**AUTOCOMPOSIÇÃO EM PROCESSOS SANCIONATÓRIOS NO ÂMBITO CONTRATUAL. Condições, possibilidades e particularidades da atuação da Advocacia Pública.**

**RESUMO**

Este artigo aborda a crescente aplicação da autocomposição na resolução de controvérsias envolvendo os entes públicos, enfocando desafios, limitações e possibilidades para sua utilização em processos apuratórios de ilícitos na seara contratual e o papel da Advocacia Pública neste cenário, ao tempo em que encara a omissão da Nova Lei de Licitações e Contratos neste particular, propondo, assim, parâmetros para celebração de acordo com base na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro(LINDB).

**ABSTRACT**

This article addresses the growing application of self-composition in the resolution of controversies involving public entities, focusing on challenges, limitations and possibilities for its use in investigative processes of illicit acts in the contractual field and the role of State Attorneys in this scenario, while facing the omission of the New Bidding and Contracts Law in this regard by proposing parameters for entering into an agreement based on the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB).

**I – INTRODUÇÃO**

A busca pela resolução amigável de situações conflituosas pelos próprios interessados não é uma novidade da pós-modernidade. É uma inerência da convivência humana desde os primórdios e que evoluiu na direta proporção em que o processo civilizatório foi se consolidando, em especial ante a influência da herança judaico-cristã e a aplicação dos seus princípios de alteridade e solidariedade registrados no Decálogo transmitido por Moisés e no Sermão do Monte proferido por Jesus Cristo.

Falando de autocomposição como modo de resolução pacífica de conflitos estamos tratando, então, de um modo em que as partes, assistidas ou não por um terceiro, chegam a termo em sua controvérsia mediante concessões recíprocas. Neste caso, resumidamente, estamos falando dos instrumentos de negociação(forma mais intuitiva e comum), conciliação e mediação, estes últimos conceitos formulados apenas recentemente(e que são diferenciáveis ou não conforme a escola de pensamento aplicada).

A mediação, como instituto, por exemplo, remonta à antiguidade greco-romana, mas há registros de formas primitivas de sua aplicação ainda no Egito, Assíria e Babilônia(SPENGLER, 2003)., embora seu uso profissional só tenha realmente ocorrido a partir do início do século XX nos Estados Unidos. (NEIVA, 2019).

No Brasil, a Constituição de 1824 já semeava no sentido de prescrever a prévia conciliação ao exercício da jurisdição, mas foi a Consolidação das Lei dos Trabalho(CLT), em 1934, que logrou enraizá-la no terreno do direito brasileiro, com florescimento no Código de Processo Civil(CPC) em suas reformas de 1994, 1995, 2002 e, finalmente, com a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça(CNJ), novo CPC de 2015 e Lei de Mediação(Lei n. 13.140/2015). (NEIVA, 2019).

Embora estivesse prevista a conciliação com a Fazenda Pública no Código Tributário Nacional já em 1966 e em outras normas imediatamente posteriores, nem por isso a autocomposição envolvendo o setor público veio a se consolidar como prática administrativa, a não ser depois de um esforço disruptivo da Advocacia Pública Nacional via atuação reiterada da Câmara de Conciliação e Mediação da Administração Federal(CCAF), criada em 2007, a qual inspirou outras iniciativas, vindo, então, a naturalizar a cultura de consensualidade no âmbito do setor público.

A mudança na perspectiva do Direito Administrativo é, para alguns, atribuída ao neoadministrativismo. A principal modificação é que esse campo do direito, antes focado na proteção do Estado, passa a se concentrar na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. O movimento é consequência da "filtragem constitucional", ou seja, a interpretação de leis e normas à luz dos princípios constitucionais.

O neoadministrativismo preconizaria repensar o conceito clássico de interesse público, que coloca o público acima do privado. Ao invés disso, reconhecer-se que um constitui dimensão do outro e, portanto, ponderar os interesses em jogo de acordo com cada caso concreto. (ALMEIDA, 2017).

É o processo administrativo, “filme, e não foto”, a forma propriamente dita de a Administração Pública atuar, que também responde pela inerência da atividade da autocomposição como atividade administrativa. A ideia do processo ser necessariamente adversarial não é característica deste instituto jurídico e, por isso, vem sendo abandonada junto com a concepção de “administração atocêntrica”. (FERREIRA, 2021 in PGM Porto Alegre, 2021).

Independentemente do modo de autocomposição, há de se reconhecer que, sim, há uma novidade visível nos últimos anos: o Estado, sempre enxergado como superior nas relações com particular – ao carregar não apenas sua necessária condição de intermediário entre as esferas sociais, mas resquícios presentes de um Absolutismo pretérito -, vem sendo sensibilizado a se “horizontalizar” nas suas relações com os cidadãos, quer sejam eles externos ao seu aparato, quer sejam integrantes de seu corpo de agentes.

Neste sentido, Almeida(2016, p.58), para quem

A reserva de um espaço de autoridade como nota caraterística das relações de direito público é uma concepção ultrapassada e que não se coaduna com os postulados de uma administração pública contemporânea. A própria distinção dicotômica entre interesse público e interesse privado, passa por uma nova análise, cuja identificação deixa de ser unilateral.

A partir do momento que a administração pública permite que seja integrada pela coletividade, tendo o diálogo, a comunicação, a participação e o consenso como reflexos, ela deixa de ter a exclusividade na definição do que é interesse público e do que precisa ser tutelado, contribuindo para que a atividade administrativa seja simplificada, com a eliminação de processos burocráticos desnecessários, e dotada de maior produtividade.

É neste contexto que iniciativas se multiplicam em nome da consensualidade tão bem teorizada por nomes do direito público mundial e que aqui, no Brasil, destacadamente imortalizadas pela voz do saudoso Procurador do Estado e Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto. (Cf. Curso de Direito Administrativo" e "Mutações do Direito Administrativo", dentre outras obras).

Mais recentemente, mais do que as Câmaras de Conciliação na Administração Pública, vão pululando iniciativas normativas e fáticas em vários órgãos e entes federativos denotando a institucionalização da autocomposição como uma política de Estado.

Nesta linha de evolução constante da autocomposição, tendo o Estado como partícipe e o Advogado Público como seu agente legalmente legitimado, é que surgem outros muitos novos cenários de sua aplicação, ora se incluindo o processo sancionatório, sobre o que trataremos a seguir.

Abriremos a discussão com a análise dos acordos em processos sancionatórios e sua harmonização com o princípio da indisponibilidade do interesse público, muitas vezes utilizado como óbice às iniciativas de autocomposição.

**II - ACORDOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM PROCESSOS SANCIONADORES E SUA CONFORMIDADE COM O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO:**

A celebração de ajustes em processos administrativos de natureza punitiva por órgãos e entidades da Administração Pública não é uma novidade.

A Lei federal n. 8.884, de 11 de junho de 1994, após alteração promovida pela Lei federal n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000, acrescentando o art. 35-B, foi o primeiro diploma a trazer a previsão de celebração de acordo de leniência no Ordenamento Jurídico brasileiro. Segundo o art. 35-B, este acordo podia ser formalizado entre a pessoa jurídica acusada de prática de infração à ordem econômica e a União, através da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, com vistas à extinção da ação punitiva da Administração ou com o propósito de obter redução da penalidade cabível no processo administrativo a ser julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Mais adiante, foi editada a Lei federal n. 12.529, em 30 de novembro de 2011, estabelecendo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, norma que revogou o art. 35-B da Lei federal n. 8.884/1994, passando o art. 86 do novo diploma legal a disciplinar o acordo de leniência em caso de infrações contra a ordem econômica praticadas por pessoas físicas ou jurídicas.

Merece destaque a previsão no art. 87, segundo a qual o cumprimento do acordo também implica a extinção da punibilidade de crimes contra a ordem econômica previstos na Lei federal n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990), dos crimes tipificados na Lei federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993 e do delito previsto no art. 288 do Código Penal.

Posteriormente, por meio da Lei federal n. 12.846, de 01 de agosto de 2013, apelidada como Lei Anticorrupção (LAC), foi previsto acordo de leniência para atos lesivos contra a Administração praticadas por pessoas jurídicas.

