



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
GABINETE

SAS, QUADRA 03, LOTE 5/6, 12 ANDAR - AGU SEDE I FONE (61) 2026-8557 BRASÍLIA/DF 70.070-030

DESPACHO n. 01177/2018/GAB/CGU/AGU

NUP: 00190.021062/2015-50

INTERESSADOS: MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO E OUTROS

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

Acolho, parcialmente, o PARECER n. 00066/2017/DECOR/CGU/AGU, lavrado pelo Exmo. ADVOGADO DA UNIÃO JOAO PAULO CHAIM DA SILVA, e reprovo o DESPACHO n.º 807/2018/DECOR/CGU/AGU, com os seguintes acréscimos de fato e de direito expostos a seguir.

Preliminarmente, consigno, *in limine*, que a ressalva que ocasiona a aprovação parcial é apresentada ao final do presente despacho.

Ab initio, esclarece-se que os fundamentos informados pelos órgãos, nestes autos, em desfavor do entendimento sob apreciação, foram abordados e refutados de modo detalhado pelo PARECER n. 00123/2017/DECOR/CGU/AGU.

Por outro lado, cumpre registrar alguns aspectos fáticos que foram relatados no presente procedimento, os quais contribuem para a sua adequada compreensão, notadamente, a constatação de desvios de recursos federais dos Ministérios da Saúde, do Turismo, das Cidades, da Educação, do Esporte e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, os quais seriam destinados à execução de obras públicas, bem como a transporte escolar.

In casu, foram elaborados relatórios de auditoria pela própria Controladoria-Geral da União (SFC/CGU), os quais contribuíram para as apurações pelo Departamento de Polícia Federal. Em outra ponta, o Órgão Policial igualmente fez representação baseada nos indícios de irregularidades colhidos no inquérito policial (requisitado pelo MPF), além do que estava presente nas decisões judiciais cautelares requeridas pelo *Parquet*.

Por pertinente, necessário trazer à baila a seguinte rotina. Por ocasião das apurações de irregularidades e impropriedades, o Departamento de Polícia Federal solicita judicialmente o compartilhamento das informações do inquérito com o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. Após, a Pasta realiza novas fiscalizações para colaborar quanto ao escopo. Por vezes são detectadas novas irregularidades e são confeccionados os conhecidos Relatórios de Demandas Especiais.

Nesse contexto, tem sido identificada uma vasta variação de condutas, tais como: direcionamento de licitações, celebração de contratos de objeto genérico e indefinido, cessões parciais de contratos a sociedades empresárias estranhas ao processo de licitação inicial. Mais além, rotineiramente encontram, além de irregularidades substanciais, o superfaturamento de obras aliado a indícios de outros crimes (v.g. organização criminosa formada por agentes públicos municipais e representantes de sociedades empresárias, que se beneficiam de certames irregulares e contratações superfaturadas).

Debruçando-se sobre os autos, verifica-se que o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União tem afirmado, no que tange às transferências federais para a execução de obras e serviços de interesse compartilhado nas esferas regional e local, que há imposição legal no sentido de que a aplicação de tais verbas seja monitorada. Além disso, menciona a perpetuação de graves irregularidades em vários contratos firmados pelo

mesmo ente e, sendo assim, um indicativo de que os convênios e contratos de repasse celebrados necessitam de maior fiscalização.

Sob este espeque, a Corregedoria-Adjunta do MTFC entende, acerca da viabilidade de atuação da Pasta para promover a responsabilização das sociedades empresárias envolvidas em irregularidades, que a interpretação extraída das Leis nº 10.683/03 e 12.846/13, para fins de abertura do PAR, insere-se, em princípio, na competência dos órgãos e entidades da esfera federativa em que ocorreram as irregularidades, em virtude dos Decretos que especificam a atuação da Pasta, tais como relevância, complexidade, entre outros.

Observa-se, por pertinente, que a Corregedoria Setorial da Área de Cidades, integrante da Corregedoria-Adjunta da Área de Infraestrutura, foi o órgão que confeccionou Nota Técnica solicitando o envio de todas as informações colhidas ao Ministério das Cidades para a apuração de responsabilidades das sociedades empresárias envolvidas, sem prejuízo do envio das outras apurações – referentes ao mesmo caso - às demais Pastas, pois cada Corregedoria-Adjunta produz suas análises prévias.

Ainda segundo aquele órgão, tem sido detectado em alguns casos o envolvimento entre membros das Comissões de Licitações dos entes políticos e respectivos chefes do Poder Executivo, procuradores municipais na chancela de aditamentos, subcontratações e outras irregularidades, além do envolvimento de engenheiros municipais e Secretários das áreas de saúde, educação, infraestrutura e outros. Ademais, ocorrem rodízios de vencedores dos certames, ao passo que as irregularidades com os recursos federais perduram por variados anos (10, 15, 20 anos).

Ressaltou-se, também, a deficiente apuração no âmbito dos entes políticos beneficiários dos recursos federais. Os autos narram, ainda, um caso em que as irregularidades começaram em 2001 e todos os chefes do Poder Executivo não fizeram as devidas apurações, a demonstrar que alguns têm interesse em postergações, por ser lucrativo e eventualmente incidir prazo prescricional.

