Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Tribunal Pleno

ACÓRDÃO - AC00 - 369/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/11293/2019
PROTOCOLO	: 2001158
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
ÓRGÃO	: AGÊNCIA ESTADUAL DE GESTÃO DE EMPREENDIMENTOS
JURISDICIONADO	: LUIS ROBERTO MARTINS DE ARAUJO
DENUNCIANTE	: META CONSTRUTORA LTDA. EPP
ADVOGADOS	: JULIO CESAR DE MORAES, OAB/MS 13.740-A, RODRIGO NASCIMENTO DA SILVA, OAB/MS 9.571 GILBERTO PICOLOTTO JUNIOR, OAB/MS 13.673 MNP ADVOGADOS ASSOCIADOS, OAB/MS 493/2011
RELATOR	: CONS. MARCIO CAMPOS MONTEIRO

EMENTA: DENÚNCIA – EFEITOS EXPANSIVOS DA SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO – PENALIDADE PREVISTA NO ARTIGO 87, III, DA LEI N.º 8.666/93 – IMPEDIMENTO RESTRITO À PARTICIPAÇÃO EM CERTAMES PROMOVIDOS PELO PRÓPRIO ENTE PENALIZADOR – MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO – PROCEDÊNCIA.

1. A sanção prevista no inciso III do art. 87, da Lei n.º 8.666/93, de suspensão temporária de participação em licitação, restringe-se à esfera da própria entidade sancionadora, não sendo permitido que seus efeitos jurídicos sejam estendidos a todos os órgãos da Administração Pública.
2. Procedência da denúncia, com os efeitos práticos de confirmar a decisão liminar e determinar que o órgão denunciado não inclua, em seus certames, cláusula impeditiva de participação em licitação, em razão de penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar, decorrente do art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, aplicada por órgão ou entidade diversa.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 1ª Sessão Reservada Virtual do Tribunal Pleno, realizada de 5 a 8 de abril de 2021, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, em julgar **procedente** a denúncia, com os efeitos práticos de confirmar a decisão liminar e determinar que o órgão denunciado não inclua, em seus certames, cláusula impeditiva de participação em licitação, em razão de penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar, decorrente do art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, aplicada por órgão ou entidade diversa; bem como, pela **intimação** do resultado do julgamento aos interessados, com base no artigo 50 da lei complementar n.º 160/2012; e **baixa do sigilo processual** imposto.

Campo Grande, 8 de abril de 2021.

Conselheiro **Marcio Campos Monteiro** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

Cuida-se de DENÚNCIA oferecida pela pessoa jurídica Meta Construtora LTDA. EPP., devidamente qualificada nos autos, em desfavor da AGÊNCIA ESTADUAL DE GESTÃO DE EMPREENDIMENTOS DE MATO GROSSO DO SUL, para o fim de reverter os efeitos expansivos de determinada declaração de suspensão temporária de participação em licitações públicas.

Depreende-se das informações iniciais extraídas da petição vestibular, que a Denunciante vem sendo impossibilitada de participar dos certames licitatórios realizados pela AGESUL, em virtude de penalidade fixada pela Fundação Universidade Federal da Grande Dourados, com base no artigo 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/93, oriunda de determinadas irregularidades em contrato celebrado com esta Entidade.

Argumenta, todavia, que a penalidade aplicada pela Autarquia federal somente lhe pode impedir de licitar e contratar junto ao próprio órgão sancionador, e não com o restante da Administração Pública.

Devidamente recebida pelo Conselheiro Presidente à peça 10, o expediente foi processado e distribuído para esta Relatoria.

Em sede de cognição sumária, entendendo estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris e o periculum in mora,* proferi Decisão Liminar para o fim de determinar que a Denunciada não impedisse a participação da empresa nos certames futuros realizados pelo Órgão, com base exclusivamente na suspensão aventada na petição inicial (DLM – 139/2019).

Regularmente intimada, a unidade jurisdicionada acostou sua resposta às peças 16 e 17, onde informou que o obstáculo ao ingresso da denunciante nas licitações do órgão deu-se pela existência de outros impedimentos, que não apenas a dita suspensão.

Ao final, sustentou que a suspensão determinada por algum ente específico tem o condão de restringir a participação da empresa penalizada em qualquer processo licitatório, promovido por qualquer outra entidade da Administração Pública, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Com o devido transcorrer regimental, os autos foram encaminhados ao Ministério Público de Contas, que emitiu seu Parecer PAR – 1ª PRC – 9462/2020, opinando pela procedência da denúncia, com a sua respectiva consequência sancionatória.

Os autos vieram-me conclusos para apreciação.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

FUNDAMENTAÇÃO

Ab initio, impende delimitar que o mérito ora enfrentado reside em matéria exclusivamente de direito, desvinculada de qualquer procedimento licitatório em concreto.

Portanto, não integra o conteúdo deste julgamento a análise casuística de cláusulas editalícias eventualmente descumpridas pela empresa denunciante, que vieram a impedir sua participação em processos realizados pela AGESUL.

Ressalta-se que, muito embora a moderna legislação que trata o direito público possibilite a fundamentação referenciada (*per relationem*), colacionarei, novamente, os fundamentos lançados em sede cautelar, primeiro, porque não afastados pela defesa apresentada, e, segundo, com o escopo de definir junto ao Colegiado de Conselheiros esta importante matéria de direito que, cada vez mais, perpassa os procedimentos da Casa.