Este ajuste foi disciplinado no Capítulo V da Lei federal n. 12.856/2013 em dois momentos: no art. 16, que trata do acordo celebrado em face da prática de atos lesivos previstos pela referida Lei Anticorrupção; e no art. 17, que dispõe sobre que disposto que o acórdão de leniência *também* pode o ajuste que pode ser firmado em face da prática de falta administrativa prevista na Lei federal n. 8.666/93.

Abordaremos, mais adiante, se o art. 17 da Lei federal n. 12.846/13 previu ou não uma espécie autônoma de acordo de leniência, celebrado para isentar ou atenuar as sanções aplicáveis em face de ilícitos administrativos praticados por licitantes e contratados (art. 86 a 88 da Lei federal n. 8.666/93).

Também outra espécie de acordo que vem sendo adotado pela Administração em processos punitivos, de natureza disciplinar, é o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, celebrado pela administração e o servidor imputado como infrator. O TAC, previsto através de Instrução Normativa da Controladoria Geral União IN CGU N. 02/2017, e atualmente disciplinado pela IN CGU n. 4, de 21 de fevereiro de 2020. Esta forma de acordo é encontrado em outras legislações estaduais, a exemplo de Minas Gerais e Tocantins.

Merecem destaque três negócios jurídicos que foram criados a partir da alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942), promovida pela Lei federal n. 13.655/2018 nos artigos 20 a 30, e seu decreto regulamentador n. 9.830/2019, quais sejam: *i)* Termo de Compromisso, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público; *ii)* Termo de Ajustamento de Gestão; *iii)* Compromisso Processual.

Embora não seja um acordo realizado em processo administrativo, não podemos deixar de mencionar o Acordo de Não Persecução Cível, agora admitido expressamente como solução consensual que pode ser proposta pelo Ministério Público, com participação da pessoa jurídica lesada (art. 17-B da Lei federal n. 8.429/92).

Esta rápida apresentação de diversas formas de acordo que podem ser celebrados pela Administração, incluindo processos de natureza punitiva, evidencia que invocar o princípio da indisponibilidade do interesse público não pode ser um óbice à celebração de acordos em processos de responsabilização.

Este princípio, orientador do regime jurídico administrativo, deve ser compreendido como a indisponibilidade do interesse da coletividade, pois os agentes estatais são meros gestores e não podem colocar seus interesses fazendários ou particulares acima deste interesse público. Os interesses públicos ou coletivos são aqueles que devem ser atendidos pela atividade administrativa, desempenhada pelos órgãos, entidades e agentes estatais, sob pena desta atuação não ser legítima.

A questão aqui não está em negar que o interesse público é indisponível pela autoridade pública, mas sim em verificar qual ação da Administração que melhor atenderá o interesse público. Se o meio para o Estado atingir o interesse público puder ser através de um negócio jurídico firmado com o particular, inclusive com um infrator, isto é, se a solução consensual se evidenciar uma escolha eficiente e adequada para atender o interesse da coletividade, sem malferimento aos princípios constitucionais e legais que regem a Administração, por conseguinte, entendemos que a realização de acordo com o particular não está afrontando o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Ora, se a norma legal – emanada do Poder Legislativo e, portanto, dos representantes do povo - orienta pela realização de acordos ou transações com o infrator pela Administração, indicando que estes ajustes podem ser, em algumas hipóteses, uma melhor forma de atender aos interesses da sociedade (em virtude da eficiência administrativa, economicidade, redução de litigiosidade), não observar a previsão de solução negociada feita pelo legislador, inclusive ferindo o princípio da legalidade, certamente é que acabará por atentar contra o interesse público que deve ser tutelado pelo Estado.

Nesse diapasão, o seguinte pensamento bem resume a questão: “Assim, é incontestável que a consensualidade não implica uma disponibilidade do interesse público, mas uma determinação do meio mais apto para alcançar os objetivos da lei”. ”(FARIA, 2019, p. 175).

Portanto, todas estas espécies de acordos que podem ser celebrados pela Administração em situações de conflito demonstram que a consensualidade como um preceito a ser observado pela Administração, inclusive de em processos de natureza punitiva, uma vez que o paradigma da indisponibilidade do interesse público não pode ser óbice à realização de tais soluções consensuais.

Seguiremos nossa discussão ao tratar das barreiras a serem vencidas para o aperfeiçoamento do sistema público de autocomposição na área sancionatória.

**III - DESAFIOS DA ADOÇÃO DA CONSENSUALIDADE NA APURAÇÃO DE ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS: IMPORTÂNCIA DA REGULAMENTAÇÃO**

Além de ser necessário fazer uma releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público para afastar este preceito como óbice à consensualidade na Administração, existem desafios a serem superados para adoção de soluções consensuais na apuração de ilícitos em contratações administrativas.

O primeiro desafio é o de fomentar a cultura da consensualidade no âmbito da Administração na área sancionatória de ilícitos, tradicionalmente muito apegada a uma interpretação restritiva e literal da lei. O controle consensual, em verdade, funcionaria de forma complementar ao poder sancionador do ente estatal, jamais limitando-o.

Como explica Ferraz(2019, p. 167)*,* a proposta de implantação do controle consensual da Administração não significa extinção das formas tradicionais de controle com viés repressivo e sancionatório, pois, em lugar de uma visão exclusivamente maniqueísta (“crime-castigo”), busca-se no controle consensual a complementariedade, com a utilização de métodos que estimulem transparência, eficiência, economicidade, eficácia e efetividade.

No que concerne aos ilícitos praticados por licitantes e contratados, pensamos que a falta da previsão expressa no Título IV, Capítulo I, da Nova Lei de Licitações e Contratos - NLLC (que trata das infrações e sanções administrativas) quanto à possibilidade de realização de acordo com o infrator, para qualquer tipo de infração administrativa, pode também ser um desestímulo para adoção da solução consensual pelos gestores públicos. Infelizmente, esta oportunidade áurea foi perdida. Isso porque, conforme será demonstrado mais adiante, o acordo de leniência, previsto no art. 17 da Lei federal n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), não abrangeria todas as infrações previstas no art. 155 da Lei federal n. 14.133/2021. E a falta de previsão de regras expressas na NLLC pode gerar insegurança jurídica para as partes celebrantes.

Por isso, neste trabalho, buscaremos demonstrar porque é recomendável os entes subnacionais regulamentarem a celebração de acordo com infrator que incidir em qualquer dos ilícitos constantes no supracitado art. 155 da NLLC, em busca de uma solução negociada em processo de responsabilização.

**3.1 Limitações na aplicabilidade do acordo de leniência para infrações previstas no art. 155 da Lei federal n. 14.133/21.**

É possível encontrar na doutrina pátria menções positivas à previsão contida no art. 17 da Lei federal n. 12.846/2013, por considerar que é de conhecimento geral que a atividade licitatória constitui um campo fértil para a prática de atos lesivos à administração(HARTMANN, 2013, p. 323), na medida em que este dispositivo legal prevê que a administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

À primeira vista, uma leitura isolada deste art. 17 da Lei Anticorrupção, sem analisar as disposições contidas no decreto regulamentador e compreensão dos objetivos do instituto, poderia levar à conclusão de que qualquer tipo de infração praticada no âmbito de uma contratação poderia ser objeto de proposta de acordo de leniência pela pessoa jurídica infratora.

Entendemos que esta não é a melhor interpretação.

Isso porque o primeiro decreto que regulamentou a Lei Anticorrupção – LAC (Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015) já teria aclarado esta dúvida, se cotejada a regra do art. 12, com a previsão contida no art. 40 deste ato normativo. O art. 12 do referido decreto estabelecia que, se os atos lesivos envolverem *também* infrações previstas na Lei federal n. 8.666/1994, caberia apuração e julgamento conjunto destes ilícitos nos mesmos autos, podendo ser impostas sanções restritivas ao direito de licitar e contratar no processo administrativo de responsabilização - PAR. O art. 40, IV, por sua vez, preceituava que, uma vez cumprido o acordo de leniência pela pessoa jurídica signatária, poderia ocorrer como efeito a isenção ou atenuação das sanções nos art. 86 a 88 da Lei n. 8.666, de 1993, ou de outras normas de licitações e contratos.

