarcimento. Entender dessa forma significa admitir que o agente ímprobo nunca será punido se ressarcir o Erário antes da condenação. Isso corresponderia à criação jurisprudencial de hipótese de anistia ou perdão judicial ao arrepio da lei. 4. O reconhecimento judicial da configuração do ato de improbidade (fato incontroverso segundo o acórdão recorrido) leva, necessariamente, à imposição de sanção, entre aquelas previstas na Lei 8.429/1992, ainda que minorada no caso de ressarcimento. 5. Aplicação da pena de suspensão de direitos políticos dos agentes ímprobos, quantificada no mínimo legal, consideradas as atenuantes (reconhecimento judicial do ilícito por parte dos acusados e ressarcimento). 6. Recurso Especial provido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Eliana Calmon, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma,

por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). REsp 1009204 / MG. RECURSO ESPECIAL 2007/0277838-7. Julgado em 01/12/2009.

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. AÇÃO DE IMPROBIDADE. PREFEITO MUNICIPAL AFASTAMENTO DO CARGO.

1. Na linha da jurisprudência da Corte Especial, os temas de mérito da demanda principal não podem ser examinados na presente via, que não substitui o recurso próprio. A suspensão de liminar e de sentença limita-se a averiguar a possibilidade de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas. 2. O afastamento temporário de prefeito municipal, com base no art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992 e decorrente de investigação por atos de improbidade administrativa não tem o potencial de, por si, causar grave lesão aos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 8.437/1992. Agravo regimental improvido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, CESAR ASFOR ROCHA. AgRg na SLS 1047 / MA. AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA 2009/0073372-6. Julgado em 18/11/2009.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RELEVÂNCIA ECONÔMICA DO DANO. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DE MÁ-FÉ (DOLO). APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COGNIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. (AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE REFERENTE À INSTALAÇÃO DE REFLETOR PARA ILUMINAR PROPAGANDA POLÍTICA DE CANDIDATO À DEPUTADO ESTADUAL QUE, ANTES DA CANDIDATURA, ERA PRESIDENTE DA COMPANHIA ENERGÉTICA).

1. A Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa. 2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu. 3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública

coadjuvados pela má-intenção do administrador. 4. À luz de abalizada doutrina: “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, Início Links Fale Conosco Mapa do Site procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (...).” in José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669. 6. A lei de improbidade administrativa prescreve no capítulo das penas que na sua fixação o “juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.” (Parágrafo único do artigo 12 da lei nº 8.429/92). 7. In casu, a suscitada ausência de dano ao patrimônio público e de irrelevância econômica do mesmo, sob a alegação de que seria de apenas R\$ 11,23 (onze reais e vinte e três centavos), revela-se matéria insindicável pelo E. STJ, ante o óbice da Súmula nº 07, tendo em vista que o Tribunal a quo, com ampla cognição fático probatória assim assentou, *verbis*: Finalmente, quanto à alegação de coisa de menor importância, referindo-se ao custo de R\$ 11,23 pelo serviço prestado pelos funcionários da

ELETROCAR, que em suma este processo existiria só por causa de tal quantia, cumpre dizer que se trata de evidente desvio de foco. O processo não existe apenas por causa dos R\$11,23, os quais – diga-se – só foram pagos depois de descoberto o problema, o que por si só já revela a má intenção original de não pagá-los. O processo existe por causa da atitude de improbidade de instalar num poste de iluminação pública um refletor direcionado a uma propaganda eleitoral do co-réu André, com o consumo de energia ligado à rede pública. Se, em tese, caracteriza até furto de energia, como sustentar que não há improbidade administrativa? Neste ponto, encampo o seguinte parágrafo das contra-razões à apelação (fl. 543): Insistem os apelantes em ressaltar a ausência de danos advindos de conduta empregada ou de sua insignificância. Tal argumentação evidencia a forma como os apelantes se relacionam com o poder, pois, conforme o entendimento deles, somente haveria motivo para uma condenação no campo da improbidade se a administração viesse a ser lesada com a conduta dos agentes, sendo que a utilização do emprego público para obter benefícios de ordem privada, em detrimento dos princípios que norteiam a atividade administrativa, nada teria de irregular. Noutra giro verbal: é possível se aproveitar, desde que seja por gotímetro. Isso lembra a tese da ínfima quantidade para descaracterizar o crime de tráfico de psicotrópicos. Trafica-se em pequenas quantidades. É o chamado comércio formiga que usa principalmente menores inimputáveis, chamados burrinhos de carga. A respeito dessa questão patrimonial, não é imprescindível a lesão ao patrimônio público nem a vantagem patrimonial. Fui relator

