



**Primeiro-Tenente (RM2-T) Sandra Cristina Chaves da Silva**  
Ajudante da Assessoria Jurídica da DOCM

*Graduada em Direito pela Universidade da Cidade (UniverCidade) e Pós-Graduada em Responsabilidade Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).*



## PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA NO PREGÃO ELETRÔNICO

### 1 - INTRODUÇÃO

A licitação pública se submete a diversas exigências legais, em regimes jurídicos diversos, que consubstanciam as suas espécies ou modalidades. No entanto, a Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93) inicialmente dispôs, em seu artigo 22, as seguintes modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

A modalidade de licitação denominada Pregão foi criada somente em 28 de julho de 2000, por meio da Medida Provisória nº 2.026-3, que foi aprovada por meio do Decreto nº 3.555 de 08 de agosto de 2000. Em 18 de julho de 2002, foi publicada a Lei nº 10.520/2002, que instituiu no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, ampliando o Pregão para todos os entes federativos. Em seguida, foi publicado o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que regulamentou o Pregão na forma Eletrônica no âmbito da União, com base no § 1º do art. 2º da supracitada Lei.

O Pregão apresenta uma série de peculiaridades em seu procedimento, que o difere das demais modalidades de licitação pública. Ressalta-se que a Lei nº 10.520/2002 abrange todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), ao passo que os Decretos regulamentares destacados têm alcance apenas na esfera federal, ou

seja, nada impede que os Estados, Distrito Federal e Municípios estabeleçam regulamentos próprios para o Pregão Eletrônico.

A Lei Geral de Licitações impõe limites rígidos de competência para aplicação das penalidades e, dentre elas, estabelece a declaração de inidoneidade, cujos efeitos podem afetar contratações perante toda a Administração Pública, sendo uma sanção severa e, por isso, sua aplicação é restrita e de competência exclusiva do Ministro de Estado,

do Secretário Estadual ou Municipal.

Logo, na Administração Pública, uma aplicação de penalidade mais gravosa, conforme previsto no estatuto das licitações, foi tratada de forma diferenciada, devendo ser aplicada por autoridades que possuam alto grau hierárquico na escala de competências administrativas.

Contudo, ressalta-se que a aplicação de penalidades na modalidade Pregão é um tema com muitas controvérsias e discussão na doutrina pátria.

No que tange à Lei nº 10.520/02, verifica-se que a aplicação das sanções administrativas é de suma importância, eis que no Pregão Eletrônico, devido à inversão de fases no processo licitatório, é possível que licitantes sem condições de efetivamente executar o objeto contratual pretendido, participem da fase de lances e preços com valores inferiores aos patamares apresentados pelas empresas que possuem capacidade técnico-operacional.



Portanto, todas as empresas interessadas em concorrer, uma vez cientes das efetivas condições do negócio e das penalidades a que podem ser submetidas, devem apresentar propostas exequíveis, de acordo com a qualidade necessária à contratação almejada pela Administração, o que acaba por desestimular as empresas descomprometidas com a qualidade ou a boa prestação do serviço, que prefeririam se apresentar para a disputa e competição sem reais condições.

Diante da impossibilidade de evitar a participação dessas empresas no certame, torna-se de suma importância a aplicação das devidas sanções administrativas, penalizando empresas aventureiras que, com intuito de tumultuar o certame, podem dar ensejo a uma contratação que reste frustrada em sua execução, uma vez que, no decorrer da prestação do serviço, essas empresas não apresentam condições de cumprir devidamente as exigências contratuais, levando a Administração a rescindir o contrato antes do término da sua vigência.

## 2 - O CONTROLE DE LEGALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO

No caso em tela, trata-se de análise das sanções previstas em instrumentos de contratações norteadas pela Lei nº 8666/93, bem como pela Lei nº 10.520/02 e pelo Decreto nº 5450/05, segundo os quais, embora a Administração goze de prerrogativas especiais, deve-se verificar se todos os elementos vinculados ao ato administrativo estão previstos em lei. E esses elementos são, basicamente, a análise da forma, do objeto, do motivo que o vincula, da finalidade para a qual o ato foi interposto e se foi emanado de autoridade competente.