Essa mesma diretriz foi mantida no Decreto n. 11.129, de 11 de julho de 2022, que atualmente regulamenta a LAC, pois o art. 16 estabelece que

os atos previstos como infrações administrativas à [Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm), ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na [Lei n. 12.846, de 2013](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm), serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo.

De igual modo, o art. 159 da Lei n. 14.133/21 também repete tal regra, dispondo que

os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na [Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm), serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.

Importante desatacar que o referido Decreto n. 11.129/2022, reforça esta compreensão de o ajuste em comento somente poder existir quando se está apurando um ato lesivo previsto no art. 5º da LAC, visto que o art. 32 definiu acordo de leniência como “ato administrativo negocial decorrente do exercício do poder sancionador do Estado, que visa à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira”.

Embora o art. 33 do decreto supracitado também disponha sobre a possibilidade de celebração de acordo de leniência com pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei n. 12.846, de 2013, e dos ilícitos administrativos na Lei n. 14.133, de 2021*,* dando a entender que todas infrações previstas no art. 155 da Nova Lei de Licitações e Contratos estariam abrangidas,a compreensão dos objetivos deste acordo e análise dos requisitos e condições para a sua celebração não corrobora tal entendimento.

Diz o parágrafo único do art. 32 do Decreto n. 11.129/2022 que os objetivos do acordo de leniência são incremento da capacidade investigativa da administração pública, potencialização da capacidade estatal de recuperação de ativos e fomento da cultura de integridade no setor privado.

Não se vislumbra, portanto, que existirá aplicabilidade do acordo de leniência em alguns ilícitos previstos no art. 155 da Lei federal n. 14.133/2022, como é o caso do licitante que, de alguma forma, não honra sua proposta, ou quando o contratado não entrega os bens no prazo pactuado no instrumento contratual, ilícitos previstos nos incisos do referido dispositivo.

Acreditamos que a previsão de acordo de leniência, tal como concebido pela Lei federal n. 12.846/2013 e seu decreto regulamentar n. 11.129/2022, seria inócua, porquanto a Administração pode não ter interesse em firmar tal negócio jurídico, na medida em que a materialidade dos ilícitos administrativos acima mencionados (art. 155, VII) provavelmente já estará bem definida, isto é, a administração já terá ciência e elementos informativos demonstrando que o licitante não honrou sua proposta válida ou de que o contratado incorreu em mora no fornecimento dos bens. O processo administrativo de responsabilização se concentrará em oportunizar à pessoa jurídica acusada (licitante ou contratado) a apresentação de defesa, trazendo justificativa legal para aquele comportamento irregular suficientemente delimitado nos autos, não fazendo sentido o ente estatal aventar que existirá algum interesse público em celebrar um acordo cujo objetivo é a colaboração do infrator para investigação do fato ilícito imputado.

Oportuno salientar a lição de Thiago Marrara(2021), comentando o art. 16 da Lei federal n. 12.846/2013 na obra Lei Anticorrupção Comentada, explicando que o acordo de leniência só é justificável quando presente duas condições concomitantes, quais sejam, o Estado não ter condições de desenvolver a instrução do processo administrativo com seus próprios meios, e também o infrator, na busca da leniência, mostrar-se apto para contribuir com instrução processual de modo significativo. Sem a presença de alguma destas condições, o acordo de leniência não poderia ser celebrado.

Além disso, para celebração deste negócio jurídico, a Administração não pode agir de ofício, sendo necessário recepcionar uma proposta de acordo de leniência pelo infrator, posto que o art. 38 do decreto regulamentar da LAC estabelece que a proposta de celebração de acordo de leniência deverá ser feita de forma escrita, oportunidade em que a pessoa jurídica proponente declarará expressamente que foi orientada a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais e de que o não atendimento às determinações e às solicitações durante a etapa de negociação importará a desistência da proposta.

A Administração aguardar a proposta de acordo pela pessoa jurídica infratora faz sentido quando se está diante de graves ilícitos, de difícil apuração, notadamente quando praticado em conluio com outras pessoas jurídicas e também pessoas físicas (agentes públicos). Nestes casos, o infrator teria interesse em fazer ajuste para colaboração com a investigação e obter benefícios, visto que a comprovação de prática de atos lesivos previstos no art. 5º o sujeitará necessariamente à pena de declaração de inidoneidade de licitar e contratar, por força da dosimetria já realizada pelo legislador no art. 155, §6º da NLLC.

Pode-se dizer que o acordo de leniência, embora não se confunda com o instituto da colaboração premiada previsto no art. 4º da Lei federal n. 12.850/2013 para pessoas físicas acusadas do crime de organização criminosa, guarda com este relativa semelhança, haja vista que, nestes negócios jurídicos, as pessoas investigadas, para serem signatárias deste ajuste e receber benefícios previstos em lei, devem efetivamente colaborar na identificação dos demais envolvidos na infração e fornecimento de provas (documentos e/ou informações) que comprovem a ocorrência do ilícito.

Essa inércia – impossibilidade de o ente público agir de ofício - não condiz com infrações de menor gravidade, as quais, em tese, podem ser mais facilmente comprovadas em sede de processo de apuração de responsabilidade, razão pela qual a administração, em busca de uma solução consensual, mais consentânea com interesse público, poderia agir de ofício, questão que será abordada mais adiante.

Assim, realizando interpretação sistemática de todos dispositivos do decreto regulamentador da Lei Anticorrupção, deflui-se que o art. 17 da Lei federal n. 12.843/13 não criou uma espécie de acordo leniência autônomo, que pode ser celebrado para qualquer tipo de ilícito ocorrido em uma contratação administrativa, pois este instrumento somente seria compatível, pelas condições exigidas para sua formalização, em caso de prática de infrações que também sejam tipificadas como atos lesivos pela LAC.

Nesse diapasão, registre-se que Cristiana Fortini(2017, p. 239), ao comentar o art. 17 da LAC, entende que os ilícitos administrativos preceituados nos artigos 87 e 88 da Lei federal n. 8.666/93, que guardam correspondência com as infrações previstas no art. 5º da LAC, é que poderiam ser objeto de um único acordo:

Porém, há de se presumir que o acordo de leniência sempre pressupõe a  
cooperação da entidade infratora que, assumindo a condição de parceira e homenageada com certos benefícios. Assim deve ser também no âmbito do art. 17, a despeito da timidez legislativa. Pode-se até cogitar que o legislador nada disse expressamente no art. 17, porque já havia feito anteriormente, fato que tomava dispensável a repetição do que antes se expôs.  
Mas, qual a colaboração possível se o art. 17 pudesse se aplicar diante de infração contratual, que em nada correspondesse aos tipos ilícitos descritos pela lei anticorrupção? O que a entidade interessada na suavização da reprimenda estatal leria ofertar se sua conduta, omissiva ou comissiva, traduzisse descumprimento contratual, mas não guardasse relação com práticas corruptas? Se não há dados fornecer, envolvidos a delatar, inexiste a atmosfera para o acordo de leniência.

Esse é o argumento central que nos conduz a rejeitar a individualidade do acordo de leniência do art. 17, entendendo mais lógica a primeira interpretação aqui fornecida.

Nesse mesmo sentido, Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios(2016, p. 150) entendem que o acordo de leniência não abrange atos ilícitos previstos nas normas de licitações que não estejam também tipificados na Lei Anticorrupção.

Portanto, é possível concluir que o abrandamento das penalidades previstas na norma geral de licitações e contratos, por meio de acordo de leniência celebrado com fundamento no art. 17 da Lei federal n. 12.843/2013, somente pode ocorrer quando este ajuste tiver como objeto conduta infratora que possa ser tipificada como ato lesivo previsto no art. 5º da referida Lei federal desde que a pessoa jurídica signatária do ajuste cumpra todos os termos do acordo de leniência previsto no art. 16 da LAC.

Disto resulta na inevitável constatação de que, embora defendamos ser possível a celebração de ato negocial para solução consensual diante da prática de ilícitos previstos no art. 155 da NLLC não enquadrados como atos lesivos contra a administração, a ausência de regulamentação estabelecendo parâmetros e regras procedimentais pode gerar insegurança jurídica para as partes celebrantes deste acordo, como falaremos nos tópicos seguintes.

