

Direito sancionador e seu papel na governança das compras públicas

Por Viviane Mafissoni¹

Introdução

O direito administrativo sancionador ainda é tema pouco explorado pela doutrina e jurisprudência. Em tímidas manifestações a matéria vem evoluindo, no sentido de impor, inclusive, uma atuação mais efetiva do gestor público no combate à corrupção em licitações e em ações que objetivam resultados efetivos na gestão de riscos da política de compras públicas.

Considerando o procedimento do pregão eletrônico e sua conhecida prevalência de uso entre as demais modalidades licitatórias, o papel do gestor em sua atuação responsável na verificação de condutas de é de extrema importância e requer conhecimento significativo e qualificação constante dos quadros técnicos da administração estatal.

A necessidade de procedimentos pré-estabelecidos objetivando uma gestão eficiente das práticas administrativas de análise de infrações aos procedimentos licitatórios e sua correlação com as sanções legalmente estabelecidas é um dos principais requisitos da aplicação efetiva do direito administrativo sancionador.

A apresentação do tema pretende trazer uma experiência de governança da matéria pela Subsecretaria da Administração Central de Licitações do Poder Executivo do estado do Rio Grande do Sul, subsidiada por uma gestão eficiente da política de repressão as infrações licitatórias. Da mesma forma pretende-se trazer para reflexão quanto a possibilidade de aplicação das regras de consensualidade no enfrentamento do direito sancionador.

1. O direito sancionador e o regime de aplicação de penalidades da Lei 10.520/2002

O direito administrativo sancionador é tema que vem sendo cada vez mais objeto de estudo, mostrando-se importante instrumento do exercício do *ius puniendi* estatal. Ainda, por ser matéria de recente de estudos, tem sido difícil encontrar até mesmo uma conceituação do próprio termo. Nas palavras do autor Francisco Zardo é a teoria que se dedica ao estudo dos princípios e das regras que incidem sobre a infração administrativa que irá se consumir a partir de sua apuração em processo administrativo². O que esta conceituação nos traz são os principais pilares do direito administrativo sancionador, quais sejam: a legalidade, a infração administrativa, os princípios e o processo administrativo apuratório.

Em uma comparação desse com o direito penal, feita por Rogério Greco, verificamos uma certa crítica em sua separação com as regras e princípios penais, onde não se observa uma variação entre as infrações de menor potencial ofensivo no âmbito penal e as infrações administrativas.³

¹ Advogada; Especialista em Direito Público; Analista de Projetos e Políticas Públicas do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul atuando com licitações e contratos desde 2010; atualmente cedida ao Governo Federal, atuando como Chefe de Compras Centralizadas na Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSERH/MEC, autoria de artigos e palestrante na área de compras públicas.

² “O direito administrativo sancionador é o ramo do direito administrativo que disciplina a aplicação das sanções administrativas. O pressuposto da sanção é a infração administrativa, cuja consumação é apurada em um processo administrativo. Portanto, o direito administrativo sancionador dedica-se ao estudo dos princípios e regras incidentes sobre a infração, a sanção administrativa e o respectivo processo apuratório.” (ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos: com as alterações da Lei anticorrupção (Lei 12.846/2013)*. 1ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Pg. 37/38.)

³ “Essa crise de identidade é reforçada pelo crescimento vertiginoso de outro sistema bastante semelhante: o Direito Administrativo Sancionador. Em princípio, este último sistema se distinguiria do Direito Penal por lidar com categorias estranhas a ele – ilícitos de menor gravidade para os quais não seria necessária a imposição da pena privativa de liberdade. Porém, como visto, o próprio Direito Penal tem lidado principalmente com ilícitos de menor gravidade, para os quais se aplicam penas diversas das privativas de liberdade (nesse sentido, é bastante simbólico que a mera posse de

Numa tentativa de esclarecer gestores quanto a forma e necessidade de atuação, o Tribunal de Contas da União tem cobrado providências em relação a matéria⁴. Ou seja, sempre que o gestor constatar a existência de infração às licitações nasce para ele a obrigação de agir, no sentido de instaurar procedimento específico visando a apuração dos fatos.

Na mesma linha, a doutrina é unânime em afirmar que se trata de um poder, ou poder-dever, decorrente de uma prerrogativa inerente ao poder disciplinar da administração. Trata-se, assim, de mais um princípio regulamentando a atuação estadual.

