**Questão 1:**

A Superintendência-Geral do CADE (“SG”) instaurou inquérito administrativo para investigar existência de cartel para fraudar licitações para compra de material de escritório a partir de interceptações telefônicas realizadas pelo Ministério Público no âmbito da Operação *Papiro*. A SG então emite ofícios a diversas empresas atuantes no segmento.

A empresa Papel Pop recebe um ofício da SG para apresentação de esclarecimentos, no âmbito dos autos de um Inquérito Administrativo, sobre participação da empresa em licitações para venda de material de escritório com pedido de informações sobre todas as licitações que a empresa tenha participado entre os anos de 2001 e 2013. A empresa, que até o momento do recebimento do Ofício desconhecia a investigação do MP e do CADE, solicita acesso aos autos do Inquérito. O pedido é prontamente negado pela SG sob a justificativa de que: (a) o processo tramita em sigilo; (b) o compartilhamento do conteúdo das interceptações violaria o direito ao sigilo das pessoas interceptadas; e (c) as informações solicitadas eram objetivas e independeriam de acesso aos autos do Inquérito.

A Papel Pop apresenta as informações solicitadas e após 3 anos recebe nova notificação agora na qualidade de Representada em um processo administrativo já instaurado “*com vistas a apurar infrações à ordem econômica ocorridas em licitações públicas destinadas à aquisição de materiais de escritório em vários Estados do país, tais como Pará, Rio Grande do Sul, Bahia e São Paulo. As práticas teriam ocorrido possivelmente, desde ao menos 2001, estendendo-se, a princípio, até o momento da realização das buscas e apreensões da operação Papiro realizadas em junho de 2013*”.

Considerando o fato apresentado acima e na qualidade de advogado da empresa Papel Pop, responda, de forma justificada, aos itens a seguir.

1. A justificativa apresentada pela SG para a negativa de acesso aos autos viola algum direito da Papel Pop? A Papel Pop poderia ter se recusado a apresentar as informações sob quais argumentos?

**R.**: Há duas possíveis respostas para a presente questão.

**A primeira é no sentido positivo.** Sim, a ausência de acesso às informações relacionadas ao Inquérito Administrativo viola o direito ao contraditório da Papel Pop na medida em que impede o acesso a informação para o exercício da reação de maneira informada. O direito ao sigilo deve ser preservado sem que com isso o direito ao exercício do contraditório seja afetado (nesse sentido, vide HC 88190, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgamento em 29.8.2006, DJ de 6.10.2006).

**A segunda é no sentido negativo.** Não, a ausência de acesso às informações relacionadas ao Inquérito Administrativo NÃO viola o direito ao contraditório da Papel Pop. Tudo porque, a fase inquisitorial não ocorre no âmbito do processo, sendo ainda pré-processual. Neste momento, a intenção do Estado é tão somente a produção de provas (colheitas de informações para o processamento administrativo ou judicial). Por isso, não se fazem presentes as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa inerentes ao processo administrativo. Neste sentido, decide o STF: *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório não são aplicáveis na fase do inquérito civil, pois este tem natureza administrativa, de caráter pré-processual, que se destina à colheita de informações para propositura da ação civil pública, não havendo, portanto, que se falar em réu ou acusado, nessa fase investigativa. (RE 481.955-PR, Relatora Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 09.12.2009)*. Do mesmo modo, *“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA NO INQUÉRITO CIVIL DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE 481.955-ED, Relatora Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 10.5.2011).*

1. Com base nos princípios aplicáveis ao Processo Administrativo e nas disposições da Lei n.º 12.529/2011, o procedimento aplicado ao Inquérito Administrativo foi adequado? Fundamente

**R:** Não, o procedimento não foi adequado. O Inquérito Administrativo foi prorrogado por período superior a 180 dias, o que viola o artigo 66, § 9º da Lei n.º 12.529/2011. A extensão indevida do Inquérito Administrativo ainda viola o princípio constitucional de duração razoável do processo, previsto na Constituição Federal no art. 5º, inciso LXXVIII.