**3.2 Possibilidade de celebração de Termo de Compromisso, com fundamento no art. 26 da LINDB, em face de quaisquer ilícitos previstos na Lei n. 14.133/21 ante a inexistência de previsão em outra lei específica:**

Como acima defendemos, o acordo de leniência, previsto no art. 17 da Lei federal n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), somente poderia ser celebrado para ilícitos previstos em normas que tratam de licitações e contratos se estes amoldarem à descrição típica contida dos atos lesivos indicados no art. 5º da LAC, visto que os requisitos e condições para sua celebração não se mostram compatíveis com todas infrações descritas no art. 155 da Lei federal n. 14.133/2021.

Mas isto não significa que a Administração não possa buscar solução consensual na apuração de ilícitos, o que não deixa de ser uma situação litigiosa envolvendo o ente contratante e os interessados na contratação, como o fez de forma expressa para as hipóteses que tratam da revisão contratual (reequilíbrio econômico-financeiro) e extinção dos ajustes.

Embora o legislador federal não tenha criado um dispositivo tratando de acordo nos processos de apuração de responsabilidade, ainda que fosse mera remissão ao acordo de leniência previsto no art. 17 da LAC para as hipóteses contidas no art. 155, inciso XII, é inegável que, sendo a LINDB uma norma de supradireito, de aplicação nacional, as disposições do Decreto-lei n. 4.657/1942, com as alterações promovidas pela Lei federal n. 13.655/2018 nos artigos 20 a 30, e seu decreto regulamentador n. 9.830/2019, devem ser observadas pela Administração quando da aplicação das normas de Direito Administrativo, mesmo que tal diploma legal não preveja expressamente a aplicação da LINDB.

A importância da LINDB como marco legal para consensualidade no Direito Público, orientando os gestores pela busca de soluções eficientes, racionais e compatíveis com interesse geral, é ressaltada, inclusive, por autores estrangeiros, valendo o seguinte registro de trecho da obra de Renata Fabiana Santos Silva(2022) nesse sentido:

En Brasil, podemos decir que el marco legal definitivo de la consensualidad en el Derecho Público es la Ley Federal n. 13.655, de 25 abril de 2018, que modificó el Decreto-ley n. 4.657 de 4 de septiembre de 1942, denominada de Ley de Introducción a las Normas de Derecho Brasileño (en adelante, LINDB).  Como bien señala WALLBACH SCHWIND, la Ley Federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018, estableció en la LINDB una regla general de aplicación de soluciones consensuadas para todos los ámbitos de la AP[1]. Esto significa un gran cambio en la actuación de las AAPP brasileñas, que pasan a adoptar una postura más relacional, buscando soluciones eficientes, razonables y compatibles con el interés general.[[1]](#footnote-1)

Saliente-se, inclusive, que a Lei federal n. 14.133/2021 foi explícita ao determinar a aplicação da LINDB nas contratações administrativas, ao fazer expressa menção como preceito a ser seguido, ao lado dos princípios previstos no art. 5º.

Disto resulta na total aplicabilidade do art. 26, que trata do Termo de Compromisso no âmbito de infrações administrativas previstas na NLLC, porquanto este dispositivo traz regras gerais para a Administração firmar tal ajuste com o interessado, com o fito de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público.

Logo, não faz sentido afastar a adoção do Termo de Compromisso previsto na LINDB para situações contenciosas geradas a partir de apuração, pela Administração, de irregularidades praticadas por licitantes e contratados previstas no referido art. 155 da Nova Lei de Licitações e Contratos - NLCC.

Oportuno transcrever trecho dos comentários de Alexandre Mattos de Freitas(2023, p. 37) sobre o art. 26 da LINDB, destacando a relevante previsão de consenso no exercício do poder estatal e um avanço para o vetor da consensualidade no direito brasileiro:

O art. 26 da LINDB estrutura o que normas esparsas já tratam, há longa data, sobre institutos que encaminham a Administração Pública rumo à consensualidade. Consagra a dinâmica de atuação consensual ao fixar permissivo genérico para que toda a Administração Pública celebre ajustes com particulares, independentemente da existência de regulamentação específica. Assim, o disposto em tela se soma ao art. 5º, §6º da Lei de Ação Civil Pública ampliando no sistema jurídica brasileiro as normas autorizadoras genéricas de consensualidade. Ademais, traz importantes diretrizes para uma prática negociada mais paritária e pública, visando o efetivo atendimento do bem comum. Em outras palavras, o referido dispositivo contribui para que se viabilize a consensualidade administrativa com maior segurança jurídica e efetividade.

Segundo George Miguel Restle Maraschin e Ricardo Balinski(2022), o art. 26 da LINDB permitiria a celebração de acordos substitutos pela Administração em processos de natureza punitiva, tal como o processo disciplinar. Vejamos:

Nesta senda, a alteração da LINDB, e, em especial, a nova redação do seu art. 26, consolidou o modelo substituto da pena, justamente por meio da celebração de compromissos, destinados a eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação conflituosa na aplicação do Direito Público, a despeito dos argumentos que ainda se esgrimiam para recusar a ideia de transação em matéria disciplinar com base no princípio da legalidade.

Os referidos autores chegam a defender que o supracitado art. 26 da norma em comento, conforme princípios previstos Constituição Federal, autorizaria ampliação do Termo de Ajustamento de Condutas - TAC inclusive para infrações administrativas de maior gravidade que causam demissão, eis que o TAC é originalmente previsto para ilícitos de menor potencial ofensivo de natureza disciplinar.

A ampla aplicabilidade do art. 26 da LINDB para qualquer conduta infratora, incluindo casos de improbidade administrativa, foi defendida por Luciano Ferraz(2019, p. 175/176) , quando ainda sequer estava prevista na Lei de Improbidade Administrativa a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público lesada celebrar Acordo de Não Persecução Cível(ANPC) com o agente público e eventual particular imputados como ímprobos:

Assim, sendo, a juízo da instância administrativa ou controladora legitimada, uma vez presentes os condicionamentos exigidos pela lei, o art. 26 da LINDB autoriza a firmação de termos de ajustamento de conduta pelos órgãos legitimados (aqueles constantes do art. 5º, §6º, da Lei n. 7.347/85), tanto nos inquéritos civis e disciplinares quanto nas ações de improbidade. Afinal. “nem seria coerente que o mesmo sistema jurídico admita, de um lado, a transação na LAC e a impeça, de outro, na LIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais gravosos que determinados atos de improbidade administrativa, como por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito.”

Portanto, não há dúvidas de que a Administração dispõe do poder de celebrar acordo para buscar uma solução consensual com o licitante ou contratado que incorrer em qualquer das infrações previstas no art. 155 da Lei federal n. 14.133/2021, sendo relevante salientar a nossa posição no sentido de que a existência de acordo de leniência, previsto no art. 17 da Lei Anticorrupção, não seria óbice para ser realização de Termo de Compromisso, com fundamento no art. 26 da LINDB.

Vale lembrar que, no Direito Penal, é possível celebrar dois ajustes coexistentes com o mesmo infrator, quais sejam, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) (art. 28-A do Código Processo Penal) e a Colaboração Premiada (Lei federal n. 12.850/2013), institutos que não se confundem.

O ANPP foi definido no HC 657.165 (STJ, julgado em 09/08/2022) como “uma maneira consensual de alcançar resposta penal mais célere ao comportamento criminoso, por meio da mitigação da obrigatoriedade da ação penal, com inexorável redução das demandas judiciais”*.*

Trata-se de um negócio jurídico pré-processual celebrado entre o Ministério Público e investigado (assistido por advogado), que confessa a prática do ilícito (desde que seja um crime sem violência ou grave ameaça) e, uma vez cumpridas condições pelo acusado (equivalente a sanções), não haverá ação penal e será declarada extinta a sua punibilidade.

Já a Colaboração Premiada também é um negócio jurídico, que é cabível apenas nos crimes cometidos em concurso de agentes, sendo utilizado como meio de obtenção de prova pela acusação, em que um dos infratores colabora com a investigação em troca de benefícios, podendo resultar em perdão judicial.