Mantendo o entendimento firmado, o Tribunal de Contas da União proferiu decisão⁵ ante Representação na qual se noticiava possíveis irregularidades em determinado pregão eletrônico. No tempo, o TCU entendeu que existiu omissão por parte da pregoeira que conduziu o certame, vez que deixou de apurar condutas praticadas pelos licitantes. Na decisão foi analisado, ainda que de forma secundária, que não houve a manutenção das propostas e, da mesma forma, tampouco foi aplicada qualquer sanção aos licitantes que assim o fizeram. Nos termos salientados na relatoria do acórdão, a pregoeira chegou a emitir espécie de alerta aos licitantes quanto à possibilidade de penalização ante a não manutenção das propostas. Contudo, embora tenha alertado, “absteve-se de adotar postura concreta no sentido de dar cumprimento aos ditames do artigo 7º da Lei 10.520/2002”⁶.

Já no que diz respeito os regramentos públicos impostos, observamos que os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações têm a obrigação legal de autuar processo administrativo com o objetivo de apurar condutas e conseqüentemente sancionar as empresas que as praticarem na licitação, injustificadamente. Entre as principais condutas temos os atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002⁷.

Importante destacar que enquanto a lei do pregão traz uma descrição de infrações no seu artigo 7º, a Lei nº 8.666/1993 resume-se a trazer as sanções aplicáveis aos procedimentos por ela regulamentados. Ou seja, já há de se perceber que os principais instrumentos que

drogas, punida no máximo com prestação de serviços à comunidade, seja considerada crime). Ora, a existência de dois (ou mais) sistemas normativos, que contam com procedimentos completamente diversos, tratando, quase sempre, do mesmo objeto, indica superposição de funções e constitui fortíssimo indicio de grave ineficiência do sistema jurídico como um todo.” (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal I. - 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. P. 97)

⁴1067.1 oriente os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações, inclusive os dos órgãos sob seu controle de atuação administrativa e financeira, elencados no art. 128, incisos I e II da Constituição Federal, para que autuem processo administrativo visando aferir a responsabilização das empresas que praticarem ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 57, § 295.3), considerando, também, como tal, o pedido de desistência, que equivale à não manutenção da proposta, e a declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação e proposta, a qual considera-se comportamento inidôneo;

1067.2 alerte os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações, inclusive os dos órgãos sob seu controle de atuação administrativa e financeira, elencados no art. 128, incisos I e II da Constituição Federal, que a não atuação sem justificativa do processo administrativo referido no subparágrafo 1067.1 poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82 (...). 51. Destaco apenas que a instauração de procedimento administrativo para aplicação das sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 não se deve dar automaticamente, ou seja, todas as vezes em que ocorrer uma das condutas ali previstas. Tal prática poderia comprometer seriamente a atuação administrativa das unidades jurisdicionadas, em razão do provável grande volume de processos a gerir.

52. Considero apropriado, portanto, orientar as unidades para que instaurem tais procedimentos sempre que as licitantes incorrerem injustificadamente nas práticas previstas na aludida norma. Será evitada, assim, a atuação de processos nos casos em que, desde o início, já é conhecida pela Administração justificativa plausível para o suposto comportamento condenável. (...) (Acórdão 754/2015-Plenário, TC 015.239/2012-8, datado de 08.04.2015)

⁵ Acórdão 2.077/2017. Tribunal de Contas da União (TCU). Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman. Data da sessão: 20/09/2017.

⁶ Idem 4.

⁷ Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.



regulam as compras públicas no país, quando tratando do tema direito sancionador, já apresentam divergências quanto a forma de impor parâmetros que possam auxiliar o gestor na aplicação da norma diante de situações irregulares na condução das licitações.

Por conseguinte, em relação ao regime sancionatório da Lei 10.520/2002 é importante destacar a inovação trazida pela normativa, ao prever penalidade diversa daquelas constantes do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993. No caso, tratou o legislador de prever sanção própria à modalidade do pregão, qual seja, impedimento de licitar e contratar com o ente sancionador.

No ponto, entre outras dúvidas quanto a sanção a ser aplicada no caso de infrações cometidas nos procedimentos de pregão, existia o questionamento quanto à prevalência do art. 7º da Lei nº 10.520/02 frente ao artigo 87 da Lei nº 8.666/93. Dúvida esta que pode ser dirimida através do Acórdão 3171/2011 – Plenário do TCU, de relatoria do Ministro André de Carvalho⁸. Portanto, nos procedimentos realizados pela modalidade de pregão, seja na sua forma eletrônica ou presencial, será sempre aplicada a Lei 10.520/02, pois específica, e somente nos casos que esta for omissa, caberá o uso da Lei Geral de Licitações.