da ap. civ. 70 001 644 467, resultando a seguinte ementa. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATOS CAUSADORES E NÃO CAUSADORES DE PREJUÍZO MATERIAL. 1. Se, por um lado, o parágrafo único do art. 12 da Lei 8.429, de 02-06-92, enseja um juízo de suficiência na definição das penas, por outro lado não se pode, por meio dele, consagrar, na prática, a impunidade. Assim, relativamente aos atos que geram vantagens ao agente e/ou desvantagem ao erário, pode-se concluir que a condenação ao ressarcimento integral do dano e a perda dos bens e patrimônio acrescidos ilicitamente, dependendo das circunstâncias, seja suficiente. Porém, relativamente aos atos que não geram, pelo menos aparentemente, vantagens ao agente e/ou desvantagens ao erário, mas nem por isso deixam de ser típicos, não se pode concluir pelo puro e simples não-sancionamento, nem tampouco fazer compensação com aqueles, sob pena de consagrar-se, na prática, a impunidade. Para tais atos, aplica-se a multa civil de até cem vezes o valor da remuneração do agente, no caso específico entendida suficiente em número igual ao de meses em que perduraram as práticas ímprobadas. Exegese do art. 12, incisos e parágrafo único da Lei 8.492/92. 2. Apelo provido. Ainda, também revelador de dolo é como os acontecimentos evoluíram na questão do pagamento, conforme bem destacado na douta sentença (l. 498): ... além da utilização inadequada e indevida do bem público, há o fato de o serviço somente ter sido pago depois de oferecida a denúncia, em quantia meramente “simbólica”, aquém do valor e isento de taxa de disponibilidade, ocorrência demonstrada através dos documentos

acostados às fls. 44/45, quais sejam, a ordem de serviço rasurada, com registro de serviço executado em 13.9.2002, e fatura no valor de R\$11,23, com autenticação datada de 27.9.2002. Observe-se que o Ministério Público denunciou o fato ao juízo eleitoral, no tocante à propaganda irregular, no dia 26 de setembro (fls. 24-7). O pagamento ocorreu no dia seguinte. A explicação do co-réu Felipe para justificar essa disparidade (fls. 127-9), não convence. Aliás, uma longa explicação para um fato muito simples. A verdade é que o pagamento só ocorreu após a denúncia, e jamais teria ocorrido nem cessada a iluminação do outdoor do candidato André, por conta da rede pública, vale dizer do Município. E aqui, eminentes colegas, por falar em Município, um detalhe que no contexto geral também impressiona: o Prefeito Municipal era o Sr. Iron, já falecido, casualmente sogro do candidato André. Assim, quanto ao mérito em si, nenhum reparo merece a douda sentença da lavra da eminente Dr^a Marlene Marlei de Souza, inclusive no que tange ao valor da multa aplicada a cada réu, em relação ao qual ficou inclusive no patamar mínimo. 8. Recurso especial não conhecido. Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, LUIZ FUX. REsp 1074090 / RS. RECURSO ESPECIAL 2008/0155240-5. Julgado em 17/11/2009.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATOS

