

CONSENSUALIDADE E ATIVIDADE SANCIONATÓRIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS¹

VICTOR AMORIM

@prof.victor.amorim

Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor dos cursos de pós-graduação do IDP, Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) e do Instituto Goiano de Direito (IGD). Advogado e Consultor Jurídico. Co-autor, juntamente com Prof. Rafael Sérgio de Oliveira, do livro “Pregão Eletrônico: Comentários ao Decreto Federal nº 10.024/2019”, publicado pela Editora Fórum. Site: www.victoramorim.com

O Direito Administrativo brasileiro, mesmo após o advento da ordem constitucional de 1988, sempre foi pródigo em prever normativamente ações repressivas em caso de ilícitos e condutas praticadas fora do traçado formal positivado pelo legislador.

A bem da verdade, ainda que se fale na autonomia do Direito Administrativo, notadamente a partir da década de 1960, o fato é que o discurso jurídico imanente ao agir repressivo da Administração Pública foi forjado e continua a ser tributário da estrutura de pensamento do Direito Penal².

Quanto a tal fenômeno, é interessante observar a profusão de normas no direito brasileiro que, concomitantemente, tipificam uma mesma conduta como infração administrativa e como crime. Para tanto, em rápida leitura, constata-se que o art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e o art. 5º, IV, da Lei nº 12.846/2013 tipificam como infração administrativa condutas que também encontram-se tipificadas como crime na Seção III do Capítulo IV da Lei nº 8.666/1993.

Da análise da produção “doutrinária” nacional, é perceptível, na estrutura do Direito Administrativo Sancionador, um enfoque predominantemente formalista e conceitual, compreendendo-se a atividade sancionatória como um ato estanque e dissociado de uma visão multifacetária do agir administrativo. Tal compreensão, ainda que desinteressadamente, se mostra refratária ao reconhecimento da interface entre o Direito Administrativo e a gestão pública.

¹ Artigo dedicado ao Prof. Sandro Lúcio Dezan em agradecimento pelo apoio e receptividade no Programa de Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

² Para uma consistente análise jurídico-filosófica acerca da unicidade ontológica entre o “ilícito penal” e o “ilícito administrativo”, vide a essencial obra: DEZAN, Sandro Lúcio. *Ilícito administrativo disciplinar*. Curitiba: Juruá, 2015.

Daí a percepção estritamente lógico-formal do fenômeno repressivo da Administração Pública, a ponto de ser recorrente na tradicional “doutrina administrativista” brasileira, partindo da premissa segundo a qual não haveriam diferenças ontológicas entre as sanções penais e as administrativas, uma compreensão de que a atividade sancionatória da Administração seria um dever-dever³. Logo, o agente público, respeitadas as garantias dos cidadãos, não teria qualquer margem de apreciação acerca da legitimidade ou efetividade da ação repressiva a partir de um contexto mais amplo do fenômeno.

O discurso de justificação doutrinária, ao reconhecer a inafastabilidade do dever punitivo da Administração, parece se pautar pela finalidade preventiva das sanções, em uma típica materialização da política criminal beccariana, no sentido de que não é a severidade da pena que traz o temor ao potencial delinquente, mas a certeza da punição. Do estado da arte da produção jurídica nacional acerca do Direito Administrativo Sancionador constata-se a ausência de reflexão aprofundada inserindo e contextualizando a atividade sancionatória sob a lógica da gestão pública⁴.

Afinal, a análise do fenômeno punitivo na ação administrativa do Estado se limita à discussão abstrata e hermeticamente fechada dos conceitos, como se a atividade sancionatória fosse um fim em si mesmo e não estivesse contemplada em um prisma mais amplo de gestão pública, com foco na eficiência e efetividade da atuação administrativa com vistas ao atendimento das finalidades pretendidas no ordenamento jurídico e na consecução do interesse público⁵.

A aparente opacidade da doutrina tradicional sobre o tema, merece detida consideração no contexto da atividade punitiva da Administração nas contratações públicas. Talvez em razão da recorrência de casos estruturais de corrupção no Brasil desde a década de 2000, o legislador pátrio intensificou exponencialmente a produção normativa de tipos infracionais administrativos ao mesmo tempo em que também o fez no tocante aos tipos penais⁶.

Nesse mesmo contexto, em relação aos procedimentos administrativos sancionatórios, passaram a ser incorporados e adaptados no ordenamento brasileiro técnicas de persecução criminal dos sistemas penais anglo-saxônicos, que, guiados pela busca da eficiência e efetividade da investigação, baseiam-se na colaboração e em práticas dialógicas entabuladas com os próprios infratores.

³ Nesse sentido: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2019.

⁴ Para um levantamento do estado d’arte da produção administrativista no Brasil sobre a matéria, vide: VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 53-80.

⁵ Nesse sentido: VALLE, Vivian Lima López. *Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 75-104.

⁶ Para uma análise crítica acerca da incorporação de tais instrumentos, vide: HARGER, Marcelo. *Comentários à Lei Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 12-25.