Em resumo, o gestor não possui discricionariedade na escolha da sanção aplicável por infração ao edital de licitação realizada sob a modalidade de pregão.

Como já dito, a lei especial inova ao tipificar os comportamentos passíveis de apenamento. Nada mais é que uma medida fundamental, frente ao caráter excessivamente abrangente da Lei nº 8.666/93, que ao tratar das sanções administrativas apenas referia, de forma ampla, a “inexecução total ou parcial do contrato” (artigo 87) ou a prática de “atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação” (artigo 88, inciso II).

O que há é a margem de discricionariedade para graduar a duração da sanção, vez que o artigo 7º da Lei do Pregão traz a previsão de penalização de impedimento de licitar e contratar “pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital”. Ou seja, caberá à Administração parametrizar os prazos adequados de sancionamento (meses/anos de impedimento), frente o rol taxativo de condutas previstas.

Contudo, em que pese não haver margem para a escolha da sanção, o que há também é uma grande liberdade na forma que se operacionalizará o procedimento de apuração de responsabilidade. E é aqui que incidem as principais críticas à Lei do Pregão, pois mantém o mesmo ponto em aberto da Lei Geral de Licitações, relativo à falta de previsão do rito sancionador comum a todos os órgãos públicos.

Dessa maneira, é imperioso que a Administração busque normatizar seus fluxos procedimentais, sob pena de atuação subjetiva e afronta ao princípio da impessoalidade, além de conferir maior segurança jurídica à própria atuação do gestor.

⁸(...) IV.5.3.1. Da sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002

236. A Constituição Federal de 1988 estabelece no inciso XXI do art. 37 que:

‘ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.’

237. Atualmente, esse dispositivo é regulamentado pela Lei 8.666/1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, e pela Lei 10.520/2002, que institui modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

238. As duas normas são leis ordinárias, logo, de mesma hierarquia. No entanto, as normas do segundo diploma legal, por ser esse especial, tratam especificamente da modalidade pregão e prevalecem em relação ao primeiro no que tange à modalidade.

239. Reforça esse entendimento o art. 9º da Lei 10.520/2002, que prevê: ‘Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993’ (grifo nosso). Isso significa que, quando um tópico possuir disciplinamento próprio na Lei do Pregão, fica afastada a aplicação da Lei de Licitações e Contratos. (...)

244. Portanto, verifica-se que a sanção disposta no art. 7º da Lei 10.520/2002 não se confunde com aquelas previstas no art. 87 da Lei 8.666/1993, visto que são penalidades distintas. (...)

E quanto à elaboração de normas próprias de aplicação de sanções licitatórias, importante destacar a iniciativa da Presidência da República, com a publicação da Instrução Normativa nº 01/2017⁹, a do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, com a Instrução Normativa nº 06/2019¹⁰ e a da Receita Federal, através da Portaria RFB nº 3.090/2011¹¹.

Por fim, merece referência a iniciativa, em âmbito estadual, da experiência do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul junto a Central de Licitações, normatizada desde 2015 e que será abordada no tópico a seguir.

2. As melhores práticas na Central de Licitações do Rio Grande do Sul e a atuação em governança

Preliminarmente, compete referir, no caso do Estado do Rio Grande do Sul, a normativa constante da Lei Estadual nº 13.191/2009¹², que dispõe quanto ao uso do pregão eletrônico e traz, em seu artigo 28, a previsão de infrações administrativas e o respectivo sancionamento.¹³

Trata o dispositivo de cópia praticamente literal do artigo 7º da Lei do Pregão, à exceção da inclusão de duas novas condutas, passíveis de sancionamento: “não assinar contrato ou ata de registro de preços” e “fizer declaração falsa”.

Tais inserções se mostram fundamentais ao ordenamento, considerando a omissão do ponto na Lei nº 10.520/02, que não trata das “falsas” declarações firmadas e assumidas como verdadeiras pelos licitantes, bem como silencia sobre a assinatura da ata de registro de preços.¹⁴ Mas, em que pese a atualização da norma estadual quanto às condutas passíveis de sancionamento, a mesma deixa de tratar sobre os já referidos pontos controvertidos da Lei do Pregão, quais sejam, regras do procedimento de apuração de responsabilidade e dosimetria da sanção aplicável, dentro do limite máximo de 5 anos trazido também pela norma.

