



A possibilidade de aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.666/93 na modalidade Pregão Eletrônico

Robson Lima,
Chefe do setor de Licitações do Confere

Com a importância, cada vez maior, em relação ao cuidado com o dinheiro público, os procedimentos licitatórios vêm sofrendo maior rigor perante as Entidades de fiscalização, já que grande parte das receitas da Administração Pública é despendida através dos referidos procedimentos.

Atualmente, a modalidade licitatória mais difundida é a do Pregão Eletrônico. Isso porque ela é aplicada para aquisição de bens e serviços comuns e possui uma sistemática que abrange uma gama expressiva de fornecedores em âmbito nacional, utilizando a rede mundial de computadores (Internet) como plataforma, o que facilita o acesso dos licitantes a um baixo custo.

O Ente público, ao realizar o procedimento de Pregão Eletrônico, tem como meta efetivar uma aquisição ou a contratação de um serviço; para isso, segue os ditames legais até que conclua o processo. Ocorre que, para obter sucesso na consecução de seus objetivos, é necessário que a Administração Pública se resguarde da possibilidade de não cumprimento da obrigação por parte do licitante.

Essa prevenção está assegurada na legislação que regula o procedimento licitatório. No caso da modalidade Pregão Eletrônico, existe a previsão específica no art. 7º da Lei nº 10.520/02, que diz:

“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.”

Existem críticas na doutrina e jurisprudência pátria a respeito da restrição punitiva facultada ao aplicador do direito, descrita no referido artigo, pois, nesse caso, o licitante que venha a apresentar uma conduta de menor gravidade, por exemplo, entregar o objeto do certame com atraso, deverá ser punido com o mesmo rigor aplicado a um licitante que cometeu crime de fraude.

Contudo, aplicando-se o art. 7º da Lei nº 10.520/02 para os casos nela descritos, estar-se-ia prestigiando o Princípio da Especialidade uma vez que o legislador entendeu por bem descrever, no referido artigo, as condutas e punições correspondentes nas modalidades Pregão Presencial e Eletrônico.

Essa é a opinião do autor Joel de Menezes Niebuhr, que aborda, diretamente, a questão, ao se manifestar sob a impossibilidade de aplicação das sanções do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 na modalidade Pregão, da seguinte forma:

“A questão é que muitos órgãos e entidades da Administração Pública têm previsto em seus editais e contratos, bem como aplicado as sanções da Lei nº 8.666/93 em licitações promovidas sob a modalidade pregão ou em contratos decorrentes de licitações promovidas sob a modalidade pregão. Trata-se de equívoco que tem o condão de anular as penalidades aplicadas, porque ilegais. Ora, a Lei 10.520/02, em seu art. 7º, prescreve penalidade própria (diferente das da Lei 8.666/93) para licitações promovidas sob a modalidade pregão e para contratos que lhes sejam decorrentes. A Lei nº 10.520/02 não é omissa no tocante às sanções administrativas, por efeito do que não há qualquer justificativa para aplicar, subsidiariamente, as regras e a sistemática da Lei 8.666/93 – que, diga-se de passagem, é pior e mais confusa.” (NIEBUHR, Joel Menezes, Pregão Presencial e Eletrônico, 7ª Ed., Belo Horizonte, Editora Fórum, 2015, p. 258).

Respeitando a opinião do ilustre doutrinador, entendemos não ser essa a melhor exegese para o tema.

Contudo, como salientado anteriormente, o artigo 7º da Lei nº 10.520/02 reduz, em muito, a possibilidade de avaliação punitiva para a infração cometida pelo licitante, uma vez que pune, com o mesmo rigor, condutas distintas.

De outro turno, o artigo 87 da Lei nº 8.666/93 possibilita ao agente público valer-se da dosimetria da pena, pois prevê diferentes sanções para condutas diversas, como segue:

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato, a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

- I. advertência;
- II. multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- III. suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
- IV. declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Assim sendo, melhor seria complementar o Edital de Pregão Presencial ou Eletrônico, com sanções previstas na Lei nº 8.666/93, por possibilitar maior gama de sanções para diferentes condutas.

No entanto, qual seria a justificativa para a previsão de regras punitivas pertencentes à Lei nº 8.666/93 na modalidade Pregão, já que a Lei nº 10.520/02, em seu art. 7º, já faz previsão referente ao tema?