Por isso, acredita-se ser perfeitamente possível coexistir dois tipos de negócios jurídicos (Acordo de Leniência e Termo de Compromisso), que podem ser celebrados pela Administração diante de ilícitos perpetrados no âmbito de contratações administrativas. A adoção do Acordo de Leniência ou do Termo de Compromisso dependerá da natureza, gravidade e das circunstâncias em que foram praticados os ilícitos (se foi em coautoria ou não), bem como que tipo de obrigações serão cumpridas pelo infrator para obtenção de benefícios.

Ora, seria um contrassenso admitir apenas solução consensual para ilícitos graves, como é o caso de atos lesivos contra a Administrativa constantes no art. 5º da LAC e previstos como infração pelo inciso XII do art. 155, e não permitir que as demais infrações estabelecidas no referido art. 155 não possam ser objeto de acordo pela Administração com infrator.

De igual modo, não faz sentido o legislador federal ter dedicado um capítulo na NLLC (Capítulo XII do Título III) para dispor sobre meios alternativos de resolução de controvérsias, com um rol meramente exemplificativo (conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e a arbitragem), sinalizando, dessa forma, ser favorável a adoção de soluções consensuais para controvérsias ocorridas no âmbito de contratações feitas pela Administração, e não assumir tal postura em relação às infrações praticadas pro licitantes e contratados.

Destaque-se que o parágrafo do art. 151 da Lei federal n. 14.133/2021 estabelece que as soluções consensuais acima referidas podem ser adotadas para questões relacionadas ao *inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes.* Ora, inadimplemento de qualquer obrigação contratual é uma conduta irregular que pode se amoldar, a depender das circunstâncias do caso concreto, às infrações administrativas previstas no art. 155, incisos I, II, III e VII, dispositivos que, em suma, tratam da inexecução (total ou parcial) do contrato e retardamento da execução ou entrega do objeto da licitação.

Dessa forma, defendemos que os Estados-Membros, no exercício da sua competência suplementar em relação a normas gerais de licitações e contratos, regulamenten o Termo de Compromisso previsto no art. 26 da LINDB, dispondo sobre condições específicas e regras objetivas, de modo a incentivar a consensualidade nos processos de apuração de ilícitos.

Neste caso, a Advocacia Pública, que sempre deve ser ouvida na formalização do Termo de Compromisso, conforme determina o art. 10 do decreto n. 9.830/2019, possuirá um papel fundamental na construção destas soluções consensuais, fazendo a modelagem jurídica destes acordos, para melhor consecução do interesse da coletividade.

**3.3 Importância da regulamentação de acordo (Termo de Compromisso) para fomento da solução consensual na apuração de ilícitos previstos na Lei 14.133/2021 e segurança jurídica das partes celebrantes**

Partindo, então, da premissa de que o acordo de leniência não poderá ser celebrado para qualquer infração prevista no art. 155 da Lei federal n. 14.133/21, mas tão somente para aquelas condutas infrativas que se amoldam à descrição típica de atos lesivos no art. 5º da Lei federal n. 12.846/13, como explicado previamente, este posicionamento não impede que a Administração celebre ajustes com pessoas jurídicas no processo de responsabilização pode ter como fundamento o art. 26 da LINDB.

Ocorre que, muito embora a aplicação do referido art. 26 da LINDB dispense a existência de dispositivo em lei ou em decreto para sua aplicação em âmbito nacional, seria salutar e producente, em prol da consensualidade apregoada em diversas passagens da Nova Lei de Licitações e Contratos e segurança jurídica das partes celebrantes, a regulamentação da celebração de acordo para buscar uma solução justa e proporcional na responsabilização do infrator que incorre na prática dos ilícitos previstos no art. 155 da NLLC.

De certo, o decreto n. 9.830/2019, que regulamentou a LINDB, já traz no seu art. 10 algumas regras a serem observadas na celebração Termo de Compromisso, indicando a necessidade de oitiva do órgão jurídico e dispondo também sobre cláusulas gerais deste acordo, tais como obrigações das partes, o prazo e o modo para seu cumprimento, a forma de fiscalização quanto a sua observância, os fundamentos de fato e de direito, a sua eficácia de título extrajudicial e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Frise-se: o art. 26 da LINDB e seu decreto regulamentar já traz regras que permitiriam a Administração propor a formalização de Termo de Compromisso com pessoas que incorram em quaisquer das condutas ilícitas estabelecidas no art. 155 da NLLC, independentemente da edição de outro ato normativo por ente subnacional.

Por outro lado, compreendemos que o art. 10 do decreto n. 9.830/2019, ao regulamentar o art. 26 da LINDB, traz apenas regras genéricas, as quais, no nosso sentir, podem não propiciar segurança jurídica suficiente ao gestor público em sua decisão optando pela solução consensual, resultando em pouco incentivo para realização destes acordos, se não houver parâmetros objetivos e bem definidos a serem observados para formalização deste ajuste pela Administração e pela pessoa jurídica denunciada. Ou seja, existindo apenas regras genéricas, sem definição se ocorrerá isenção, atenuação ou comutação das penalidades, bem como sem previsão do tipo de obrigações que devem ser cumpridas pelo signatário do ajuste para obtenção de benefícios, pode gerar o que a doutrina chama de “apagão das canetas do gestor público”, fenômeno que decorre do medo de que suas decisões sejam questionadas pelos órgãos de controle externo (Ministério Público e Tribunal de Contas), com responsabilização pessoal. Afinal, sem regras objetivas e específicas para acordos em face de infrações ocorridas em contratações, pode ser suscitado por tais órgãos, por exemplo, que houve favorecimento de uma determinada pessoa jurídica, por não considerarem que houve uma boa contrapartida pelo infrator.

Esta questão foi tratada por FREITAS(2023, p. 37), que destacou que o medo de responsabilização pelos agentes públicos pode constituir um óbice à disseminação de prática da consensualidade nas contratações públicas, temor que decorre das constantes decisões sendo questionadas por órgãos de controle e também do sentimento retrógrado de que a proximidade com o particular implica necessariamente a quebra do princípio da impessoalidade.

Destarte, a criação de regras regulamentando tais acordos visa propiciar objetividade, impessoalidade, moralidade e transparência na construção da solução consensual, especialmente na disciplina dos benefícios que podem ser concedidos e condições a serem cumpridas. Por consequência, almeja-se com esta regulamentação minimizar o receio da autoridade que irá firmar o ajuste com a pessoa jurídica infratora, incentivando os gestores a buscar soluções consensuais e inovadoras em processos sancionadores de licitantes e contratados.

De certo, a previsão do art. 28 da LINDB, ao dispor que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”, trouxe um certo balizamento para análise do cabimento de responsabilização dos agentes públicos pelos órgãos de controle, podendo contribuir para reduzir este receito dos gestores na tomada de decisões.

De igual modo, as recentes alterações na Lei de Improbidade Administrativa, promovidas pela Lei federal n. 14.230/2021, podem também contribuir para diminuir o “apagão de canetas”, pois, atualmente, a responsabilização por improbidade administrativa, inclusive por prejuízo ao erário, somente admite a forma dolosa, sendo que o art. 11, que trata dos atos ímprobos que violam princípios da Administração Pública, passou a trazer um rol taxativo de condutas.

Ainda assim, julgamos relevante a regulamentação, com ampla divulgação, das regras objetivas para celebração de acordo em matéria de responsabilização de ilícitos administrativos, não somente para afastar o temor do bom gestor de ser responsabilizado quando faz opção pela solução consensual com o infrator, como também para coibir favorecimentos ilegais que eventualmente podem ser praticados pelos gestores que incorrem em abuso de poder. Afinal, diante de tantas notícias de irregularidades praticadas por agentes públicos no Brasil desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, não se pode afastar, por completo, a possibilidade de que algumas autoridades venham agir com má-fé, para beneficiar indevidamente um infrator nesses acordos.

Oportuno esclarecer que a previsão de regras específicas para este acordo não visa tornar a atuação da Administração mais burocrática e nem tolher o pleno exercício do poder sancionador pelo ente estatal, mas sim proporcionar segurança jurídica para as partes celebrantes e, por conseguinte, fomentar a consensualidade.