Neste sentido, em razão da previsão do Decreto Estadual nº 49.291/2012¹⁵, que instituiu a Subsecretaria da Administração Central de Licitações, compete a Central a responsabilidade de “aplicar penalidades em função da inobservância das disposições dos instrumentos convocatórios e legais nos procedimentos licitatórios a seu cargo” (artigo 2º, IX), iniciando esta, ainda em 2012, os primeiros movimentos relativos à sistematização da análise da apuração de responsabilidade dos licitantes.

Portanto, por força da norma citada, a Central instituiu comissão de apuração de responsabilidade de licitantes, denominada à época de Comissão Permanente para Apuração de Sanções Administrativas – COPSA, composta por servidores com as mais variadas formações e especialidades, lotados nos diversos departamentos da unidade, que em conjunto com o desenvolvimento de suas atividades principais, atuavam na análise de infrações licitatórias. A comissão era soberana e se reportava diretamente ao gestor superior da unidade - ao

⁹ Em https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19356046/do1-2017-10-16-instrucao-normativa-n-1-de-13-de-outubro-de-2017-19355985

¹⁰ Em <https://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-6-de-24-de-maio-de-2019-136228857>

¹¹ Em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=30659>

¹² Em http://www.al.rs.gov.br/legis/m010/M0100018.asp?Hid_IdNorma=52877

¹³ Art. 28. Aquele que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, não assinar o contrato ou ata de registro de preços, deixar de entregar documentação exigida no edital, apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito à ampla defesa, ficará impedido de licitar e de contratar com o Estado do Rio Grande do Sul, e será descredenciado, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

¹⁴ Nesse sentido, a previsão estadual facilita a apuração de condutas de falsa declaração de enquadramento nas condições de microempresa e empresa de pequeno porte, assim como diferencia os instrumentos de contrato das atas de registro de preços.

¹⁵ Em <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/DEC%2049.291.pdf>

subsecretário. As condutas que eram analisadas pela comissão basicamente apresentavam-se a partir de instrumentos recursais e/ou denúncias de licitante, não existindo um procedimento específico de “notícia crime” ou de abertura de processos, de ofício.

No ano de 2015, a partir de provocações do órgão de controle interno¹⁶, sugerindo a instauração de processos apuratórios de ofício, observadas a prática das condutas descritas no art. 7º da Lei nº 10.520/02 e o acórdão 754/2015-Plenário, a Central de Licitações entendeu pela centralização da demanda em um departamento específico e pela especialização de servidores na matéria, criando uma equipe específica de penalidades, atuando a partir de fluxos desenhados em normativas criadas especificamente para procedimentalização da infrações praticadas e da aplicação de sanções. Assim, instituiu-se a Portaria SMARH nº 108/2015¹⁷.

A partir dessa portaria, vigente até hoje, a Central de Licitações desenvolveu normativa interna para desenhar todo o fluxo de atividades de responsabilidade da Equipe de Penalidades, apresentando descritivo técnico-operacional e fluxograma de toda a atividade. Ainda, como forma de organizar a atuação da equipe na instauração de processos, bem como diante da discricionariedade do gestor na dosimetria da sanção prevista na Lei do Pregão (em especial), instituiu-se as Normas de Procedimento nº 4 (que descreve toda a forma de atuação do Departamento no qual compete a condução dos procedimentos licitatórios para com o levantamento e a análise de condutas passíveis de sancionamento e envio de notícia das condutas à Equipe) e a de nº 6 (que traz a dosimetria para utilização no sancionamento, a depender do tipo de conduta descrita no art. 7º da Lei nº 10.520/02 e as regras de reincidência)¹⁸.