Não obstante, cumpre-se aduzir, inclusive, que um dos efeitos colaterais dessa deficiência na apuração é a prejudicialidade na atuação do próprio Tribunal de Contas da União, por ser uma instância de fiscalização mais distante que aquela em que poderia ser realizada de forma primária, e que está imediatamente ligado à transferência. Neste cariz, tem-se que, quando há envolvimento dos próprios servidores dos entes políticos quanto à má aplicação de recursos federais, é essencial a fiscalização concorrente, ainda que haja temperamentos previstos em normas (e.g. relevância, complexidade).

A não fiscalização e a ausência de providências - pelo próprio beneficiário das verbas federais – é anterior à eventual descoberta do envolvimento de servidores. A realidade tem demonstrado que não se pode presumir que os entes políticos têm efetivamente fiscalizado e instaurado os processos de responsabilização.

Em que pese tais fatos, algumas Pastas alegam que não há recursos humanos para fiscalizar e sancionar a totalidade dos destinatários das verbas federais, inobstante sejam os mais próximos para o adequado monitoramento e apreciação das informações recebidas. Há que se pensar na hipótese de as Pastas criarem rotinas de atuação selecionada, tais como as da Controladoria-Geral da União (e.g. complexidade, relevância, entre outros critérios mais objetivos).

Ad argumentandum tantum, sabe-se que nenhum órgão fiscalizador consegue se transformar em fiscal de todos os fatos que estão ocorrendo dentro das fronteiras do país, porém é possível concretizar uma fiscalização criteriosa, que não redunde em total omissão e ausência de tentativa de fiscalizar.

A título de ilustração, apenas na operação Quéops foram vislumbrados aproximadamente 75 milhões de reais em contratos de repasse para aplicação por apenas um município, fora os fatos que já estavam prescritos quando da descoberta. E em tais casos, a Corregedoria Setorial da Área de Cidades menciona, por importante, o art. 1º da Lei nº 9.873/99, que trata da prescrição (5 anos) da ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, **no exercício do poder de polícia**, que tenha por objeto apurar infração à legislação em vigor, isto é, quando configurar crime, aplica-se o prazo da legislação penal.

Outra questão que deve ser mencionada é a existência de irregularidades em procedimentos licitatórios anteriores à Lei nº 12.846/13. Sob este espeque, há jurisprudência pacífica do STJ, tal como ocorreu quando interpretou a Lei de improbidade, no sentido de não ser possível aplicá-la aos fatos anteriores à sua vigência.

Sob este prisma, e em se tratando do período anterior ao da Lei nº 12.846/13, a Corregedoria Setorial da Área de Cidades afirma, taxativamente, que as sociedades empresárias estão sujeitas às sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666/93. Todavia, há que se entender não ser possível que órgãos da União (Pastas ou Controladoria) apliquem a multa de mora (e advertências), cuja forma é prevista no instrumento convocatório ou no contrato, os quais a União não assina ou participa. No entanto, cada sanção tem sua tipologia e seus limites.

Assim, as duas espécies são mais pertinentes à relação contratual do que à relação jurídica material gerada pela aplicação dos recursos federais provenientes da União, a qual tem o poder-dever de fiscalização e tomada providências sobre eles.

No âmbito da Controladoria, a Corregedoria Setorial da Área de Cidades afirma que a competência para acompanhar eventual penalidade de suspensão ou inidoneidade das sociedades empresárias seria da Comissão de Processo Administrativo de Fornecedores, transformada em 2013 em Coordenação-Geral de Responsabilização de Entes Privados, à qual compete instaurar os processos correlatos.

Para a unidade, o art. 15 do Decreto nº 8.109/2013 preceitua que compete à Coordenação-Geral de Responsabilização de Entes Privados a instauração ou a recomendação para a instauração de processos administrativos que tenham por objeto irregularidades de entes privados decorrentes de sua relação com a administração pública.

Em outras ocasiões chegou a ser sugerido que a CRG exercesse a atribuição supramencionada de modo subsidiário, ou seja, apenas recomendar e acompanhar as apurações pelas unidades supervisionadas (v.g. Pastas Ministeriais). Assim, em Nota Técnica de 2015 (nº 1600/2015/CSAE/CORAS/CRG/CGU-PR), a CRG defendeu que, *in litteris*:

“a competência desta Controladoria-Geral no tocante à apuração de responsabilidade de entes privados em suas relações com a Administração **embora concorrente, tem sido exercida de modo subsidiário**, haja vista sua atribuição legal de Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, incumbindo-lhe, dentre outras atribuições, instaurar sindicâncias, procedimentos e processos disciplinares, **em razão: a) da inexistência de condições objetivas para sua realização para sua realização no órgão ou entidade de origem; b) da complexidade e relevância da matéria; c) da autoridade envolvida; ou d) do envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade**, conforme os artigos 2º, caput e 4º, inciso VIII do Decreto nº 5.480/2005. O que se quer demonstrar é que, a princípio, **não se justifica a atuação direta desta Controladoria, por meio da sua Coordenação-Geral de Responsabilização de Entes Privados, devendo ser demandado das entidades envolvidas uma devida atuação para promoção da responsabilização**”.