Ainda que com alguns reparos e incompatibilidades sistêmicas, mecanismos da chamada “justiça criminal negociada”, materializada pelo instituto do *plea bargaining*, foram incorporados no Brasil, não apenas na seara criminal (vide, por exemplo, a Lei nº 12.850/2013), mas, também, em sede de jurisdição administrativa, com o advento da possibilidade dos órgãos públicos firmarem compromissos de ajustamento de conduta com amparo no §6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985 (incluído pela Lei nº 8.078/1990).

Posteriormente, vários instrumentos, lastreados na lógica de consensualidade, foram especificamente instituídos em sede de jurisdição administrativa repressiva: compromissos de ajustes no setores antitruste e mercado de valores mobiliários (Leis nº 8.884/1994 e nº 9.457/1997); compromissos de cessação de conduta junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Lei nº 12.529/2011); e os acordos de leniência diante de práticas de corrupção (Lei nº 12.846/2013)⁷.

Há, ainda, que se fazer o registro da positivação de mecanismos de autocomposição e heterocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, que, a depender do contexto, por resolver consensualmente a matéria controvertida, terão decisiva influência na consumação dos pressupostos de eventual sancionamento: art. 23-A da Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões Públicas); art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004 (Lei de Parcerias Público Privadas); art. 44-A da Lei nº 12.462/2012 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas); era. 12, parágrafo único, da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais); e a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação e de Solução Alternativa de Disputas na Administração Pública).

De modo geral, além das pontuais e expressas previsões de acordos substitutivos de sanção, o advento da Lei nº 13.655, em 2018, ao promover a inclusão do art. 26 no Decreto-Lei nº 4.657/1942, parece ter consagrado a lógica de consensualidade nas práticas de controle da Administração Pública, inclusive no que tange às sanções⁸.

Nessa linha de desenvolvimento, a legislação pátria sinaliza uma transformação paradigmática na atividade sancionatória da Administração, em especial, no tocante às suas relações contratuais. Partindo da avaliação da *finalidade* e da *justificação* da atividade administrativa sancionatória, é mister reconhecer uma certa resignificação do poder punitivo nos contratos administrativos, deixando a sanção de ser uma espécie de resposta automática e vinculada para ser reputada, sob a ótica de busca para eficiência e de uma relação contratual horizontal, como instrumento de gestão pública. Tal perspectiva é desenvolvida com profundidade na brilhante tese de doutorado de Alice Voronoff (UERJ), transformada no livro “*Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*”, do qual se destacam as seguintes conclusões:

⁷ Para uma análise acurada dos instrumentos de consensualidade, vide: FERRAZ, Luciano. *Controle e consensualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁸ Vide, para tanto, MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018*. São Paulo: RT, 2019, p. 87-90.

[A sanção administrativa deve ser] vista como medida de gestão, que deve estar integrada às atividades materiais a cargo do administrador a título de ferramenta a mais – ao lado de outras, como as estratégias de fomento, persuasivas e preventivas – em busca de efetividade e eficiência [...] as sanções administrativas mais graves previstas da Lei nº 8.666/1993, relativas à suspensão do direito ou impedimento de o particular licitar ou contratar com a Administração Pública, como medidas coercitivas que têm custos significativos (para o particular, para a sociedade e para o próprio Poder Público) e que podem não incentivar a maior conformidade do comportamento dos agentes sancionados. Soluções alternativas, como as de autossaneamento, já praticadas no exterior e afinadas à tendência mais contemporânea de valorização de programas de compliance, podem levar a resultados mais efetivos e eficientes.⁹

Em sentido similar, é de se destacar as palavras de Rafael Sérgio Lima de Oliveira que, fundamentado nas conclusões de Maria João Estorninho, aduz: *“o poder sancionatório da Administração Pública nos contratos administrativos não tem uma função predominantemente punitiva. O que prevalece na penalidade do regime contratual administrativo é o seu caráter funcional, que é o de imediata satisfação do interesse público buscado por meio da contratação”*¹⁰¹¹.

Nesse diapasão, a busca de eficiência, como maximização do bem-estar social¹², deve ter por paradigma não a potencialização do agir punitivo por si só, mas sim a consecução, da forma mais adequada possível, de execução do objeto contratual, ainda que venha a representar um não-agir punitivo da Administração, desde que, respeitadas as balizas legais e jurisdicionais, represente a melhor alocação de incentivo¹³ para o particular no sentido de fazer

⁹ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 318-319.

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Da possibilidade de aplicação de sanções administrativas nos processos de licitação e contrato durante o curso do estado de calamidade. *Portal L&C*, Recife, mai/2020. Disponível em: <<http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo/possibilidade-aplicacao-sancoes-administrativas-nos-processos-licitacao-contrato-durante-curso-estado-calamidade-18052020.html>>.

