

## **PREGÃO. PENA DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR. EXTENSÃO E LIMITES DA PENALIDADE. ALGUNS COMENTÁRIOS**

*Gina Copola*

### **a) inaplicabilidade da Lei federal nº 8.666/93:**

A Lei federal nº 10.520, de 17 de julho de 2.002, que “*institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências*”, previu, em seu art. 7º, a pena de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Município.

Reza o dispositivo legal:

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.

Observa-se, portanto, que a Lei do Pregão prevê de forma expressa penalidade específica para falhas cometidas no âmbito do certame, e, conforme o *princípio da especialidade das normas*, tal previsão afasta a aplicação subsidiária das penas previstas na Lei nº 8.666/93, que é de cunho genérico.

Com efeito, reza o art. 9º, da Lei nº 10.520/02:

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#).

Ocorre que quando determinado assunto possuir previsão específica na Lei do Pregão resta afastada a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93.

Sobre o tema, IVAN BARBOSA RIGOLIN escreveu o artigo *Pregão eletrônico não admite as penas da lei nº 8.666/93*, publicado na *Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública*, mar/09, p. 52, para ensinar que:

“Ora, se tal é certo, e se a norma que rege o pregão eletrônico não contém nem a pena de *suspensão* do direito de licitar e contratar com a Administração, nem a pena de *declaração de inidoneidade*, então tais penas simplesmente não podem ser aplicadas, porque falta a legalidade indispensável ao apenamento, sabendo-se milenarmente que *nullum crimen, nulla poena sine lege* – ou, como expresso em nosso direito constitucional, *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal* (Constituição, art. 5º, inc. XXXIX).

(...)

VII – Mas é possível ir ainda além quanto à questão da inaplicabilidade da pena por ausência de tipicidade.

Este é um excerto acórdão no Agravo de Instrumento nº 778.017-5/5-00, da 8ª Câmara de Direito Público do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator o ilustre Des. Paulo Dimas Mascaretti, que, citando Celso Antônio, por votação unânime manteve a r. decisão de primeiro grau que afastava a aplicação de penalidade em sede de pregão por ausência de previsão legal:

*“Como defende CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ‘(...) tanto a suspensão do direito de contratar quanto a declaração de inidoneidade, só podem ser aplicadas no caso dos atos tipificados na lei como crimes, pois não se admitiria seu cabimento em outras hipóteses sem que exista prévia descrição legal de outros casos de seu cabimento.’ (Curso de Direito Administrativo, 18ª ed. Malheiros Ed. 2.005, p. 600)”*

Nem se precisa ir tão longe quanto foi este louvável acórdão. O fato é que aplicar pena não prevista na norma disciplinadora do procedimento licitatório é abusar gravemente do direito penal e de seus princípios mais caros e indispensáveis, merecendo repulsa incontinenti de todos quanto militem no direito”

E no mesmo diapasão, já decidiu o e. Tribunal de Contas da União, Acórdão nº **3.171/11**-Plenário, relator Ministro ANDRÉ DE CARVALHO, julgado em 30/11/11, com o seguinte trecho:

*“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.*

*240. Essa é a posição adotada por este Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 1925/2006-TCU-Plenário (relatoria do Ministro Augusto Nardes) e 114/2007-TCU-Plenário (relatoria do Ministro Benjamin Zymler). Neste último, constou no voto do Relator que ‘não se afigura cabível, portanto, defender a aplicabilidade da Lei nº 8.666/93, uma vez que esta norma somente é aplicável aos pregões de forma subsidiária e que, em relação a este tópico, a norma específica possui disciplinamento próprio, o qual afasta a Lei de Licitações e Contratos’.*

*241. O tópico aplicação de penalidades, no âmbito das aquisições de bens e serviços comuns realizadas na modalidade pregão, encontra-se regulado pelo art. 7º da Lei 10.520/2002, que dispõe:*

*‘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.’ (sem grifo no original)*

242. *Vê-se que houve uma opção legislativa de adotar sanção própria, mais rigorosa, aos participantes de certames realizados mediante modalidade pregão. Tal escolha deveu-se à necessidade de coibir condutas que viessem a embaraçar o andamento dos trabalhos, haja vista o fim buscado pelo legislador de agilizar as contratações governamentais, para fazer frente a processo, até então, moroso, burocrático e muitas vezes ineficiente, consoante consignado na exposição de motivos da medida provisória que deu origem à lei.*