Sob um espectro mais amplo, a interlocução entre a Controladoria-Geral da União e as Pastas é importante, especialmente em caso de regulamentação, pelo Poder Executivo, das situações relativas à atuação dessas Pastas, para evitar conflitos negativos em casos importantes. Quando a Controladoria faz um juízo de admissibilidade negativo e as Pastas entendem não ter o dever de atuar, resta um vácuo.

De acordo com os textos dos Decretos nº 5.480/2005 e nº 8.420/15, em verdade não se trata de exercício subsidiário da CGU, aquela que depende da não atuação de outro órgão, mas sim de exercício criterioso por parte de quem tem a competência concorrente, com espaço para realizar um juízo de valor quando atuar.

Neste aspecto, a CGU (União) tem solicitado judicialmente autorização para o compartilhamento das informações com as Pastas Ministeriais para viabilizar o envio dos documentos com elementos de prova para a responsabilização.

Mais que isso, faz notificação requerendo que a Pasta apure a responsabilidade das sociedades empresárias envolvidas em irregularidades apontadas em “Operações Especiais” e auditorias, especificamente nos termos da Lei nº 8.666/93 (aqui não se menciona a Lei Anticorrupção). Por conseguinte, invoca os arts. 18 e 20 da Lei nº 10.683/2003 para solicitar a adoção de medidas em 60 dias, direcionadas à responsabilização das sociedades empresárias.

Outrossim, os membros da Corregedoria Setorial da Área de Cidades afirmam que em determinados casos visualizam indícios de possíveis irregularidades cometidas pelas sociedades que participaram de processos

licitatórios, **passíveis de responsabilização prevista na Lei nº 8.666/93. Pelas datas das licitações, nessas hipóteses não seria possível aplicar a Lei nº 12.846/2013 de forma conjugada, de modo que incidiria apenas a Lei de Licitações.**

Ao receber a notificação da Controladoria, a Pasta Ministerial envia o ofício para a consultoria jurídica e esta tem exposto que não há autorização legal para agir quanto às relações jurídicas entre os convenentes municipais ou estaduais e os particulares que, por sua vez, venham a firmar contrato para a aplicação de verba federal, em homenagem autonomia constitucional e à distribuição de competências, que evitam uma sobreposição ou hierarquia das Pastas sobre os entes.

Diante da postura, os processos retornam para a Controladoria, que mantém o entendimento anterior e o reitera, por intermédio da Corregedoria Setorial da Área de Cidades, na linha de que as transferências voluntárias de recursos federais aos entes não retiram a competência da Pasta para apurar irregularidades envolvendo as sociedades empresárias que participaram de certame licitatório municipal ou estadual. A Corregedoria-Adjunta e a Corregedoria-Geral mantêm o entendimento da Setorial e solicitam o exame da consultoria jurídica. Por fim, esta tem confirmado o entendimento integral da área técnica e ocorre o conflito negativo. Como dito, o que falta é uma regulamentação melhor para a atuação harmoniosa das Pastas Ministeriais e da CGU.

Diante dessa celeuma e do impasse administrativo, a Corregedoria Setorial da Área de Cidades, no presente caso, chegou a solicitar os autos para novo pronunciamento e fez longa manifestação sobre o assunto (Nota Técnica 1607/2016/CRG/CORIN/CSCid). Nessas pegadas, informou, na ocasião, a existência de pareceres da Consultoria Jurídica da CGU.

Rememora que há conluíus entre servidores e políticos locais com os contratados e, assim, **os órgãos correccionais** devem concluir, caso demonstrada a participação de sociedade empresária, **pela suspensão ou inidoneidade**. Menciona a diversidade de atores competentes, a necessária efetividade, tempestividade e prevenção de irregularidades, o que abarca o CADE, TCU, Judiciário e, então, **o Executivo como competente para aplicar o art. 86 da Lei de Licitações e as sanções da Lei Anticorrupção.**

O órgão bem sublinha os arts. 8º e 30 da Lei Anticorrupção, na diretriz de que as sanções previstas nesta não afetam os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes da Lei nº 8.429 e da nº 8.666 ou outras normas esparsas de licitações e contratos. Acertadamente relata que a ação administrativa é mais ágil que as judiciais ou as de controle externo, no intuito de suspender ou declarar a inidoneidade. Assim, a competência fiscalizatória seria tanto do concedente quanto do convenente.

A área técnica chega a tecer críticas àqueles que não veem essa competência concorrente na Lei nº 8.666/93, inclusive no período anterior a Lei Anticorrupção. Acrescenta, ainda, que não havendo hodiernamente estrutura no Executivo Federal para apuração no âmbito dos Ministérios, a função deverá ser institucionalizada para que a Administração não fique a mercê dos demais poderes, com sérios problemas de continuidade, perpetuação de irregularidades e deficitária prevenção.

No contexto da “Operação Solidária”, o MCID repetiu seus argumentos, afirmou que o problema atrai a competência do Tribunal de Contas da União e que poderia no máximo comunicar a Caixa Econômica Federal.