Ademais, o art. 10 do decreto n. 9.830/2019 traz conceitos jurídicos indeterminados como “presença de razões relevante interesse geral” e “solução proporcional, equânime, eficiente e compatível com interesses gerais”*,* os quais acreditamos que poderão ter seu conteúdo e densidade melhor definidos em um outro ato normativo.

Acrescente-se, ainda, que a criação e ampla divulgação destas regras específicas para acordos em infrações administrativa é de interesse de toda coletividade, titular do interesse público, em especial da pessoa infratora, que também precisa ter ciência, de antemão, quanto à possibilidade de solução consensual através da celebração de Termo de Compromisso com a Administração e quais obrigações lhe poderão ser exigidas para obtenção de determinados benefícios.

Passaremos a tratar de algumas cláusulas que podem constar neste acordo, como forma de garantir uma solução justa e proporcional, em prol do interesse público.

* 1. **Cláusulas específicas que podem constar no acordo**

A primeira regra que precisa ser bem definida na regulamentação é se ocorrerá isenção de alguma sanção, atenuação de uma ou todas penalidades cabíveis para determinada infração, bem como se o caso é de comutação, com substituição de uma penalidade por outra sanção ou obrigação a ser convencionada pelas partes.

Também é producente indicar que, havendo atenuação de uma ou todas penalidades, os limites mínimos e máximos em que a redução da penalidade pode ser admitida pela autoridade que celebrará o acordo. Ou seja, havendo redução do período de duração das penas restritivas de direito (pena de impedimento ou pena de declaração de inidoneidade do direito de licitar e contratar) ou do *quantum* da pena de multa (compensatória ou moratória), recomendamos que estes parâmetros já estejam estabelecidos no ato normativo, mas sem descurar de garantir certa flexibilidade, a fim de que o gestor possa modelar o acordo conforme as circunstâncias do caso concreto.

Sugerimos também prever como benefício ao infrator que cumprir obrigações específicas a manutenção do contrato administrativo porventura celebrado, se esta medida for possível e consentânea com o interesse público. Nesta hipótese, o Termo de Compromisso deixaria de ser tão somente um acordo substitutivo (substituição de sanções em contrapartida de obrigações), assumindo também feições de termo de ajustamento de conduta.

Se a conduta ilícita praticada estiver sujeita à pena de declaração de inidoneidade, mas não se amoldar perfeitamente às descrições típicas contidas no art. 5º da Lei federal n. 12.846/13 e/ou não for celebrado de acordo de leniência – ajuste que coexistirá com o Termo de Compromisso, como explicado em tópico anterior –, é recomendável dispor sobre a necessidade de implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo infrator*,* quando a medida for cabível, como é o caso das infrações previstas nos incisos VIII e XII do art. 155 da Lei federal n. 14.133/2021.

Outra regra que não pode deixar de prevista, por óbvio, é o dever de ressarcimento dos danos advindos do ato ilícito praticado pelo licitante ou contratado. Ademais, vale lembrar esta obrigação de ressarcir todos prejuízos advindos da conduta infrativa está previsto como regra geral para reabilitação do infrator, conforme disposto no art. 163, inciso I, da NLLC.

Isso quer dizer que a isenção, atenuação ou comutação de penas, benefícios que podem ser concedidos ao ser pactuado Termo de Compromisso, tem como condição específica a comprovação de que houve ressarcimento dos danos. Na hipótese de a reparação do dano ser feita mediante pagamento de pecúnia (ao invés de obrigação de fazer), se este for parcelado, o acordo somente será cumprido com o adimplemento integral do débito pelo infrator, observada as regras de parcelamento, podendo ocorrer inscrição (dos valores não adimplidos) em Dívida Ativa Não Tributária, em caso de atraso no pagamento das parcelas.

Entendemos que uma regra que deve estar explicitada nesta regulamentação é a convenção quanto à suspensão do prazo prescricional uma vez apresentada formalmente a proposta de celebração de Termo de Compromisso e enquanto não cumprido integralmente o acordo. Ora, sendo a suspensão da prescrição matéria de reserva legal e não podendo o Termo de Compromisso ser confundido com o acordo de leniência previsto no art. 17 da Lei Anticorrupção (Lei federal n. 12.846/13), uma interpretação literal do art. 158, §4º, inciso II, da NLLC, afastaria a possibilidade de suspensão dos prazos prescricionais pelo fato de este ajuste não ser propriamente acordo de leniência (que possui regulamento específico). Por isso, a convenção entre as partes celebrantes quanto à suspensão do prazo prescricional afastaria questionamentos sobre a ocorrência ou não de prescrição, na hipótese de o Termo de Compromisso não vir a ser cumprido pela pessoa jurídica celebrante e ser necessário a retomada do processo de responsabilização.

Igualmente seria importante dispor nesta regulamentação o momento em que poderá ser apresentado o acordo, se a Administração poderá ofertar ao infrator ou somente o interessado pode ter iniciativa, o momento processual em que a proposta poderá ser apresentada, isto é, se na fase pré-processual e/ou durante o processo de responsabilização, até publicação da decisão final.

Defendemos que existiria o dever de consensualidade da Administração e que isto demanda uma atuação mais proativa do ente público, razão pela qual estes acordos poderiam ser propostos em fase pré-processual – quando se tratar de infração leve, afastando, inclusive. a deflagração de processo sancionatório – como também no curso do processo de responsabilização, para infrações mais graves. Nesta última hipótese, a oferta de acordo poderia ser realizada no momento da notificação para defesa prévia pela acusada.

Outra regra específica que consideramos importante estar estabelecida no ato normativo que irá regulamentar este acordo são as consequências em caso de descumprimento, pois, além da retomada do processo de responsabilização para aplicação das sanções cabíveis, conforme art. 155, poderia ser previsto que o período durante o qual o infrator ficará impedido de firmar novo Termo de Compromisso.

Enfim, a posição que defendemos é que os entes subnacionais, no exercício da sua competência suplementar, elaborem decreto regulamentar, estabelecendo regras específicas para celebração de Termo de Compromisso na apuração de quaisquer ilícitos descritos no art. 155 da Lei federal n. 14.133/2021, salvo se não existir alguma previsão em lei estadual de algum ajuste em relação a condutas.

O Estado da Bahia, por exemplo, optou por prever expressamente na sua Lei de Licitações e Contratos (art. 200-A da Lei estadual n. 9.433/2005), a possibilidade de realização de acordo chamado de Termo de Transação Administrativa pela autoridade máxima de cada Poder (admitida delegação), com vistas à atenuação ou comutação de sanção restritiva de direitos, em face da prática de qualquer infração praticada por licitante e contratado prevista nesta norma, remetendo para o regulamento a disciplina dos requisitos e condições deste ajuste.

Dessa forma, diante da inexistência de previsão expressa em lei do ente federativo, a regulamentação, mediante decreto, do Termo de Compromisso previsto no art. 26 da LINDB, especificamente para ilícitos praticados em contratações administrativas, com previsão de cláusulas específicas deste acordo, trazendo soluções inovadoras, seria uma excelente oportunidade para se criar a cultura de Administração Pública Consensual na responsabilização de tais ilícitos, em prol do interesse da coletividade, questão que será abordada a seguir.

* 1. **Dever da administração na busca de solução consensual consentânea com o interesse da coletividade e eficiência nas contratações**

Além de entendermos ser positiva para a Administração a regulamentação mencionada, propomos ser possível o ente subnacional, na regulamentação deste negócio jurídico, prever que a Administração pode apresentar a proposta de acordo de ofício, independente de manifestação do interessado (tal como ocorre no acordo de leniência).

Entendemos a busca de solução consensual pela Administração como um dever intrínseco, inserido dentro do princípio da eficiência administrativa e o da economicidade, preceitos presentes no art. 5º da Lei n. 14.133/2021 e congruente com os preceitos da LINDB.

Essa posição de inércia da Administração na busca de solução consensual também não é condizente com o dever de mitigação os próprios prejuízos pelo credor, conhecido como *duty do mitigate the loss.*

Embora tal preceito seja admitido nas relações de direito privado, este reforça a busca da eficiência da Administração na responsabilização de condutas infrativas, na medida em que a realização de um processo administrativo de responsabilização demandará para aplicação de sanções restritivas ao infrator, além de demandar uso da máquina administrativa (normalmente é conduzido por uma comissão processante), nem sempre será a solução que melhor atenderá o interesse público em determinadas situações.