A Advocacia-Geral da União, por seu Departamento de Consultoria, no parecer de nº 05/2015/CPLC/DEP-CONSU/PGF/AGU, no Processo de nº 00593.000847/2013-94, apresenta opinião de extrema relevância e que soluciona a polêmica sobre a possibilidade ou não da aplicação das penalidades descritas no artigo 87 da Lei nº 8.666/93, na modalidade Pregão, conforme ementa que segue:

“EMENTA: SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. LEI DO PREGÃO E LEI GERAL DE LICITAÇÕES. PROPORCIONALIDADE COMO JUSTA MEDIDA. TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES. APLICAÇÃO COORDENADA E HARMÔNICA DAS LEIS. DIÁLOGO DE COMPLEMENTARIDADE. INCIDÊNCIA DAS PENAS DO ART. 87 DA LLC NOS CASOS REGIDOS PELA LEI DO PREGÃO.

I. Há nítida diferença de gradação entre as sanções listadas, sendo a pena no art. 7º da Lei do Pregão mais grave que a pena de suspensão de contratar (art. 87, III, LLC). Porém, é mais branda que a pena de declaração de inidoneidade (art. 87, IV, LLC).

II. Aplicar apenas a Lei do Pregão pode gerar problemas de dosimetria da pena, já que uma infração leve, por exemplo, não apresentar o licitante algum documento, é apenada da mesma forma que uma infração grave, como no caso de apresentar documento falso, uma vez que o art. r da Lei do Pregão prevê para todas as condutas nele previstas a mesma consequência.

III. Como meio necessário para alcançar determinado fim, a sanção aplicada deve ser apta a educar o infrator para que não volte a violar as normas administrativas, devendo ser o meio menos oneroso para tanto, sob pena de ser excessiva tal punição.

IV. A teoria do diálogo das fontes tem o fito de trazer ao intérprete uma nova ferramenta hermenêutica hábil a solucionar problemas de conflito entre normas jurídicas, no sentido de interpretá-las de forma coordenada e sistemática, aplicável a qualquer ramo do direito, e que a doutrina atualizada está à procura, hoje, mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) do que da exclusão.

V. O diálogo das fontes permite a aplicação coordenada das duas leis – diálogo de complementaridade – sendo a Lei nº 8.666 aplicada em conjunto com a Lei do Pregão, como forma de se alcançar a justa medida de uma eventual punição.”

Segundo o citado parecer da AGU, a melhor saída para a resolução do problema surge com uma nova ferramenta hermenêutica de solução de conflitos entre normas jurídicas, denominada de “diálogo das fontes”, tese da professora Cláudia Lima Marques, a qual visa a harmonizar os preceitos legais, proporcionando ao aplicador do direito uma interpretação legal não restritiva a que possa dar-lhe maior liberdade para aplicar a justa penalidade à infração cometida pelo licitante ou contratado.

Segue o referido parecer, que conclui:

“Face ao exposto, opinamos no sentido de que:

- a)** a Administração deve avaliar a reprovabilidade da conduta imputada e aplicar a sanção ao licitante ou ao contratado de acordo com o postulado da proporcionalidade;
- b)** aplicar, apenas, a Lei do Pregão pode gerar problemas de dosimetria da pena, já que uma infração leve poderá ser apenada da mesma forma que uma infração grave, uma vez que o art. 7º da Lei nº 10.520, 2002, prevê para todas as condutas nele previstas a mesma consequência, podendo representar uma pena excessiva para a conduta praticada no caso concreto;
- c)** pela teoria do “diálogo das fontes”, é possível o diálogo de complementaridade entre a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão, permitindo com que sejam aplicadas as sanções do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, nos casos regidos pela Lei nº 10.520, de 2002, de forma coordenada.” (Parecer e nº 05/2015/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU, p. 11)

Assim sendo, tendemos a concordar com o entendimento da Advocacia-Geral da União, que conclui ser possível a aplicação das sanções do art. 87 da Lei nº 8.888/93 nos casos regidos pela Lei nº 10.520/02, de forma coordenada, utilizando, como justificativa, para a referida aplicação a tese do “diálogo das fontes”.

Esse entendimento nos parece mais justo tanto para o Administrador Público quanto para o administrador infrator, já que a dosimetria da pena ficaria assegurada, possibilitando um caminho mais eficaz para o alcance da justiça.