No entanto, quando se vislumbra a existência de fundamentos jurídicos que não violam a Constituição e a juridicidade infraconstitucional, percebe-se que as referidas providências são deficientes na ordem jurídica que tem sido formatada pelo Congresso Nacional, direcionada a uma atuação mais imediata, célere, efetiva (ainda que em situações selecionadas objetivamente) e que busquem evitar prescrições em favor de irregularidades.

A referida Corregedoria Setorial da Área de Cidades ressalta, ainda, que o problema não é só a respeito das competências, mas também da responsabilidade da Pasta em garantir a prestação de serviços e a efetivação dos seus próprios programas, de não estar buscando garantir os resultados finalísticos, o ciclo das políticas públicas (avaliação e controle dos resultados). De igual sorte, não há verificação alguma pelas Pastas se as apurações estão sendo efetivadas pelos entes políticos que receberam recursos federais para aplicar.

Aduz que os Ministérios não querem sequer entrar em contato com os convenentes para verificar a existência de início de apurações nos demais entes, embora tenham afirmado que poderiam notificar a Caixa Econômica Federal quando alguém provocasse o Ministério. Neste ponto, chega-se até a sugerir que as Pastas avoquem (ou

realize uma instauração), no mínimo, quando considerar indispensável, no entanto não têm concordado com competência alguma para o assunto.

Quanto às limitações de recursos humanos, não há como responsabilizar quem tenta e não consegue encontrar as irregularidades cometidas, mas deve haver sim um acompanhamento, a tentativa. Neste diapasão, os órgãos de controle atuam na medida de sua estrutura. De fato, sem essa atuação os Ministérios nunca aperfeiçoarão suas políticas, sempre dependerão de provocações e atuações externas, mesmo havendo fundamento jurídico para tanto.

Se necessário for, é preciso revisar os modelos contratuais e as políticas de integridade para inclusive **resguardar a União dos efeitos de apurações insuficientes feitas pelos demais entes políticos (muitas vezes intencionalmente)**, que não raro tentam conferir tempo às sociedades empresárias para conseguirem prescrições, transferências e sucessões fraudulentas etc. Portanto, uma competência exclusivamente subsidiária em face dos demais entes políticos não tem funcionalidade.

A Corregedoria Setorial da Área de Cidades foca a Lei Anticorrupção, o microssistema de abrangência nacional e seu diálogo com o restante do sistema administrativo, alcançando a Administração Nacional. *Prima facie*, não haveria competência concorrente entre entes administrativos quanto a comportamentos lesivos que cada um sofreu isoladamente, o que é diferente de quando a mesma conduta prejudica mais de um ente.

O órgão salienta, também, que há entendimento consolidado que admite a atuação da União para a aplicação de penalidades da Lei nº 8.666/93 em casos de transferências voluntárias (convênios, repasses com outros entes). Nessa linha, defende que o fundamento para a aplicação concorrente da Lei nº 8.666/93 seria diverso do fundamento para aplicação concorrente da Lei 12.846/13 e, em razão disso, o legislador optou por prever expressamente a convivência dos dois regimes de responsabilização (art. 30, II). Em outras palavras, a aplicação de sanções da Lei de Licitações, de forma concorrente, é possível mesmo quando inaplicável a Lei Anticorrupção (e.g. período anterior à vigência).

No caso das transferências, a autonomia do ente é ainda mais limitada (sujeita a termos de ajustes e normas federais provenientes de quem concede). É recomendável que sejam inseridas nos instrumentos cláusulas coerentes com a competência fiscalizatória e sancionatória específica (aplicação de suspensão e inidoneidade pela União), embora não seja signatária do instrumento contratual. Aquelas sanções não são exclusivas de contratantes quando há presença de relação jurídica material decorrente do manejo de recursos federais e competências fiscalizatórias sistematicamente previstas em leis federais se constadas irregularidades na aplicação.

Sob tal aspecto, o Tribunal de Contas da União (Acórdão 2158/2011 - 2ª Câmara) apontou a obrigatoriedade da indicação da origem dos recursos federais nos atos convocatórios das licitações realizadas no âmbito da execução de convênios e contratos de repasses, bem como nos subsequentes contratos celebrados, nos termos do art. 40 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

A Corregedoria Setorial da Área de Cidades menciona o PARECER nº 234/2010/ASSJUR-CGU, segundo o qual é patente a legitimidade da Controladoria-Geral da União para fiscalizar a aplicação de recursos federais, transferidos ao Distrito Federal por órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal, podendo aplicar ao fornecedor do poder público quaisquer sanções administrativas previstas na lei de licitações e contratos. Em decorrência desse pronunciamento consultivo é que havia informado existir entendimento consolidado sobre a competência concorrente da União para aplicar as sanções da Lei de Licitações.

Naquele PARECER n. 234/2010/ASSJUR-CGU fora sustentada a atuação da União, especificamente nos casos que envolvam transferências de recursos públicos federais (convênios e contratos de repasse) aos Estados, Distrito Federal e Município, sem que houvesse afronta ao pacto federativo. De fato, os entes políticos só teriam autonomia plena quanto a recursos originários ou provenientes de transferências legais e constitucionais incorporadas aos seus próprios patrimônios e não sujeitas à fiscalização federal.