Ora, quando se propõe que a busca da solução consensual em processo administrativo de responsabilização seja um dever, cabendo a Administração, de ofício, propor a realização de acordo para qualquer tipo de infração, está se buscando uma solução que pode melhor atender o interesse da coletividade, sem que isto implique limites ao exercício do poder sancionador do ente estatal (já que o acordo proposto pelo gestor pode não ser aceito pelo infrator).

O que se pretende demonstrar que é a solução consensual pode atingir objetivos semelhantes ao da sanção administrativa, com ganhos para a Administração e para a sociedade, se considerarmos diversos fatores que resultam da punição do infrator sem oportunizar prévio diálogo com o mesmo, quais sejam: custo da máquina administrativa na realização de um processo sancionador; impossibilidade de contratar algum fornecedor exclusivo ou distribuidor com exclusividade na comercialização de algum produto; pena restritiva do direito de licitar e contratar por longo período (vale lembrar que a pena de impedimento pode chegar ao prazo máximo de 3 anos e a declaração de inidoneidade a 6 anos, consoante art. 155, §§4º e 5º da NLLC), com repercussão nas atividades de empresas, que podem ter suas atividades encerradas diante com tais sanções, com impacto social (dispensa de trabalhadores) etc.

A União, no seu manual “Sanções Administrativas: Diretrizes para formulação de procedimento administrativo especifico”, indica quais seriam as finalidades da aplicação de sanções previstas na Lei federal n. 8.666/93(BRASIL, 2015):

O procedimento de aplicação de sanções decorrente de comportamentos que resultem em infrações administrativas tem, regra geral, caráter preventivo, educativo e repressivo. Outra finalidade é a reparação de danos pelos responsáveis que causem prejuízos ao órgão ou entidade, bem como afastar um contexto de abuso de direito proveniente de entidades privadas em desfavor da Administração, objetivando, em última análise, a proteção ao erário e ao interesse público.

A realização de acordos com o infrator, na nossa opinião, não afastaria, por completo, os objetivos preventivo, repressivo e pedagógico almejados pelo ente público, quando aplica as sanções originalmente previstas para aquele comportamento ilícito, conforme previsão contida no art. 155 da NLLC, pois o Termo de Compromisso, além de poder prever diversas obrigações para alcançar tais finalidades, não significa perdão de todas penalidades (haverá algum tipo de sanção) e nem exclui o dever de reparação dos danos decorrentes da infração.

Tais ajustes só se justificam quando as cláusulas acordadas para responsabilização do infrator atenderem o interesse público, criando uma melhor forma de serem atingidos os três objetivos acima, o que pode ser feito através de um acordo com natureza de ajustamento de conduta e/ou acordo de natureza substitutiva, conforme a situação.

Sobre o dever de consensualidade, oportuno registro de trecho do artigo jurídico “Dever de consensualidade na atuação administrativa”(NEVES; FERREIRA FILHO, 2018, p. 63-84:

Com isso, verificou-se que, entre as transformações que perpassam o Direito Público atual, esse novo contexto jurídico permite reconhecer a existência de um dever de consensualidade quando da decisão imperativa e unilateral puder resultar prejuízos ao Estado (não apenas de cunho financeiro, mas também quando violar o interesse público em outros aspectos) ou menor efetividade no seu cumprimento do que uma negociação administrativa. Tal análise diminui o campo de escolha do administrador público, exigindo-lhe uma atuação proativa para tentar adotar uma interlocução entre Estado e administrados na busca de soluções em que se evidencie alguma vantagem para a administração pública.

Na mesma linha Cuellar e Bockman(2020, p. 46)

Logo, em especial depois de 2015, à administração pública brasileira foi imputado o *dever normativo* de envidar esforços, proativos e eficientes, para a composição amigável dos conflitos de interesses, inclusive aqueles instalados em sede de concessões, PPPs e todos os demais contratos administrativos.

Vale a pena trazer exemplos para melhor compreensão:

Imagine que o ente estatal contrata uma empresa fornecedora exclusiva de algum medicamento para tratamento de enfermidade de alta complexidade (situação que autoriza inclusive contratação direta por inexigibilidade, com fulcro no art. 74, I, da NLLC). Mas a contratada, por falta de planejamento na sua produção, incorre injustificadamente em mora e somente consegue entregar os medicamentos muito depois do prazo estabelecido no contrato. Este atraso na execução do contrato se amolda à previsão da infração contida no art. 155, inciso VII, da Lei federal n. 14.133/2021 que prevê como ilícito o *“ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo”.*

Segundo o do referido art. 155, §4º, da norma em comento, tal comportamento irregular enseja a pena de impedimento. Vale destacar que não entendemos ser possível acordo de leniência, visto que esta conduta não é considerada ato lesivo contra a Administração pelo art. 5º da Lei federal n. 12.846/13 e muito menos se exige colaboração nas investigações pelo infrator, porquanto a materialidade (atraso no cumprimento da obrigação) está bem delimitada no processo de contratação, pelo fiscal do ajuste.

Por isso, pensamos que o gestor possui um dever de buscar uma solução consensual com este infrator, de modo a possibilitar um acordo de natureza substitutiva, propondo, de ofício, acordo para comutação da pena de impedimento por uma pena pecuniária ser paga pela empresa denunciada.

Neste acordo, também estaria estipulado que a referida pena pecuniária substitutiva da pena de impedimento não afastaria a multa moratória originalmente prevista no instrumento contratual. Disto resulta em um benefício para todas partes celebrantes deste acordo. De um lado, a pessoa jurídica poderá continuará participando de licitações e contratações realizadas por aquele ente público, sem registro da pena de impedimento do direito de licitar e contratar no Portal Nacional de Contratações Públicas, dados que podem ter repercussão, consoante art. 88, §3º. De outra banda, atenderia o interesse público, eis que, além de garantir que não haja desabastecimento de produto essencial para a sociedade, estaria resguardado o poder sancionatório estatal, pois haveria algum tipo de responsabilização, com efeitos pedagógicos e incremento de receita aos cofres públicos, decorrente do pagamento de pena substitutiva e também da multa moratória originalmente prevista no contrato.

Outro exemplo que pode ser aventado é quando estamos diante de uma empresa que, para ocultar o fato de que não está cumprindo obrigações sociais em relação aos seus trabalhadores, apresenta ao fiscal do contrato documentação falsa, o que se constitui em comportamento fraudulento, previsto no art. 155, VIII, necessariamente sujeitando o infrator à pena declaração de inidoneidade, de acordo com a dosimetria feita pelo parágrafo 6º deste artigo 155. De certo, tal comportamento é reprovável, mas isto não significa que poderá ocorrer ajustamento da conduta pelo infrator e assunção de obrigações compensatórias. Portanto, se a pessoa jurídica está executando o contrato de forma satisfatória (a despeito dos atrasos nas obrigações sociais), ao invés de proceder à extinção unilateral do ajuste e deflagração de processo de responsabilização para aplicação da sanção cabível acima referida, poderá ser firmado Termo de Compromisso.

Neste acordo pré-processual, poderá ser ajustado que a empresa contratada irá regularizar o pagamento obrigações, assumindo o dever de não reincidir em tal comportamento, além de lhe ser imposta uma pena pecuniária substitutiva da pena de declaração de inidoneidade.

Assim como no exemplo anterior, a pessoa jurídica celebrante teria como benefício a manutenção daquele contrato vigente, sem sofrer restrições no seu direito de licitar e contratar com todos entes federativos (considerando a ampla repercussão da pena de declaração de inidoneidade, prevista no art. 155, §6º da NLLC), sanção cujo prazo mínimo é de 3 anos para solicitar reabilitação (o tempo total de restrição pode chegar até 6 anos, se a firma não for reabilitada).

Em contrapartida, a Administração, além de ter o serviço descontinuado, precisaria deflagrar um processo de contratação emergencial para prestação daquele serviço, cujas obrigações sociais seriam regularizadas. O interesse da sociedade poderá estar sendo atendido - se consideramos o custo social da dispensa dos trabalhadores desta empresa, bem como se os serviços prestados pela infratora forem considerados essenciais -, hipótese em que a punição poderia implicar interrupção temporária deste serviço.