1. A SG poderia ter se utilizado das provas emprestadas pelo MP? Caso positivo, sob quais condições?

**R**: Sim, é admitida a utilização de prova emprestada desde que a garantia ao contraditório tenha sido observada (nesse sentido vide ERESP 617.248, Relatora Ministra Nancy Andrigui). Segundo entendimento do STF (Questão de Ordem no Inq. 2424, Rel. Ministro Peluso), a utilização da interceptação telefônica, como prova emprestada no âmbito do processo administrativo sancionador, está em consonância com o art.50, VII, da CF e com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

1. Em relação ao objeto da investigação, na qualidade de advogado da Papel Pop, quais argumentos poderiam ser apresentados em defesa da empresa à luz das garantias constitucionais, da Lei n.º 9.784/1999, da Lei n.º 9.873/1999 e da Lei n.º 12.529/2011?

**R**: Como é possível depreender do objeto do Processo Administrativo instaurado, sua definição é genérica e não permite identificar elementos essenciais relacionados à autoria e materialidade da conduta. Assim, o objeto da investigação não possui uma descrição clara dos fatos pertinentes em violação ao art. 26 da Lei n.º 9.784. A Lei n.º 12.529/2011 impõe, no artigo 70, que a notificação do representado acerca da instauração do Processo Administrativo esteja acompanhada do teor da decisão que decidiu pela sua instauração, contudo, a inexistência de individualização da conduta (i.e. indicação, para cada representado dos fatos a ele imputados) viola o direito de defesa dos representados que ficam obrigados à produzir provas negativas sobre alegações genéricas. Por fim, vale notar que parte das condutas investigadas já está prescrita nos termos do art. 1º da Lei n.º 9.873/99 que dispõe a prescrição em cinco anos da ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Poderia ainda ser aventada a possibilidade de prescrição intercorrente como decorrência de período superior a três anos entre o recebimento do Ofício e a instauração do Processo.

**Questão 2:**

No ano de 2012, a União Federal contratou a empresa Belas Flores Ltda. para a prestação de serviços de jardinagem no Palácio da Alvorada. Decorridos mais de três anos desde o início da execução do contrato, um representante da Administração, que atua como o fiscal do contrato, desconfia que os serviços estão sendo prestados irregularmente. Segundo as suas anotações, apenas metade dos postos de trabalho contratados são efetivamente ocupados, sendo que há rumores de que a outra metade dos funcionários apenas “bate o ponto” e vai embora. Além disso, há indícios de que os serviços não são prestados adequadamente nas áreas menos visíveis do imóvel. Inclusive, há locais em que, segundo relatos do fiscal e supostamente confirmados pela própria Presidência da República, em razão do jardim descuidado, as emas criadas no local não conseguem mais correr livremente e correm o risco de se machucar. O Jornal Nacional entrevistou o dono da empresa contratada, que negou todas as acusações e disse ter provas de que não há “funcionários fantasmas”, bem como que os serviços são prestados regularmente.

Você é o gestor do contrato e recebe a documentação elaborada pelo fiscal, em que há a recomendação de imediata rescisão do contrato e aplicação das penalidades de multa compensatória e de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública. Há também um acervo de fotografias e filmagens corroboram as alegações do fiscal. Pergunta-se

1. É possível proceder imediatamente à rescisão do contrato administrativo e à aplicação das referidas penalidades, valendo-se da documentação elaborada pelo fiscal do contrato? Por quê? Fundamente.

**R:** Não, tanto a rescisão como a aplicação de penalidades dependem da observância do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal) em um devido processo administrativo. No caso, é preciso oportunizar à empresa contratada um prazo para apresentar defesa sobre as alegações (§2º do art. 87 da Lei 8.666/1993). Eventualmente, será preciso proceder também à etapa de produção de provas.

1. Caso efetivadas as medidas, o contratado poderá recorrer também do ato que decide pela rescisão unilateral do contrato (prerrogativa excepcional da Administração) ou apenas da penalidade eventualmente aplicada? Qual(is) o(s) prazo(s) para este(s) recurso(s)?

**R:** Sim, o contratado poderá recorrer também em relação à rescisão do contrato administrativo (art. 109, I, e, da Lei 8.666/1993), por se tratar de rescisão por culpa do contratado. Neste caso, o prazo para o recurso contra a rescisão e contra a multa é de cinco dias úteis a contar da intimação do ato (art. 109, I, da Lei 8.666/1993). O prazo para o pedido de reconsideração contra a declaração de inidoneidade é de 10 dias úteis da intimação do ato (art. 109, III, da Lei 8.666/1993).