Quanto à Orientação Normativa nº 48 da AGU, esta tratou da competência para aplicar as sanções, mas tendo como pano de fundo que os seus efeitos subjetivos, aplicados no interior da própria União, estava restrito ao órgão ou entidade, e por este motivo a autoridade responsável para aplicar seria a que celebrou o contrato ou outra prevista regimentalmente.

A Orientação Normativa não abordara a controvérsia atual, as competências concorrentes e quais órgãos de controle poderiam aplicar, ou seja, estavam tratando de competência para aplicação de sanção quando o órgão federal é contratante e, obviamente, utilizara recurso federal.

Os ilícitos da Lei nº 12.846/13, praticados em convênios ou congêneres, afetam os recursos da União e seu interesse nas políticas públicas. A vingar o argumento de pacto federativo, a Lei e seu decreto regulamentador não beneficiariam o ente lesado, o impediria de aplicar sanções a terceiros que contrataram com outro ente e cometeram irregularidades na aplicação de recursos federais, competência que até já está consolidada para o Tribunal de Contas da União.

Há competência das Pastas e do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União para aplicar as sanções de suspensão e inidoneidade previstas na Lei nº 8.666/93, mas recomenda-se a edição de regulamentação interministerial para o estabelecimento dos critérios, sob pena de inviabilização da fiscalização.

Quanto ao PAR, previsto na Lei Anticorrupção, as Pastas têm mesmo o dever legal de instauração, ainda que envolvam as sanções de suspensão e inidoneidade previstas na Lei de Licitações, em particular no tange a fatos posteriores, pois para os anteriores seria aplicável apenas a Lei nº 8.666/93.

Decreto nº 8.420/15

Art. 12. Os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo.

§ 1º Concluída a apuração de que trata o caput e havendo autoridades distintas competentes para julgamento, o processo será encaminhado primeiramente àquela de nível mais elevado, para que julgue no âmbito de sua competência, tendo precedência o julgamento pelo Ministro de Estado competente.

§ 2º Para fins do disposto no caput, o chefe da unidade responsável no órgão ou entidade pela gestão de licitações e contratos deve comunicar à autoridade prevista no art. 3º sobre eventuais fatos que configurem atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013.

A própria Lei Anticorrupção e sua regulamentação deram respaldo para a aplicação conjunta da legislação pertinente ao microsistema licitatório e à fiscalização e sanção pelos órgãos federais, uma vez que confere prerrogativas ao ente lesado.

Para o STF (ACO 1.463), há níveis de ineficiência administrativa nos entes estaduais e municipais, que culminam na execução irregular de programa federal (com má-gestão), que há interesse federal direto, e que este interesse não se restringe a desvio das verbas, de modo a englobar o próprio bom funcionamento do programa (qualidade).

Recentemente, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no caso DIPROLMEDI MEDICAMENTOS LTDA x UNIÃO, onde a autora pleiteou a declaração de nulidade do ato administrativo que declarou a sua inidoneidade para participar de licitações (Processo Administrativo nº 00190.001818/2012-00), entendeu ser legítima a competência do Ministro-Chefe da CGU para aplicação da penalidade, tal como defendido pelo juízo de piso no Procedimento Comum nº 5004073-08.2016.4.04.7117/RS.

O processo administrativo foi instaurado no âmbito da Controladoria-Geral da União por provocação da Polícia Federal, com o fito de averiguar o cabimento de declaração de inidoneidade das sociedades empresárias envolvidas na 'Operação Saúde'.

Fora ressaltado pelo juízo (e mantido pelo TRF 4) que a competência da Controladoria-Geral da União vinha expressa no artigo 17 da Lei nº 10.683/03, assim como que **o caso “possui uma particularidade que atrai para si o controle do órgão federal: as irregularidades apontadas foram praticadas em licitações para a aquisição de medicamentos que também contam com recursos públicos federais, ainda que geridos por municípios através dos fundos municipais de saúde”**. Dois julgados foram trazidos à baila:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO SAÚDE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. FRAUDES ENVOLVENDO A UTILIZAÇÃO DE VERBAS ORIUNDAS DO SISTEMA ÚNICO DESAÚDE- SUS. 1.

As ações e serviços de saúde são realizados, pelos Municípios, mediante a utilização de recursos oriundos do próprio orçamento e dos repasses efetuados pelo Estado e pela União, os quais são geridos por meio do fundo municipal de saúde; o ente federal possui claro interesse na forma como os recursos que compõem tal fundo são empregados, tanto que o TCU reconhece sua competência fiscalizatória. 2. Ademais, a União é responsável solidariamente pelo funcionamento do SUS, sendo claro seu interesse na gestão do serviço de saúde. (HABEAS CORPUS N° 5014972-47.2014.404.0000/RS).