De acordo com as inovações incrementais já referidas, a Equipe de Penalidades realiza uma breve análise das condutas trazidas, a fim de verificar se seria ou não o caso de prosseguimento na apuração¹⁹. Tal medida justifica-se como critério de boa prática administrativa, vez que reduz a probabilidade de movimentação da máquina pública para um caso sabidamente improcedente, como é o caso de condutas que a Administração entende não ser passível de enquadramento nas condutas taxativas do artigo 7º da Lei nº 10.520/02 (e tampouco no artigo 28 da Lei Estadual nº 13.191/09). Ou seja, nada impede a desconsideração de determinadas condutas, em atenção especial ao princípio do formalismo moderado, sendo fundamental a análise em sede preliminar, verificando a situação posta e as decisões já aplicadas em situações semelhantes (verdadeira jurisprudência interna), com chancela da autoridade superior, atuando com celeridade nos casos de menor monta, dedicando maior tempo às demais situações. Em outro sentido, se da análise preliminar entender pelo prosseguimento do expediente, deverá a Equipe de Penalidades, além de notificar a empresa para apresentação de defesa, instruir o feito com todos os documentos que entender necessários à correta aferição dos fatos. A partir disso expedie-se junto à Equipe de Penalidades o chamado Parecer Técnico²⁰, chancelado pela direção do departamento e levado para apreciação da autoridade superior.

Entre as competências administrativas, possui a Equipe a de notificar, em sede de diligência, outra pessoa jurídica de direito público ou privado, visando confirmar como verdadeira alguma declaração prestada ou documento apresentado (em especial com relação a atestados de capacidade técnica), assim como diligenciar junto ao próprio Sistema de Compras Eletrônicas (para análise de documentos, participação da empresa em outros certames e até

¹⁶ <https://cage.fazenda.rs.gov.br/initial>

¹⁷ Em <http://www.celic.rs.gov.br/index.php?menu=legislacao&cod=3>

¹⁸ Ambas normativas podem ser consultadas em <http://www.celic.rs.gov.br/index.php?menu=legislacao&cod=3>

¹⁹2. Da atuação do expediente administrativo (...)

2.1.2. Da instauração, a Equipe de Penalidades fará um a análise breve das condutas apontadas e verificará sobre o processamento ou não das mesmas, encaminhando ao exame do Ordenador de Despesas possível não processamento de determinada conduta, cabendo a este a deliberação sobre prosseguimento ou não. (Instrução de Trabalho Interna nº 01/2016.

²⁰ Instrumento contendo amplo relato dos fatos, fundamento legal, jurisprudencial e técnico concluindo pelo sancionamento ou não da licitante.

endereço utilizado pela licitante quando do seu credenciamento), além de outros sistemas de consulta, como do Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral de Pessoa Jurídica (registro junto à Receita Federal) e da Junta Comercial do Estado do RS (com disponibilidade das alterações contratuais da pessoa jurídica). Da mesma forma, há a possibilidade de confirmação da autenticidade de documentos, quando o mesmo traz códigos de verificação (neste ponto, importante o destaque às excelentes iniciativas dos órgãos públicos que utilizam tal sistema, que se trata de simples, porém eficiente ferramenta de combate às irregularidades licitatórias). Por fim, também se destaca a comprovação, via Google Earth e/ou Google Maps, dos endereços registrados como sede das empresas apuradas.

Em razão dessa atuação diante das infrações praticadas em procedimentos licitatórios importante referir alguns dados das atividades. Entre os anos de 2017 e 2019 autuamos em torno de 270 expedientes apuratórios, restando no sancionamento com pena restritiva de licitar e contratar de 270 empresas licitantes²¹. Em condutas, foram mais de 650 analisadas, restando por considerar, em grande parte dessas, a prática de condutas “reiteradas” pelos licitantes.²²

Quanto a inclusão de licitantes sancionadas em cadastros restritivos, é de se destacar que o estado do Rio Grande do Sul possui cadastro próprio - Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual - CFIL/RS, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 42.250/2003 e instituído pela Lei nº 11.389, de 25 de novembro de 1999. Referidas normas obrigam as unidades sancionadoras do Estado a incluírem as sanções restritivas de licitar e contratar no Sistema. Ainda, o cadastro é de consulta obrigatória em todas as fases da licitação, na assinatura de contratos e de verificação contínua na gestão contratual. Desse sistema, as informações são repassadas ao Portal CEIS (Portal da Transparência do Governo Federal), regulamentado pela Lei Federal nº 12.846/2013.

Todo o trabalho desenvolvido pela equipe, além de necessitar um amplo conhecimento de todas as etapas de uma licitação, tanto da fase interna, quanto da fase externa, acaba por resultar numa visão geral de toda a licitação. Logo, alguns dos procedimentos apuratórios culminam em decisões de arquivamento com uma avaliação da conduta da própria Administração. Vão desde a identificação de requisitos de habilitação inconsistentes, até o descumprimento de requisitos mínimos de condução da licitação pelos pregoeiros, como abertura de prazos em horários fora do expediente, falta de avisos sobre novas convocações, entre outros.