¹¹ O fundamento referido trata-se do seguinte trecho da obra de Maria João Estorninho: *“A função principal da sanção nos contratos administrativos não é, nem a de reprimir as violações contratuais nem a de compensar a Administração pelos prejuízos sofridos, mas sim a de obrigar o particular a cumprir a prestação a que está adstrito e, dessa forma, assegurar a prossecução do interesse público subjacente ao contrato”* (*Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 128).

¹² Trata-se de um compreensão do princípio da eficiência a partir da Análise Econômica do Direito: “[...] o que está subjacente a esse tipo de raciocínio é que os recursos da sociedade são escassos e podem ser empregados para finalidades diversas (usos concorrentes), mas excludentes, que não necessariamente gerarão o mesmo nível de bem-estar social. Dessa forma, a eficiência alocativa se preocupa com a escolha que gere o maior nível de bem-estar possível. Uma escolha será alocativamente eficiente se não houver qualquer outra alocação dentro da fronteira de possibilidades que gere um bem-estar maior para a sociedade” (GICO JR., Ivo T. Bem-estar social e o conceito de eficiência. *SSRN Electronic Journal*, out. 2019).

¹³ Para melhor compreensão acerca das estratégias de “alocação de incentivos”, desenhos de mecanismos, avaliação e indução de comportamento dos agentes de mercado, vide: NÓBREGA, Marcos. *Direto e Economia da Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 24-34; 42-47;

cessar a conduta infracional e se esmerar no cumprimento de suas obrigações. Em outras palavras, a eficiência da gestão contratual estaria não na aplicação indeclinável das sanções previstas no instrumento negocial, mas sim na obtenção do cumprimento do objeto avençado, sem que se mostre necessário valer-se do poder punitivo da Administração.

O incentivo ao autossaneamento, como bem abordado por César Pereira e Rafael Wallbach, inspirado na figura do *self-cleaning* prevista, dentre outros, nos ordenamentos dos Estados Unidos da América¹⁴ e da União Europeia¹⁵, mostra-se compatível com o sistema jurídico brasileiro, no sentido de que o enfoque da gestão pública deveria ser baseado na adoção de medidas voltadas à prevenção de condutas delituosas futuras em substituição à aplicação de penalidades, que, caso não inviabilizem a existência do contratado, decorreriam de procedimentos administrativos extremamente custosos para a Administração¹⁶.

Nessa quadra de evolução das normas concernentes ao sancionamento nos contratos administrativos, é admissível concluir que o *fundamento de justificação* da necessária observância de um procedimento dialógico ínsito ao agir punitivo da Administração nas contratações públicas decorre da compreensão da atividade sancionatória como ferramenta institucional de gestão pública, na qual a consensualidade se apresenta como *técnica regulatória* para a obtenção de soluções mais efetivas e legítimas, na perspectiva de formação democrática e dialógica das ações, para o atingimento das finalidades públicas ínsitas à contratação.

GICO JR., Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 18-21; 26-28.

¹⁴ Vide Subparte 9.4 da FAR (*Federal Acquisition Regulation*), disponível em: <<https://www.acquisition.gov/content/part-9-contractor-qualifications>>.

¹⁵ Vide item 6 do art. 57 da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0024-20180101>>.

¹⁶ PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Autossaneamento (self-cleaning) e reabilitação de empresas no direito brasileiro anticorrupção*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, nº 102, agosto de 2015. Disponível em: <https://www.justen.com.br/pdfs/IE102/IE102_Cesar_e_Rafael_Self-cleaning_e_reabilita%C3%A7%C3%A3o_de_empresas.pdf>. Concluem os autores: “O debate sobre a aplicação da ideia de autossaneamento (*self-cleaning*) no direito brasileiro é necessário e urgente. A sofisticação dos instrumentos legislativos de combate à corrupção deve ser acompanhado da percepção dos efeitos potencialmente danosos dos mecanismos tradicionais de repressão das condutas corruptas [...] A experiência do direito comparado, notadamente europeu, norte-americano e de organismos internacionais como o Banco Mundial, com os instrumentos de autossaneamento é rica e aprofundada, com o estabelecimento de critérios para a identificação de situações de cabimento ou não desse regime, de medidas efetivas de correção (que podem ser e em geral são extremamente severas e sacrificantes), de instrumentos de fiscalização e de prevenção do abuso na exclusão de penalidades cabíveis e necessárias. Cabe-nos repensar de modo crítico o sistema brasileiro de repressão à corrupção por meio da generalização da proibição de contratar com a Administração Pública [...] É urgente aprofundar a análise dos instrumentos à disposição do Estado para que o necessário combate rigoroso à corrupção não se converta em um fator adicional na superação das dificuldades econômicas atuais”.

CONSENSUALIDADE E ATIVIDADE SANCIONATÓRIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
Victor Amorim

Conheça o livro *Pregão Eletrônico: Comentários ao Decreto Federal nº 10.024/2019*, publicado pela Editora Fórum, 2020, da autoria de Rafael Sérgio de Oliveira e Victor Amorim.



As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Consensualidade e atividade sancionatória nas contratações públicas*. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: dd/mm/aaaa.