STJ

PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PENAL. CRIME DE LAVAGEM E OCULTAÇÃO DE BENS E VALORES. CONTRATO FIRMADO ENTRE PESSOA JURÍDICA E ÓRGÃO ESTADUAL. RECURSOS, EM PARTE, PROVENIENTES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). INCORPORAÇÃO DA VERBA AO PATRIMÔNIO ESTADUAL. IRRELEVÂNCIA. REPASSE SUJEITO AO CONTROLE INTERNO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INTERESSE DA UNIÃO. PRECEDENTES DA TERCEIRA SEÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Por estarem sujeitas à fiscalização dos órgãos de controle interno do Poder Executivo federal, bem como do Tribunal de Contas da União, as verbas repassadas pelo Sistema Único de Saúde - inclusive na modalidade de transferência "fundo a fundo" - ostentam interesse da União em sua aplicação e destinação. Eventual desvio atrai a competência da Justiça Federal para conhecer da matéria, nos termos do art 109. IV. da Constituição Federal 2. Agravos regimentais improvidos. (AgRg no CC 129.386/RJ, Rei. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2013, DJe 19/12/2013, sem grifas no original)

O juízo consignou, corretamente, que o artigo 18 da Lei n° 10.683/03 é claro ao dispor **competir à Controladoria-Geral da União a instauração de processo e aplicação de penalidades relacionadas às matérias insertas no seu campo de competência, “o que se encontra em perfeita consonância com o disposto no artigo 87 da Lei n° 8.666/93”**.

A União não ser contratante direta ou não assinar o instrumento não afasta a presença de relação jurídica material nesse caso específico de fiscalização de verba federal, bem como as demais competências fiscalizatórias, de monitoramento, acompanhamento e tomada de providências, delineadas em outros diplomas legislativos, regentes da atuação dos órgãos do Poder Executivo Federal, consoante robustamente apontado no PARECER n. 00079/2017/DECOR/CGU/AGU.

O fato de não contratar diretamente, por não ter estrutura ou capilaridade nas demais esferas e por ser imprescindível a prática de atos pelos demais entes, não exclui as suas outras competências constitucionais e infraconstitucionais, assim como a propriedade federal dos recursos.

Quando não se comprova participação dos próprios entes, é extremamente difícil conseguir, por exemplo, a sua responsabilidade em virtude da apuração e/ou sanção insuficiente(s) ou ineficiente(s). Os prejuízos financeiros serão ressarcidos com valores dos contribuintes, sob o argumento de que o próprio ente teria sido ludibriado pelas sociedades empresárias.

A fiscalização toma por base os documentos disponibilizados, ao exercer o seu dever de verificação do procedimento licitatório, ou investigados por outros órgãos competentes. Ademais, embora os entes tenham o dever de assegurar a correção dos procedimentos licitatórios etc., isto não exclui a fiscalização e as consectárias sanções pela União.

Quanto ao argumento de que o entendimento poderia trazer outras responsabilidades, não se pode nulificar um dever de fiscalização mediante essas alegações. As outras responsabilidades que porventura queiram imputar à União dependeriam de ter assinado avenças, de sua conduta, nexos de causalidade, ocorrência de dano, etc., além de depender de previsão normativa. Os textos normativos preveem, ao contrário, é o dever de fiscalizar e tomar providências em caso de irregularidades com recursos federais.

Conforme consta dos autos, a Corregedoria Setorial da Área de Cidades solicitou expressamente que fosse examinada, entre outros argumentos, a pertinência da ON AGU n° 48, a questão do pacto federativo e a existência de competência e poder-dever das Pastas Ministeriais e da Controladoria nas duas vias: a da Lei n° 8.666/93 e da Lei n° 12.486/11.

A ASSJUR-CGU, em seu relatório, mencionou que os envolvidos devem estar sujeitos, dentre outras, às sanções da Lei n° 8.666/92 e da Lei n° 12.846/2013 (Lei da Empresa Limpa ou Lei Anticorrupção). Consignou, além

disso, que **não há dúvidas que as Pastas devem fiscalizar.**

Ainda que os defendem entendimento oposto afirmem **que não há previsão legal expressa de que a União possa abrir processo punitivo e aplicar as penalidades previstas na Lei nº 8.666/92 e na Lei nº 12.846/2013, a ASSJUR-CGU aderiu integralmente aos argumentos desenvolvidos pela área técnica e faz dela as razões da Corregedoria Setorial da Área de Cidades, por existir previsão expressa de sanções a sociedades empresárias que contratam com o Poder Público e para a atuação punitiva pelos órgãos e entes lesados, assim como pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU (v.g. Lei nº 10.683/03).**

Nessa visão, expôs que a contratação fora concretizada justamente porque o ente recebeu verbas federais destinadas especialmente para a consecução de uma política pública que está sendo implementada por meio deste contrato, sendo concorrentes as competências do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União e da Pasta que assinou o convênio.

“nosso posicionamento é no sentido de que **a competência para punir pessoas jurídicas privadas que contratam com Estados e Municípios, para o fim de executar políticas públicas com verbas federais repassadas por meio de convênios é uma competência concorrente**, ou seja, tanto o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União quanto o Ministério Conveniente, quanto a autoridade competente no âmbito da respectiva Unidade da Federação são competentes para promover a apuração e punição de irregularidades...”