INVESTIGATÓRIOS PRATICADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO CIVIL. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. RELATÓRIO DE AUDITORIA INTERNA. OPERAÇÕES DE CRÉDITO FIRMADAS POR INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO E COMERCIAL. INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1. O Ministério Público, no exercício do poder-dever de investigação, ostenta legitimidade para requerer ao Poder Judiciário informações necessárias à promoção de Inquérito Civil e de Ação Civil Pública, a teor do que dispõem os art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal; e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. Precedentes do STJ: HC 47.757/PA, 5ª Turma, DJ 12/12/2005 ; RMS 15.552/SP, 5ª Turma, DJ 19/12/2003; RMS 12131/RR, 1ª Turma, DJ de 10/09/2001; MC 5512/RS, 5ª Turma, DJ de 28/04/2003; RMS 8716/GO, 1ª Turma, DJ 25/05/1998; RMS 7423/SP, 1ª Turma, DJ de 03/11/1997. 2. Ademais, a quebra de sigilo bancário é admitida, excepcionalmente, nas hipóteses em que se denotem a existência de interesse público superior, posto proteção não consubstanciadora de direito absoluto a sobrepor-se ao interesse coletivo. 3. O art. 38 da Lei 4.595/64 (Lei do Sistema Financeiro Nacional) previa a quebra de sigilo bancário e fiscal, sendo certo que, com o advento da Lei Complementar 105, de 10/01/2001, culminou por ampliar as hipóteses de exceção do sigilo (§§ 3º e 4º do art. 1º), permitindo o Poder Legislativo e a CPI obterem informações das instituições financeiras, sem a interferência do Poder Judiciário, revelando inequívoca intenção do legislador em tornar a quebra do sigilo bancário

instrumento eficiente e necessário nas investigações patrimoniais e financeiras tendentes à apuração da autoria dos atos relacionados com a prática contra o erário de condutas ilícitas, como soem ser a improbidade administrativa, o enriquecimento ilícito e os ilícitos fiscais. Precedentes jurisprudenciais do STF: RE nº 219780/PE, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, DJ de 10.09.1999 e do STJ: REsp 943.304/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18/06/2008; RMS 15364/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 10.10.2005; RHC 17353/SP, Relator Ministro Félix Fischer, DJ de 29.08.2005; RMS 18445/PE, Relator Ministro Castro Filho, DJ de 23.05.2005; MC 2981/PE, desta relatoria, DJ de 28.02.2005. 4. Deveras, o sigilo bancário não tem conteúdo absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade pública e privada, este sim, com força de natureza absoluta. A regra do sigilo bancário deve ceder todas as vezes que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. O sigilo bancário é garantido pela Constituição Federal como direito fundamental para guardar a intimidade das pessoas desde que não sirva para encobrir ilícitos. 5. In casu, revela-se descabida a insurreição do Banco do Brasil contra a decisão judicial que determinou a apresentação de documentos, relativos à auditoria realizada nas operações de crédito firmadas entre a instituição bancária in foco e empresas correntistas, necessários à instrução de procedimento investigatório (Inquérito Civil) engendrado pelo Ministério Público Federal, notadamente porque o direito à intimidade, que é espécie de direito à privacidade,

não consubstancia direito absoluto a sobrepor-se ao interesse coletivo, à luz do princípio da proporcionalidade. 6. Recurso Especial desprovido, garantindo-se o respeito ao sigilo bancário no âmbito do processo sub judice. Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, LUIZ FUX. REsp 1060976 / DF. RECURSO ESPECIAL 2008/0113996-8. Julgado em 17/11/2009.

ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO DO ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.429/92 – NÃO-CONFIGURAÇÃO – SANÇÃO APLICADA COM RAZOABILIDADE – SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS NÃO É IMPOSITIVA.