Ainda que saibamos que o procedimento demonstrado deva estar sempre em evolução, temos a certeza de que é uma experiência de sucesso e que vem trazendo bons resultados na participação de licitantes nos procedimentos, verificando um amadurecimento em relação a participação destes, com maior cautela e responsabilidade na apresentação de propostas.

Aliado a isso, a Central de Licitações gaúcha tem recebido uma série de decisões judiciais favoráveis, que chancelam o procedimento da Administração, eivando de legalidade a atuação do gestor na abertura de processos quando do cometimento, pelos licitantes, das condutas descritas no art. 7º da Lei nº 10.520/02.^{23 24}

²¹ Em 2017 autuamos 112 expedientes; em 2018 foram 94 expedientes; e, em 2019, 66 processos apuratórios instaurados. Resultamos no sancionamento de 270 empresas, considerando inclusive processos que iniciaram sua tramitação ainda em 2016.

²² Nos termos da Norma de Procedimento nº 04, as condutas de não entrega de documento e de não manutenção de propostas são analisadas a partir da sua prática reiterada, sendo que a prática da primeira conduta é apenas “advertida” em ata de sessão do pregão, com a notícia de que o “novo cometimento” gerará a instauração de processo apuratório.

²³ APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. NÃO ENVIO DOS DOCUMENTOS REFERENTE À PROPOSTA APRESENTADA. SANÇÃO APLICADA. SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR POR TRÊS MESES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NO ATO COATOR. Em havendo previsão legal e editalícia quanto à aplicação da penalidade imposta à licitante, e em não tendo logrado êxito em justificar a falta, não se evidencia qualquer ilegalidade ou abuso de poder no ato coator que aplicou sanção de suspensão do direito de licitar por três meses, contra a empresa impetrante. Sentença denegatória da ordem confirmada. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº

Toda esta organização, baseada no macroprocesso da compra pública, atuando em governança, traz grandes benefícios para a qualificação de toda a cadeia da política pública de compras. Saber identificar as próprias falhas, cumprir com um papel de preocupação frente as lacunas da Administração Pública no que compete a aproximação para com os licitantes e fornecedores do Estado, têm sido um desafio diário, apto a gerar estudos para aprimoramento da pauta.

3. Direito sancionador e os mecanismos de consensualidade: é possível a assinatura de termo de ajustamento de conduta?

Considerando a apresentação resumida do direito administrativo sancionador e das boas práticas conduzidas pela Central de Licitações do Executivo do Estado do Rio Grande do Sul, é o momento de analisarmos a possibilidade de atualizar as práticas em relação a matéria. Por isso questiona-se: será que aplicar sanção será sempre o melhor caminho a ser seguido pelo gestor público? Existe liberdade para que esta avaliação seja feita?

Inovações são sempre bem vindas, ainda mais se evitadas de uma avaliação para a melhoria da política da compra pública, em conjunto com a legalidade da atuação do gestor, onde o objetivo principal da Administração é comprar e contratar com a finalidade de atender aos seus fins e a sociedade. Ou seja, comprar com a melhor proposta, atendidos requisitos técnicos é o principal princípio do instrumento licitatório.

Muitas das infrações administrativas também fazem parte de uma certa “inexperiência” do licitante. Principalmente quando tratamos das condutas de não entrega de algum dos documentos de habilitação constantes do extenso rol de exigências.

Muito bem argumenta o professor Victor Amorim quando trata da necessidade de se compreender a atividade sancionadora como uma ferramenta de gestão e dar a ela a consensualidade como técnica regulatória²⁵.

Nesta linha, ainda temos os regramentos dos mecanismos de autocomposição e heterocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Ou seja, a posituação desses mecanismos junto a Administração Pública já nos auxilia a refletir sobre novas metodologias de atendimento a necessidade de atuação do gestor público frente às infrações administrativas cometidas por licitantes.²⁶

70073066029, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 23/05/2018).