O saudoso professor Diógenes Gasparini em sua obra "Direito Administrativo", traz o conceito de controle da Administração Pública para melhor ilustração desse tema, *in verbis*:

*"Todas as atividades, discricionárias ou vinculadas, da Administração Pública estão subordinadas à lei (CF, art. 37). Sendo assim, é natural que a Administração Pública não possa ir além da competência e dos limites traçados pelas normas pertinentes a cada caso ou situação que se lhe apresente. O agir da Administração Pública não se "juridiciza" na ausência da lei. Ademais, há de se conter-se na orientação e lindes traçados pela lei. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal ou que exceda o âmbito demarcado pela lei é inju-*

*rídica e expõe-se à anulação.*

*A par disso, o interesse público impõe que seja eficiente e útil o agir da Administração Pública (CF, art. 37). Assim, qualquer ente estatal ineficiente e desnecessário ou qualquer atividade inoportuna ou inconveniente ao interesse público deve ser modificada ou suprimida, ainda que legítima. Modificada, se possível de se tornar eficiente e útil (página 1024)."*

Portanto, cabe ao Administrador verificar se todos os elementos estão em conformidade com a lei, para então aplicar a penalidade, de modo a confirmar-se a legalidade, conveniência e a sua oportuna atuação. Outrossim, a decisão deve estar em consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Ressalta-se que uma decisão plenamente legal pode ser desproporcional e, por tal motivo, admite-se a análise de mérito pelo Poder Judiciário.

## 3 - A RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Ofende a razoabilidade e a proporcionalidade um ato que vai de encontro à lei e não ao mérito.

A Lei nº 9784/99, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 2º, aduz que entre outros, a razoabilidade e a proporcionalidade são princípios do processo administrativo, *in verbis*:

*"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

*Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*

- I - atuação conforme a lei e o Direito;*
- II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;*
- III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;*
- IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;*
- V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;*
- VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;*
- VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;*
- VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;*
- IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;*

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressaltadas as previstas em lei;

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação."

Portanto, mais que um padrão teórico, a razoabilidade e a proporcionalidade são princípios que norteiam as decisões sancionatórias.

Nesse sentido, citem-se os ensinamentos de Marçal Justen Filho, em sua obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 14ª edição, editora Dialética, página 883/884, *in verbis*:

*"O princípio da proporcionalidade.*

*Ainda que se insista acerca da legalidade e da ausência de discricionariedade, é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade apurados. O tema traz a lume o princípio da proporcionalidade. Aliás, a incidência do princípio da proporcionalidade no âmbito do processo administrativo federal foi objeto de explícita consagração por parte do art. 2º, parágrafo único, inc. VI, da lei nº 9.784, que exigiu "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público."*

Ainda sobre o tema, o ilustre doutrinador cita dois julgados do Superior Tribunal de Justiça, conforme trecho descrito abaixo:

*"Mandado de Segurança.*

*Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação da Penalidade mais Grave a Comportamento que não é o mais grave. Ressalvada a Aplicação da Outra Sanção pelo Poder Público.*

*Não é lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade. Não se questiona, pois a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento. (Acórdão do MS nº 7.311/DF)."*

## Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ :

*"2. Aplicação do princípio da razoabilidade. Inexistência de demonstração de prejuízo para a Administração pelo atraso na entrega do objeto contratado.*

*3. Aceitação implícita da Administração Pública ao receber parte da mercadoria com atraso, sem lançar nenhum protesto.*

*4. Contrato para fornecimento de 48.000 fogareiros, no valor de R\$ 46.080,00 com entrega prevista em 30 dias. Cumprimento integral do contrato de forma parcelada em 60 e 150 dias, com informação prévia à Administração Pública das dificuldades enfrentadas em face de problemas de mercado.*

*5. Nenhuma demonstração de insatisfação e de prejuízo por parte da Administração.*

*6. Recurso especial não-provido, conformando-se o acórdão que afastou a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com o Ministério..., pelo prazo de 6 (seis) meses. (REsp nº 914.087, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. em 4.10.2007, DJ de 29.10.2007)."*

## 4 - SANÇÃO APLICADA PELO ESTATUTO DAS LICITAÇÕES (LEI Nº 8.666/93)

O artigo 86 e seguintes da Lei nº 8.666/93 trazem em seu bojo as sanções aplicáveis à licitação pública, que são: advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública, bem como a declaração de inidoneidade para licitar 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, observando sempre o contraditório e a ampla defesa ao aplicar as sanções, seja por situações, seja por inexecução total ou parcial do contrato.