1. A sanção de suspensão de direitos políticos não é impositiva, podendo ela ser aplicada cumulativamente apenas em casos que se revele proporcional ao ato praticado. 2. Sendo a suspensão sanção extrema para os atos administrativos, e não tendo sido configurado enriquecimento ilícito ou prejuízo a o erário, a sanção de multa aplicada não se mostra desarrazoada, nem incentivadora de prática de atos ímprobos. Agravo regimental improvido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao

agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), HUMBERTO MARTINS. AgRg no REsp 1121647 / MG. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0118534-6. Julgamento em 17/11/2009.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NEPOTISMO. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA-DEFESA. INEXISTÊNCIA. MANUTENÇÃO DA PENA DE CENSURA APLICADA A JUIZ DE DIREITO POR NOMEAR O PAI DE SUA COMPANHEIRA PARA O MÚNUS DE PERITO. ART. 41 DA LOMAN. ART. 125, I E III DO CPC.

1. Hipótese em que Juiz de Direito impetrou, na origem, Mandado de Segurança, objetivando invalidar a pena de censura que lhe foi aplicada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ter nomeado o pai de sua companheira para oficiar em diversas perícias médicas em processos de sua responsabilidade, na Vara onde é Titular. 2. A sindicância administrativa prescinde da observância ampla dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, anterior e preparatório à acusação e ao processo administrativo disciplinar, ainda sem a presença obrigatória do investigado. 3. Inexiste nulidade sem prejuízo. Se é assim no processo penal, com maior razão no âmbito administrativo. 4. Na arguição de nulidade, a parte deve indicar claramente o prejuízo que sofreu, bem como a vinculação entre o ato ou

omissão impugnados e a ofensa à apuração da verdade substancial, daí decorrendo inequívoco reflexo na decisão da causa (CPP, art. 566). Além disso, cabe observar que, como regra geral, as nulidades consideram-se sanadas se não argüidas em tempo oportuno, por inércia do prejudicado. 5. Juízes auxiliares podem participar da fase instrutória, desde que norma do Tribunal preveja expressamente a possibilidade de o Relator ou o Presidente da Corte Julgadora (in casu, o Corregedor-Geral de Justiça) designar Magistrado de categoria igual ou superior à do interessado. 6. É certo que a Loman dispõe que o magistrado não pode ser punido ou prejudicado “pelo teor das decisões que proferir” (art. 41), mas implícita nessa norma está a exigência de que essas mesmas decisões não infrinjam os valores primordiais da ordem jurídica e os deveres de conduta impostos ao juiz com o desiderato de assegurar a sua imparcialidade. 7. A Loman não se presta a acobertar, legitimar ou proteger atos judiciais que violem o princípio da moralidade administrativa, o princípio da impessoalidade ou as regras de boa conduta que se esperam do juiz. 8. A independência dos juízes não pode transmutar-se em privilégio para a prática de atos imorais. A garantia é conferida ao Poder Judiciário como instituição, em favor da coletividade, e deve ser por ele mesmo fiscalizada. 9. O fato de os despachos saneadores que nomearam o pai da companheira do recorrente serem de natureza judicial e, na hipótese, não terem recebido impugnação por recurso, em nada impede a abertura de processo disciplinar e, ao final, a punição do infrator. 10. O nepotismo e o compadrio são práticas violadoras dos mais comezinhos fundamen-

tos do Estado Democrático de Direito e, por isso mesmo, exigíveis não só do Executivo e do Legislativo, mas, com maior razão, também do Judiciário. 11. É aberrante a nomeação, pelo juiz, de parente, cônjuge, consangüíneo ou afim, bem como de amigo íntimo, como perito do júzo, comportamento esse que macula a imagem do Poder Judiciário, corrói a sua credibilidade social e viola frontalmente os deveres de “assegurar às partes igualdade de tratamento” e “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça” (CPC, art. 125, I e III). 12. Nos termos da

Constituição Federal, a união estável é reconhecida como unidade familiar (art. 226, § 3º). 13. Recurso Ordinário não provido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), HERMAN BENJAMIN. RMS 15316 / SP. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2002/0109623-7. Julgado em 01/09/2009.