A ASSJUR-CGU invoca as próprias portarias interministeriais, que muitos utilizam como obstáculo para afirmar que a União não tem competência (os instrumentos limitariam a própria União). Em verdade, o debate jurídico está, em última instância, acima delas, na Constituição e nas leis.

Constituição Federal

Art. 74. Os Poderes Legislativo, **Executivo** e Judiciário manterão, de forma integrada, **sistema de controle interno com a finalidade** de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - **comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;**

[...]

Sobre a competência concorrente não só na Lei Anticorrupção, mas também na Lei de Licitações, expressou que:

“Municípios pequenos, muitas vezes eles não têm estrutura para efetivar este trabalho punitivo e outras vezes há conluio do próprio Prefeito com os donos das empresas inidôneas. Assim, é salutar permitir que a União possa, concorrentemente, atuar nestes casos, dando efetividade aos comandos sancionadores da Lei nº 8.666/92 e na Lei nº 12.846/2013”. “Destaque-se que as sanções destas duas leis são sanções exclusivamente administrativas, não cabe ao Judiciário, ao TCU nem ao Ministério Público atuarem para a aplicação destas sanções. Cabe ao Poder Público, por seus órgãos executivos, aplicar estas sanções”.

O órgão consultivo enfatiza que quando há **a inexistência de condições objetivas** para promover a apuração ou por conta da complexidade e relevância da matéria, **os próprios entes federados solicitam ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União a instauração** de processos apuratórios e punitivos.

Registrou, por fim, que o Tribunal de Contas da União vem aplicando a penalidade de declaração de inidoneidade a pessoas jurídicas que fraudam licitações realizadas por Municípios e Estados em razão da existência de recursos públicos federais, com base no artigo 46 da Lei nº 8.443/92 de 1992.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL ORIGINÁRIA DE REPRESENTAÇÃO. FUNASA. PREFEITURA DE CONCEIÇÃO/PB. **CONVÊNIO**. MELHORIAS EM 15 UNIDADES HABITACIONAIS PARA CONTROLE DA DOENÇA DE CHAGAS. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE OS RECURSOS APLICADOS E AS OBRAS EXECUTADAS. OPERAÇÃO TRANSPARÊNCIA. EMPRESA DE FACHADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CITAÇÃO DA PREFEITA, DA EMPRESA E DO SEU SÓCIO. REVELIA DA

EMPRESA. ALEGAÇÕES DE DEFESA DA PREFEITA E DO SÓCIO INSUFICIENTES PARA AFASTAR SUAS RESPONSABILIDADES. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. **DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE.** INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA.- Além de comprovar a execução do objeto, é dever do gestor demonstrar o nexo de causalidade entre a aplicação dos recursos repassados e a consecução do fim almejado, sob pena de julgamento irregular de suas contas e condenação em débito e multa.- A participação fraudulenta em licitações públicas constitui irregularidade grave e justifica a aplicação da sanção de inabilitação dos responsáveis para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública e a declaração de inidoneidade para licitar da empresa envolvida.- É juridicamente possível a aplicação da penalidade descrita no art. 60 da Lei 8.443/1992 a terceiros não responsáveis “pela utilização, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração de dinheiros, bens ou valores públicos pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária”, mas que tenham fraudado licitação e desviado recursos públicos. (ACÓRDÃO Nº 2905/2016 – TCU – Plenário - TC 000.761/2015-0)

Na esteira dos argumentos expostos no PARECER n. 00079/2017/DECOR/CGU/AGU, não procedem os argumentos da Comissão de Licitações. De acordo com a unidade,

”no que pese os registros elogiosos aos argumentos suscitados no mencionado Parecer, bem como nas manifestações da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU, em contraponto, foram suscitados, pelos membros da Comissão, argumentos como a submissão da prerrogativa sancionatória à estrita legalidade e o necessário respeito à autonomia federativa.

Entretanto, foram expostos diversos argumentos no PARECER n. 00079/2017/DECOR/CGU/AGU sobre a não violação à autonomia federativa e os atuais contornos sobre o princípio da estrita legalidade, inclusive no Direito Penal. A unidade apenas faz menção e reitera o alegado por alguns órgãos, sem apontar a incorreção dos argumentos expendidos na manifestação consultiva do DECOR (e.g. federalismo cooperativo, entre outros).

Exemplificativamente, pelo raciocínio, haveria inclusive inconstitucionalidade na atuação do TCU baseada na Lei nº 8.443/92. Não se tem notícia até o momento de alegação de violação à autonomia do ente federado, quando da atuação administrativa do TCU para punir pessoas jurídicas contratadas por Municípios ou Estados. Deveras, ao celebrar um convênio ou instrumento congênera (de cooperação) com a União, mitiga-se ainda mais a sua autonomia federativa.

Não seria possível a Comissão elencar a possibilidade remota de delegação de competência sancionatória quando ao mesmo tempo defende a competência, para aplicação das sanções, como exclusiva e calcada em prerrogativa de determinada unidade federativa.

Um dos membros da Comissão invocou o fato de a União não ter relação jurídica material no assunto, todavia o PARECER n. 00079/2017/DECOR/CGU/AGU trouxe profundos ensinamentos sobre a compreensão moderna quanto ao conceito de relação jurídica, as quais igualmente não foram refutadas.