243. *Tal agilização foi implementada na lei com a introdução de facilidades e a redução de formalidades e exigências em relação aos procedimentos adotados nas modalidades tradicionais. Dessa forma, se de um lado deu-se maior liberdade, por outro se estabeleceu sanção mais severa para contratações por meio de pregão do que aquelas estipuladas na 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”*

Tem-se, portanto, que as sanções previstas na Lei nº 8.666/93 não são aplicáveis ao caso dos pregões, conforme entendimento do e. TCU, com citação de precedentes no mesmo sentido.

## **b) abrangência da penalidade**

O art. 7º, da Lei federal nº 10.520/02, reza que o licitante ou contratado “*ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios*”, sendo que a conjunção “ou” evidencia que a pena tem seus efeitos exclusivamente no ente federativo que a aplicou.

Nesse diapasão, são os ensinamentos de MARÇAL JUSTEN FILHO. Vejamos:

*“A utilização da preposição ‘ou’ indica disjunção, alternatividade. Isso significa que a punição terá efeitos na órbita interna do ente federativo que aplicar a sanção. Logo, e considerando o enfoque mais tradicional adotado a propósito da sistemática da Lei n. 8.666, ter-se-ia de reconhecer que a sanção prevista no art. 7º da Lei do Pregão*

*consiste em suspensão do direito de licitar e contratar. Não é uma declaração de inidoneidade. Portanto, um sujeito punido no âmbito de um Município não teria afetada sua idoneidade para participar de licitação promovida na órbita de outro ente federal” (Pregão - comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 193).*

Tem-se, portanto, definida a abrangência da penalidade.

No mesmo sentido, é o v. acórdão nº **2.081/14**-Plenário do e. TCU, relator Ministro AUGUSTO SHERMAN, julgado em 06/08/2014, com o seguinte excerto:

“No mesmo entendimento, Joel Menezes Niebuhr argumenta (Pregão presencial e eletrônico. 4ª ed. Curitiba: Zênite, 2006, p. 257):

Perceba-se que o legislador, ao dispor da amplitude das sanções administrativas, utilizou a conjunção alternativa ‘ou’, o que significa que o impedimento de contratar abrange apenas ao ente federativo que aplicou a penalidade, sem estender-se aos demais. Noutras palavras, empresa impedida de participar de licitação pela União, pode participar, livremente, de licitações nos Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Desembargador Jessé Torres e a professora Marinês Restelatto também discorrem sobre o tema (Responsabilidade do contratado na administração de compras, serviços e obras. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano11, n.122, fev. 2012):

“Os efeitos da sanção de impedimento prevista no art. 7º da lei acima citada são restritos à órbita interna do ente federativo a que pertence o órgão ou a entidade sancionadora. Ilustra-se:

A aplicação de sanção de impedimento por órgão ou entidade da Administração Pública federal, com supedâneo no art. 7º, torna o licitante ou o contratado impedido de licitar e contratar com a União, o que quer dizer: impedido de licitar e contratar com todos os seus órgãos respectivamente subordinados, bem como com as entidades vinculadas, nomeadamente, autarquias, fundações públicas, empresas

públicas e sociedades de economia mista, além do descredenciamento do licitante ou do contratado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF). O licitante ou contratado impedido, nessas condições, não estará proibido de participar de licitações e contratar com órgãos e entidades da Administração Pública estadual, municipal ou do Distrito Federal.

A utilização da conjunção “ou” no texto do art. 7º indica alternatividade, o que fundamenta a interpretação de que a punição deva ter seus efeitos restritos à órbita interna do ente federativo em que a sanção foi aplicada.”

**c) Da necessária má-fé para a aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar:**

A aplicação da penalidade de impedimento do direito de licitar e contratar pela Lei do Pregão somente pode ser aplicada se o licitante – ou contratante – agiu com má-fé, com inidoneidade, ou tenha causado prejuízos ao órgão licitante.