Portanto, os exemplos acima explicitados demonstram que, ao invés de o ente público ficar aguardando a proposta de ajuste pelo infrator - como ocorre em relação ao acordo de leniência, que exige proposta da pessoa jurídica infratora – que seja indicado o dever (e não uma mera discricionariedade) de a Administração buscar a consensualidade, regulamentando-se cláusulas específicas de Termo de Compromisso a ser celebrado no âmbito da responsabilização de ilícitos praticados por licitantes e contratos,

Considerando que caberá à Administração apresentar a proposta, será a Advocacia Pública responsável pela modelagem jurídica deste acordo, sendo aconselhável já elaborar minutas para as situações mais corriqueiras, as quais demandariam apenas pequenos ajustes para adequação ao caso concreto.

O que é importante é a Administração criar soluções inovadoras e que promovam eficiência nas contratações administrativas, inclusive em matéria sancionadora, em prol do interesse da coletividade.

**IV- CONCLUSÕES**

Desde a sua origem na antiguidade, até sua adoção formal no século XX, a autocomposição vem sendo cada vez mais aplicada na solução de controvérsias, em particular através da negociação, conciliação e mediação. A prática se desenvolveu no Brasil desde a Constituição de 1824 e foi aprimorada por várias reformas jurídicas subsequentes.

Recentemente, vislumbrou-se um movimento de “horizontalização” das relações entre Estado e cidadãos, implicando um papel estatal mais colaborativo sem que isso descaracterize o que se chama de interesse público. Este movimento é reflexo da tendência global em direção à consensualidade nas relações jurídicas e administrativas.

Os acordos celebrados pela administração pública em processos sancionadores, a exemplo do acordo de leniência e do termo de ajustamento de conduta têm tido, certamente, conformidade com o princípio da indisponibilidade do interesse público, consoante acima demonstrado, além de consolidarem práticas de autocomposição.

Muito embora tendência em ascensão, existem desafios da adoção da consensualidade na apuração de ilícitos administrativos, com foco na importância da parametrização legal de suas hipóteses.

Promover uma cultura de consensualidade na área sancionatória é o primeiro desses desafios. Mas há outros.

Especialmente para ilícitos contratuais na seara pública, a falta de previsão expressa na Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) para acordos com infratores pode desestimular a adoção de soluções consensuais pelos gestores públicos.

Ante as limitações na aplicabilidade do acordo de leniência para infrações previstas na Lei n. 14.133/2021, conforme regulamentado pela Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) e seu decreto regulamentar (n. 11.129/2022), não se vislumbra a possibilidade de aplicação desta espécie de acordo a todas as infrações previstas na NLLC, sendo justificável, todavia, em casos de infrações graves e de difícil apuração, em que colaboração do infrator poderia ajudar na investigação.

Assim é que a inércia da Administração não agindo de ofício para acordos de leniência pode não ser adequada para infrações de menor gravidade, que poderiam ser facilmente comprovadas em processos de apuração de responsabilidade. É por isso que falamos da necessidade de regulamentação específica de tais situações para estabelecer standards e regras procedimentais, evitando insegurança jurídica para as partes envolvidas na celebração do acordo.

Há, então, a possibilidade de celebrar um Termo de Compromisso, fundamentado no art. 26 da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em casos de infrações previstas na Lei n. 14.133/21 (Nova Lei de Licitações e Contratos) quando não há previsão em outra lei específica, pois, como vimos, as hipóteses previstas na Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) não alcançam infrações menos graves.

Como norma de supradireito, a LINDB aplicável em todo o país, e o art. 26 dessa lei permite que a Administração celebre acordos com o infrator para eliminar irregularidades e controvérsias no direito público.

O Termo de Compromisso em questão deve ser regulamentado visando proporcionar segurança jurídica às partes envolvidas, especialmente ao gestor público que tomará a decisão de optar por um acordo consensual. Para tanto, foram sugeridas regras específicas no intuito de garantir a objetividade e a transparência na celebração do acordo, evitando favorecimentos ilegais e possibilitando uma solução proporcional e equânime.

**V)PROPOSIÇÕES**

Diante do que foi exposto, propomos:

Que a cultura da consensualidade avance para o âmbito do direito administrativo sancionador a ponto de se institucionalizar a atuação de ofício pela Administração em hipóteses de evidente interesse público, como de aplicação de sanções por ilícitos menos graves;

Que cada ente subnacional, no exercício da sua competência, regulamente expressamente a celebração de Termo de Compromisso baseado na LINDB no âmbito da apuração de ilícitos contratuais não regulados por leis específicas, estabelecendo cláusulas que devem constar no referido acordo;

Que a Advocacia Pública atue para a elaboração dos regulamentos em questão e para a construção de modelagens jurídicas inovadoras visando à autocomposição em processos administrativos sancionatórios;

**REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, TIAGO BOCKIE de. **A administração pública consensual como meio substitutivo da imposição de sanção administrativa disciplinar: a efetivação do princípio constitucional da eficiência administrativa como postulado do neoadministrativismo**. Tese de doutorado disponível no Repositório da Universidade Federal da Bahia - <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/24683/1/TIAGO%20BOCKIE%20DE%20ALMEIDA.pdf>, acesso em 27/07/2023.

CUÉLLAR, Leila et al. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Páulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações**- Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção Comentada** – Belo Horizonte: Fórum, 2021.

FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo**, disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/62542/R%20-%20D%20-%20LUZARDO%20FARIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, acesso 24.07.2023.

FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos Substitutivos e instrumentos afins)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 167

FERREIRA, Kaline in PGM PORTO ALEGRE. **As câmaras públicas de mediação e conciliação: dialogando com a Administração.** YouTube, abril de 2021. Disponível em <https://youtu.be/7x9Kx41sGWI>, acesso em 31/07/2023

FORTINI, Cristiana. Comentários ao art. 17. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção comentada***.* Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 239

FREITAS, Alexandre Mattos de. **Os óbices ao avanço da prática da consensualidade nas contratações públicas: Uma abordagem à luz das alterações à LINDB e da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021)***.* São Paulo: Editora Dialética, 2023, p. 37.

HARTMANN, Stefan Espírito Santo. Comentários à Lei Anticorrupção – Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2012: Breves reflexões acerca das consequências da entrada em vigor da nova legislação no âmbito do Direito Administrativo. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região** n. 4, p. 323, disponível em <https://www.ajufe.org.br/images/bkp/ajufe/arquivos/downloads/artigo-06-ok-91631312.pdf>

MARASCHIN, George Miguel Restle; BALINSKI, Ricardo. **Potencial de incidência da consensualidade no processo disciplinar,**disponível em <file:///C:/Users/fabia_000/Downloads/603+-+POTENCIAL+DE+INCID%C3%8ANCIA+DA+CONSENSUALIDADE+NO+PROCESSO+DISCIPLINAR.pdf>, em 22.07.2023.

NEIVA, Geisa Rosgnoli. **Conciliação e Mediação pela Administração Pública. Parâmetros para sua efetivação** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril\_v55\_n218\_p63](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63)

## SILVA, Renata Fabiana Santos. La mediación administrativa extrajudicial para la ampliación del acceso a la justicia ambiental en Brasil y España*.* Disponível em <https://idus.us.es/handle/11441/136321>, acesso em 22.07.2023.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro**. Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013): uma visão do controle externo.** Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 150

1. No Brasil, podemos dizer que o marco legal definitivo da consensualidade no Direito Público é a Lei Federal nº. 13.655, de 25 de abril de 2018, que alterou o Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (doravante, LINDB). Como bem aponta WALLBACH SCHWIND, a Lei Federal nº. 13.655, de 25 de abril de 2018, estabeleceu na LINDB regra geral para a aplicação de soluções consensuais para todas as áreas de AP. Isso significa uma grande mudança na atuação das Administrações Públicas brasileiras, que passam a adotar uma postura mais relacional, buscando soluções eficientes, razoáveis ​​e compatíveis com o interesse geral. (Tradução livre) [↑](#footnote-ref-1)