Regras para submissão de artigos à Revista da CGU

A CGU aceita contribuições de pesquisadores, estudantes, profissionais ligados à área de controle e interessados em temas ligados à corrupção. Os artigos são publicados após análise e seleção. O objetivo é garantir a qualidade do conteúdo informativo, de forma a tornar a Revista da CGU um instrumento útil e orientador para todos aqueles comprometidos com a boa gestão de recursos públicos.

Os artigos serão analisados quanto ao conteúdo; à compatibilidade com a linha editorial; aos objetivos da Revista; e à forma de apresentação (qualidade e objetividade). Somente serão aceitos artigos inéditos e em português brasileiro.

Os trabalhos deverão ser elaborados contendo:

- Título
- Nome completo do autor
- Titulação e cargo que ocupa atualmente (máximo 180 caracteres)
- Endereço completo, telefone, e-mail
- Resumo de no máximo 15 linhas e indicação de três palavras-chave
- Texto
- Bibliografia

O formato dos textos deve seguir as seguintes orientações:

1) Organização dos textos

Os textos, incluindo as referências, devem ser digitados em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento simples entre as linhas. A primeira linha dos parágrafos deve ser sem recuo e deverá haver um espaço de uma linha entre um parágrafo e outro. Os títulos e subtítulos devem estar em negrito. O texto deverá ter entre 7 mil e 35 mil caracteres, o que corresponde a, aproximadamente, 3 a 15 páginas editadas da revista. Pede-se aos autores que evitem notas de rodapé. Caso necessário, elas não devem ultrapassar 210 caracteres.

O formato do papel deve ser A4 (21 x 29,7 cm), com margens esquerda e direita de 3,0 cm e superior e inferior de 2,5 cm. As páginas devem ser numeradas consecutivamente. A folha inicial deve conter o título do artigo,

nome completo, titulação acadêmica, vinculação departamental e institucional, e-mail, telefone e endereço completo do autor.

2) Referências bibliográficas

As referências devem, preferencialmente, restringir-se às citações no texto, sendo numeradas consecutivamente pela ordem de aparição no texto, no final do artigo.

3) Envio

O texto deve ser enviado para o e-mail revista@cgu.gov.br, em editor de texto, em qualquer versão atualmente em uso.

4) Quadros e imagens

Cada quadro (tabela) deve ser feito em folha separada e não pode ser apresentado sob forma de imagem. Sua numeração, seqüencial, deve obedecer à ordem da primeira citação do texto, com breve título. Cada coluna deve ter um título curto e abreviado. As notas explicativas e as abreviaturas não padronizadas utilizadas devem ser colocadas detalhadas em rodapé. Para assinalar as notas de rodapé, usar asteriscos, por esta ordem: *, **, *** etc.

As imagens devem ser digitalizadas com resolução de 300 DPIs ou superior, e no mesmo tamanho a ser utilizado na publicação.

5) Seleção e publicação

O exame e a seleção do material a ser publicado na Revista CGU serão definidos de acordo com a compatibilidade em relação à linha editorial definida pelos editores, o enriquecimento do estudo a respeito de temas de trabalho e a qualidade e objetividade do texto produzido. A aprovação e posterior publicação dos trabalhos não darão aos autores direito de receber qualquer retribuição financeira, ficando resguardados os direitos autorais sob a forma da lei. Os textos aprovados, no que concerne ao seu conteúdo, não serão alterados pelos editores da Revista, uma vez que os conceitos e opiniões emitidas em trabalhos doutrinários assinados são de inteira responsabilidade de seus autores. Caso necessário, será realizada revisão ortográfica e gramatical nos artigos.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional.
SIG, Quadra6, lote 800, 70.610-460. Brasília - DF.
Tiragem: 1.500 exemplares.