**Questão 3:**

A Agência Nacional de Transportes Terrestre (ANTT) – responsável pela concessão de ferrovias, rodovias e ferrovias, bem como pela regulação desses serviços – celebra contrato de concessão com a empresa “Construindo Trilhos S.A.” para a construção de malha ferroviária com 7.000 (sete mil) km de extensão. Durante a fase de execução do contrato, a concessionária se recusa a construir trecho de 60 (sessenta) km de extensão, sob a alegação de que este trecho, em especial, não apresenta demanda por transporte ferroviário. Diante da recusa, a ANTT instaura processo administrativo de caráter sancionador contra a concessionária “Construindo Trilhos S.A.”. No decurso da instrução do processo administrativo, a concessionária requer produção de provas para comprovar a ausência de demanda, mas o pedido não é apreciado pela ANTT, que considera ter elementos suficientes de informação produzidos no procedimento administrativo. Ao final, e seguindo rigorosamente o procedimento previsto pela Resolução nº 442/2004, que dispõe sobre o Procedimento Administrativo Simplificado (PAS), a ANTT decide, sem franquear à acusada oportunidade para apresentar alegações finais, pela fixação de multa pecuniária no valor de R$ 2.000.000,00. Com base no caso apresentado, responda, justificadamente, aos itens a seguir.

1. É lícito à acusada requerer produção de prova em sede de processo administrativo? Se sim, em quais hipóteses os requerimentos poderão ser recusados pelo Poder Público? Fundamente.

**R:** Sim. Nos termos do art. 38 da Lei 9.784/99, o interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. E que somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias, nos termos do § 2º do mesmo artigo. Neste sentido: *“(...) Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanação da própria garantia constitucional do “due process of law” (CF, art. 5º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). -* ***Abrangência da cláusula constitucional do “due process of law”, que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova. - O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa.*** *- Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do “due process” a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração. Doutrina. Jurisprudência (RMS 28517 AgR, Relator(a):  Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 30-04-2014 PUBLIC 02-05-2014).*

Considerando que todos os elementos probatórios foram colhidos na instrução, pode a ANTT decidir sem oportunizar à acusada a apresentação de alegações finais? Considere que a ANTT seguiu estritamente o procedimento previsto na Resolução nº 442/2004. Fundamente.

**R:** Não. A apresentação de alegações finais é garantia aos administrados, com previsão expressa na Lei de Processo Administrativo. De acordo com o art. 2º, X, da Lei 9.784/99, nos processos administrativos será observado, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio, a garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos. Importante mencionar que, em relação a direitos e garantias dos administrados, a Lei Federal 9.784/99 estabelece um “mínimo legal” que deverá ser observado em todas as decisões da Administração Pública Federal. Ademais, não pode norma infralegal, como a Resolução nº 442/2004, suprimir direitos e garantias previstos em lei geral. Neste sentido: ***DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT. NULIDADE DE DECISÃO ADMINISTRATIVA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. LEI Nº 9.784/99. PRECEDENTES.*** *1. A ofensa ao princípio da legalidade estrita pela Administração inquina o ato administrativo a modo insanável, sendo irrelevante mesmo perquirir-se sobre a existência de prejuízo concreto ao administrado à declaração de sua nulidade;* ***2. A inobservância do preceito legal pela Administração produz ofensa a um direito fundamental, consistente na ampla defesa.*** *Em tal conformação, ainda que se cogitasse da necessidade de prejuízo à declaração de nulidade do ato administrativo nessas condições, ainda assim, haveria presunção de sua nulidade haja vista a envergadura do direito ofendido.* ***3. A decisão administrativa proferida pela ANTT no processo administrativo é nula, por não ter sido oportunizado, à autora, a apresentação de alegações finais, nos termos da Lei n.º 9.784/99.*** *4. A motivação apresentada apenas tangencia os inúmeros argumentos de fato e de direito deduzidos na defesa e no recurso administrativo opostos pela autora, e o faz a tal ponto que, ainda que se admita a fundamentação por remissão, nos termos do art. 50, § 1º, da Lei 9.784/99, o presente caso obviamente que aqui não se enquadra, pois tanto os atos anteriores quanto os posteriores e que embasaram a autuação simplesmente são desprovidos da motivação adequada. (TRF-4 - AC: 50455727120124047000 PR 5045572-71.2012.404.7000, Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, Data de Julgamento: 08/07/2015, QUARTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 09/07/2015.)*