Observa-se que há uma falta de tipicidade específica, inexistindo minuciosa descrição legal do fato indicado para a imputação da respectiva sanção, permitindo assim que a aplicação da pena seja submetida a cada situação específica. Sendo assim, cada edital deve conter as descrições das situações específicas inerentes ao objeto a ser contratado. E isso é importante para que a Administração possa se valer da penalidade para o êxito da conclusão do serviço prestado/material obtido.

Ressalta-se a relevância de instrumento convocatório e contrato bem elaborado, para subsidiar da melhor forma possível de fiscalização do contrato e a devida aplicação da sanção pelo Administrador.

## 5 - SANÇÃO APLICADA PELA LEI Nº 10.520/02 (MODALIDADE PREGÃO)

Conforme disposto na Lei do Pregão, em seu artigo 7º, o licitante que, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa em relação à exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não manter 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 do SICAF (Sistema de Credenciamento Unificado de Fornecedores), sem prejuízo das multas previstas.

No entanto, a norma silenciou quanto aos demais casos, restringindo-se a estabelecer que aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade Pregão, as normas da Lei nº 8.666/93, o que traz, em alguns casos, uma dificuldade quanto à proporcionalidade da aplicação no caso concreto.

Na sistemática do Pregão, sobretudo em sua forma eletrônica, é muito importante que empresas aventureiras sejam sancionadas com as devidas penalidades, o que é uma forma de evitar que ocorra tumulto nos certames.

## 6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação de sanções administrativas, em qualquer modalidade licitatória, em razão de descumprimento das regras contratuais e licitatórias, é um poder-dever do Administrador, que exige obediência e cumprimento pelo mesmo.

Devido à instituição da modalidade Pregão, ampliou-se a relevância da aplicação das penalidades, porém controversa e um pouco confusa devido à técnica do legislador no que tange à aplicação adequada da sanção administrativa, o que dificulta a devida percepção das regras relacionadas, cabendo ao Administrador verificar se todos os elementos estão em conformidade com a lei, para então aplicar a penalidade, de modo a confirmar-se a legalidade, conveniência e a sua oportuna atuação dentro de padrões razoáveis para a justa aplicação.

Porém, há que se analisar cuidadosamente cada caso concreto para a devida aplicação ou não

de penalidades, bem como se torna inafastável que os parâmetros da ilicitude e da punição sejam pre-determinados nos editais, contratos ou termos de referência, conforme o caso.

Em se tratando de uma lei mais recente e especial, a Lei nº 10.520/02 deve prevalecer para aplicação das sanções no âmbito do Pregão Eletrônico, para que alcancemos um ambiente mais claro, eficiente e competitivo, evitando que empresas descomprometidas e aventureiras prejudiquem o interesse das empresas sérias na disputa da licitação, sendo imperioso analisar cada caso concreto ao aplicar a sanção administrativa, não sendo desproporcional em relação aos fatos, seja para proteger a competição na licitação ou mesmo para atingir suas finalidades precípuas quais sejam: proporcionar às pessoas a ela submetidas, a obtenção da proposta mais vantajosa (a que melhor atende, especialmente, em termos financeiros aos interesses da Administração), bem como dar igualdade de oportunidade aos que desejam contratar com a Administração Pública.

## 7 - REFERÊNCIAS

- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- Superior Tribunal de Justiça.
- Lei nº 8666 de 21 de junho de 1993, regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos administrativos.
- Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.
- Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999, regula o processo administrativo no âmbito da Administração.
- Decreto nº 3555 de 08 de agosto de 2000, aprova o regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.
- Decreto nº 3693 de 20 de dezembro de 2000, dá nova redação a dispositivos do regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços, aprovado pelo Decreto nº 3.555 de 08 de agosto de 2000.
- Decreto nº 3784 de 06 de abril de 2001, promove a inclusão de itens de bens de consumo e de serviços comuns na classificação a que se refere o Anexo II do Decreto nº 3.555/2000.
- Decreto nº 5450 de 31 de maio de 2005, regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.
- Marçal Justen Filho – Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª edição, Editora Dialética.
- Diógenes Gasparini – Direito Administrativo, 16ª edição, Editora Saraiva.