Conforme explicitado anteriormente, não basta afirmar que a relação entre a União e o outro ente se dá pelo instrumento de convênios ou contrato de repasse, nos termos das normas infralegais (e.g. IN nº 424/2016), pois o debate e os fundamentos abordados na controvérsia estão acima dessas normas infralegais que tratam da verificação de documentação. Ainda assim, seus textos normativos não são impeditivos.

Não é pertinente invocar o art. 25 da LRF, pois o dispositivo não trata da fiscalização e das sanções previstas em diplomas esparsos (na legislação extravagante), apenas traz de algumas poucas exigências para as transferências e as exceções ao regime das vedações temporárias quanto à saúde, educação e assistência social. A União não pode ser considerada intrusa, como consignado, em particular quando há verba de sua propriedade sendo manejada.

Dito isso, é possível externar a razão de a aprovação do PARECER n. 00079/2017/DECOR/CGU/AGU ser parcial. **É que, apesar da relevância dos argumentos externados pelo subscritor, a Advocacia-Geral da União tem um entendimento tradicional sobre os efeitos subjetivos da sanção de suspensão, após a sua regular aplicação por órgãos federais em face de seus contratados.**

O entendimento é no sentido de restringir os efeitos (e.g. proibição de contratar) da sanção ao próprio órgão com quem o contratado estabeleceu relação jurídica material, não sendo um impedimento que abarca toda a União (ente, teoria do órgão). O subscritor, ao interpretar alguns trechos de dispositivos da Lei nº

8.666/93 sobre o tema, fez considerações para corroborar o restante dos fundamentos, porém não era o único pilar de sustentação do entendimento.

Inclusive fez questão de não incluir o ponto na conclusão, pois o objeto central diz respeito à competência concorrente das Pastas Ministeriais e da Controladoria-Geral da União para aplicar determinadas sanções **administrativas nas vias da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 12.486/11.**

Sendo assim, **entende-se não ser recomendável a superação do entendimento anterior desta Advocacia-Geral da União nestes autos**, primeiro em virtude de, adequadamente, não ter constado da conclusão do parecer, segundo porque é suficiente a fundamentação acerca das competências, da presença da relação jurídica material, da não violação ao pacto federativo e demais argumentos, **ressalvado especificamente o referido ponto.**

A explicação do subscritor sobre a existência de relação jurídica material, quanto a **quem (e quando) pode aplicar** as sanções administrativas, é sustentável independentemente da interpretação sobre os efeitos subjetivos da sanção previstas no inciso III do art. 87, a qual não envolve a compreensão sobre a relação jurídica material existente em virtude dos recursos federais aplicados por outros entes.

Desse modo, quanto ao art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, em particular os ulteriores efeitos do impedimento de contratar com a “Administração”, ainda resta preservado o entendimento anterior da Advocacia-Geral da União, não sendo alterado em virtude de sua abordagem nestes autos.

Art. 87.

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

O tema é controverso, vez que o STJ tem entendimento que destoa do consolidado na AGU, além de envolver argumentos ligados à dosimetria e à própria proporcionalidade das sanções previstas na Lei nº 8.666/93. Portanto, deixa-se de aprovar nestes autos a argumentação relativa ao referido inciso, pautada, entre outros argumentos, na teoria do órgão e que impediria os sancionados de contratar com todo o Poder Executivo Federal.

Ante o exposto, resta consagrada, presente a relação jurídica material, a competência concorrente dos órgãos para a aplicação - após o devido processo legal substantivo - das sanções de suspensão, de inidoneidade (Lei nº 8.666/93) e das previstas na Lei nº 12.846/13, nas hipóteses de terceiros que contrataram com outro ente político e cometeram irregularidades na aplicação de recursos federais.

Recomenda-se, ademais, a edição de portaria interministerial ou decreto para racionalizar a atuação das Pastas Ministeriais de forma criteriosa e efetiva, de forma semelhante ao que ocorre com os demais órgãos de controles interno e externo, tendo em mira a inviabilidade fática de fiscalizar permanentemente todos os processos que envolvem a aplicação de verbas federais.

Por derradeiro, observo que os processos administrativos [00210.000667/2014-41 \(APENSAMENTO\)](#) [00222.000317/2009-88 \(APENSAMENTO\)](#) [08001.005660/2017-35 \(REMISSÃO\)](#) [58000.110592/2017-11 \(REMISSÃO\)](#) tratam da mesma matéria e se encontram vinculado por conexão processual em razão do objeto.

Cientifique-se a Controladoria-Geral da União, a Procuradoria-Geral da União e o Deaex/CGU.

Ao Deinf para ampla divulgação.

Brasília, 21 de dezembro de 2018.

BRUNO ANDRADE COSTA
PROCURADOR FEDERAL
DIRETOR DO DECOR

CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO SUBSTITUTO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190021062201550 e da chave de acesso 5d15cf56

Documento assinado eletronicamente por BRUNO ANDRADE COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 210798129 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO ANDRADE COSTA. Data e Hora: 24-12-2018 10:15. Número de Série: 17236864. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