²⁴ MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. NÃO ENVIO OU APRESENTAÇÃO TARDIA DE DOCUMENTOS. DIVERGÊNCIA ENTRE VALORES APRESENTADOS NA PLANILHA E NA PROPOSTA FINAL. SANÇÃO APLICADA. SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR POR SEIS MESES E MULTA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NO ATO COATOR. Em havendo previsão legal e editalícia quanto à aplicação das penalidades impostas à licitante, e em não tendo logrado êxito em justificar razoavelmente a falta, não se evidencia qualquer ilegalidade ou abuso de poder no ato coator que aplicou sanção de suspensão do direito de licitar por seis meses, contra a empresa impetrante, e multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais). Art. 7º da Lei nº 10.520/02 e art. 28 da Lei nº 13.191/09. Expressa previsão editalícia. Sanções aplicadas muito próximo do mínimo, de modo que ausente violação à razoabilidade e proporcionalidade. SEGURANÇA DENEGADA. (Mandado de Segurança Nº 70075921197, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 15/06/2018).

²⁵ 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 insito 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 insitas à contratação. (AMORIN, Victor. Consensualidade e atividade sancionatória nas contratações públicas. Em http://www.licitacaoecontrato.com.br/artigo_detalle.html)

²⁶ “Há, ainda, que se fazer o registro da posituação 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

Nesta acepção, destaca-se também a necessidade de enfrentamento do objetivo de uma central de compras *versus* o dever de providências em razão da prática de infrações administrativas por licitantes. A viabilidade de uma nova solução possibilitaria que a atenção da Administração se voltasse a educação do licitante, buscando aproximação e parcerias para repensar o objetivo principal das compras públicas: chegar ao melhor interesse público, ao melhor resultado, ao melhor preço, com transparência e eficiência.

No caso, poder-se-ia vislumbrar que o termo de ajustamento de conduta fosse visto como um conjunto de obrigações, com o objetivo de eliminar ou mitigar as causas geradoras da irregularidade, tais como: exigência de programas de integridade (*compliance*) e treinamento de equipe, prevendo prazo de validade durante o qual o particular deverá comprovar o atendimento aos requisitos nele estabelecidos, sob pena de retomada do procedimento regular de aplicação de penalidade.

Seria a busca por um movimento de conciliação, de educação e de aproximação, sem deixar o gestor de instaurar processo de apuração de responsabilidade e analisar a conduta e avaliar.

Há de se entender da importância cada vez mais presente do estreitamento de relações entre administrado e administrador, rompendo com os preconceitos de que uma aproximação gera corrupção.

Por fim, no sentido de trazer inovações cada vez mais práticas para a solução de conflitos geradas no âmbito da execução das atividades pela administração pública, como forma de atingir uma política de compra pública de qualidade e de atendimento de toda cadeia da contratação pública, acompanhar o licitante “infrator” de uma maneira mais próxima e com atuação legal e constante, através da assinatura de termo de compromisso, parece ser uma ideia prática e possível.

E você, acha uma solução possível?

Conclusões

Conforme destacado, o direito administrativo sancionador tem merecido atenção especial dos gestores públicos. É momento de se utilizar melhor das atuais regras que abrem espaço para negociações e assinatura de ajustes entre público e privado.

Há de se notar que, em pese a Central de Licitações tenha desempenhado um papel de órgão repressor de condutas irregulares nos procedimentos licitatório, a mesma não tem deixado de pensar em estratégias de diminuição destas condutas/infrações pelos licitantes. Avisos sobre cuidados com documentação exigida nos editais e a necessidade de acompanhamento eletrônico das etapas do procedimento são enviados aos licitantes, desde a etapa do credenciamento para obtenção de senha eletrônica para participação na licitação, até o momento da publicação e da disponibilização do edital, quando avisos com orientações são anexados juntos ao instrumento convocatório e termo de referência, objetivando a redução das infrações.

Além disso, já se tem notícias de estudos que estão sendo desenvolvidos pensando em submeter o licitante à chancela de termo de cumprimento de boas práticas, aproximando o fornecedor da Administração com treinamentos, orientações e compromisso de boa conduta nas próximas licitações, se comprometendo por determinado período e acatando a regra de que se não cumprir com as condições firmadas será sancionado. E você, o que pensa sobre os temas direito sancionador, regras de consensualidade e assinatura de termo de ajustamento de conduta?

Estatais); e a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação e de Solução Alternativa de Disputas na Administração Pública). (AMORIN, Victor. Consensualidade e atividade sancionatória nas contratações públicas. Em http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalle.html)

Neste sentido, poderíamos concluir que referida solução atenderia seu fim social, no sentido de estabelecer uma política pública de enfrentamento das infrações em licitações com a aproximação de um dos atores mais importantes no sistema de compras públicas? Vamos desburocratizar a visão estritamente legalista do direito administrativo sancionador?