É o que se lê do v. acórdão proferido pelo e. TRF da 4ª Região, em Apelação Cível nº **5090000-61.2014.4.04.7100/RS**, rel. Des. LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE, com a seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO. DECLARAÇÃO FALSA NO CERTAME. EQUÍVOCO. NAO COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ. DESCLASSIFICAÇÃO. SEM PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO. SANÇÃO DE IMPEDIMENTO DE LICITAR. LEI Nº 10.520/2002. Mero equívoco, com ausência de má-fé, e sem que tenha gerado potencial prejuízo ao interesse público, não justifica a imposição de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e descredenciamento no SICAF, nos termos do artigo 4ª da Lei nº 10.520/2002”

E consta do v. voto condutor do venerado acórdão supracitado:

*“Assim, a perda da contratação já constitui punição suficiente à infração da regra editalícia, não se justificando a imposição da sanção suplementar de impedimento de licitar e contratar com a União, e descredenciamento no SICAF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores.*

E na mesma esteira, já decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº **31.972 DF**, relator Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, com a seguinte ementa:

*“Recurso ordinário em mandado de segurança. Licitação. Pregão. Atestado de capacidade técnica. Aplicação de penalidade à licitante. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. Ordem concedida. 1. Ausentes o prejuízo para a Administração Pública e a demonstração de dolo ou má-fé por parte da licitante, não há subsunção do fato ao art. 7º da Lei nº 10.520/02. 2. Recurso ordinário em mandado de segurança provido para, reformando a decisão do e. STJ, conceder a ordem”*

O professor ANIELLO DOS REIS PARZIALE, ao citar MARÇAL JUSTEN FILHO e JAIR EDUARDO SANTANA, em artigo intitulado *Vedações, Sanções e Disposições Finais – Arts. 5º a 13 da Lei nº 10.520/2002 e arts. 14 e 15 do Anexo I do Decreto federal nº 3.555/2000*, ensina que:

### **“2.1.7 Comportar-se de modo inidôneo (...)**

Parece-nos que somente incorrerá nesta infração a prática de uma conduta antijurídica, consideravelmente grave, cujo impedimento de licitar e contratar seja a medida punitiva necessária para afastar tal particular inidôneo das contratações públicas.

Como bem ensina Marçal Justen Filho:

A inidoneidade pressupõe um substrato material, consistente em conduta objetivamente incompatível com a ordem jurídica. Mas não basta qualquer ilicitude. É necessário que a conduta apresente gravidade suficiente para fundar um juízo estimativo acerca da ausência de condições para contratar com a Administração Pública. Esse juízo estimativo deve envolver dados objetivos, fundando-se na lógica ou experiência, em avaliações científicas ou técnicas.

Conduz-se de modo inidôneo quem atua contra a ordem jurídica. Mas isso não basta. É necessário que a infração à ordem jurídica revele conduta suficientemente séria que justifique a conclusão de que o sujeito não pode mais ser contratado pela Administração, no futuro. Ou seja, o juízo estimativo envolve uma reprovação severa à conduta do sujeito tanto quanto uma forma de proteção aos interesses coletivos em futuras contratações. Inidoneidade significa inconfiabilidade.

Por outro, deve haver um elemento subjetivo, cuja avaliação se faz em face dos postulados acima expostos. Pode reconhecer-se a culpabilidade objetivada, mas não é suficiente a simples ocorrência material de um evento danoso (2013, p. 258).

Acerca do conteúdo jurídico da infração administrativa em destaque, ensina Jair Eduardo Santana:

A conduta inidônea é toda aquela que causar prejuízo à Administração Pública, como também qualquer outra que, ainda que não repercuta diretamente na execução do contrato, demonstre ofensa ao regramento estabelecido, aos licitantes (durante o procedimento), à Administração Pública e à sociedade (em qualquer fase, seja pré ou pós contratual), desrespeito ao ordenamento jurídico e aos padrões mínimos de comportamento esperados dos licitantes (2009, p. 407)” (*Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos*, ed. NDJ, SP, 2.016, p. 602/603)

Salta aos olhos, portanto, que a conduta do licitante (ou contratante) apta a ensejar a suspensão de licitar nos termos do referido dispositivo legal federal, é aquela dotada de improbidade, inidoneidade, má-fé.