Segundo se depreende, a autora vem sendo impossibilitada de participar dos certames licitatórios realizados pela AGESUL, em virtude de penalidade fixada pela Fundação Universidade Federal da Grande Dourados, com base no artigo 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/93, oriunda de determinadas irregularidades em contrato celebrado com esta entidade.

Inicialmente, faz-se necessário transcrever o importante artigo 87 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

> 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. *GRIFO NOSSO*

Note-se que as sanções previstas nos incisos III e IV são extremamente graves e pressupõem a prática de infrações ainda mais sérias, uma vez que limitam um importante direito do particular, que é justamente a possibilidade de participar de licitações e contratar junto ao poder público.

A existência de duas penalidades contendo consequências bastante semelhantes não é ao acaso, pelo contrário, nascem de fatos geradores diferentes e possuem, uma sobre a outra, efeitos expansivos mais e menos abrangentes, vejamos.

A hipótese prevista no inciso III – **suspensão temporária** – impede a participação da penalizada em licitações e contratos celebrados pela própria entidade sancionadora.

Por sua vez, o inciso IV – **declaração de inidoneidade** – é penalidade mais abrangente e limitativa de direitos, ao passo que impossibilita o sancionado de participar de quaisquer procedimentos realizados por todos os órgãos e entidades da Administração Pública.

As lições de Marçal Justen Filho[1] são esclarecedoras, *verbis:*

> A suspensão temporária, prevista no inc. III do art. 87 da Lei de Licitações, consiste em sanção impeditiva do direito de participar em licitação ou contratar no âmbito específico da entidade sancionadora e que se funda em conduta destituída de gravidade suficiente para impedir o sancionado de participar de licitações ou contratos perante a generalidade do Poder Público.
>
> A declaração de inidoneidade, contemplada no inc. IV do art. 87 da Lei de Licitações, consiste, em sanção proibitiva da participação em licitação ou contratação com qualquer órgão ou entidade da administração pública, cuja imposição é reservada a autoridade de mais elevada hierarquia e que se funda em infrações de gravidade suficiente a evidenciar a ausência de condições do sancionado para estabelecer relações contratuais com o setor público.

Não há dúvidas, pois, que a declaração de inidoneidade é penalidade mais rigorosa, reservada à completa ausência de condições do sancionado para estabelecer relações com o setor público.

A jurisprudência do TCU[2] é majoritária ao perfilhar a sustentada distinção de efeitos entre uma penalidade e outra, conforme aresto proferido pelo Plenário da Corte, em 13 de fevereiro de 2019:

> Conhecer da Representação, por adimplir os requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU, e no art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;
>
> [...]
>
> 9.3. dar ciência à Defensoria Pública da União, com fundamento no art. 7º da Resolução-TCU 265/2014, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrências semelhantes acerca da inabilitação, no Pregão Eletrônico 83/2018, da licitante [representante], em desconformidade com a

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
[2] Acórdão 266/2019 – Plenário – Rel. Min. Aroldo Cedraz.

> legislação em vigor e o entendimento deste Tribunal (Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012, 2.242/2013, 3.645/2013, 504/2015 e 1.764/2017) , **no sentido de que a suspensão do direito de licitar prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade contratante que aplicou a penalidade.** GRIFEI E NEGRITEI

Conforme muito bem pontuado pela resposta da AGESUL, e pelo próprio Ministério Público de Contas em seu parecer, a jurisprudência do TCU, acima transcrita, é desafiada por precedentes do Superior Tribunal de Justiça[3], no sentido de que o alcance da suspensão temporária de participação em licitação atinge a Administração Pública em todas as suas esferas e órgãos.

Em que pese o entendimento do STJ, e partindo, sobretudo, de uma interpretação jurisprudencial técnica a reger o tema, compactua-se com o entendimento de que a suspensão do direito de licitar prevista no inciso III do artigo 87 da Lei n.º 8.666/93, produz efeito tão somente em relação ao órgão que aplicou a penalidade.

Nesse sentido, inclusive, tem repousado o entendimento desta Corte e de Tribunais Fiscais Pátrios, tal como se observa dos arrestos colacionados:

> EMENTA: DENÚNCIA –PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM SERVIÇOS DE PREPARO E FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO –SUPOSTAS IRREGULARIDADES DO EDITAL –FALTA DE PREVISÃO QUANTO EMPRESAS IMPEDIDAS DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃOPARTICIPEM DA LICITAÇÃO–IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃOEXTRAJUDICIAL – AUSÊNCIA DE GARANTIA CONTRATUAL –IRREGULAR DELIMITAÇÃO DO REAJUSTE DE PREÇO –IRREGULAR DOCUMENTAÇÃO EXIGIDA NA FASE DE PROPOSTA DE PREÇO –ALVARÁ DE LICENÇA SANITÁRIA – ATESTADO DE VISTORIA TÉCNICA –AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE – ARQUIVAMENTO.
>
> O edital e as regras da Lei de Licitações impossibilitam a participação de empresa impedida de contratar com o poder público na licitação, bem como, **essa penalidade gera efeito apenas na entidade que aplicou a sanção** e a qual cabe, também, verificar se alguma participante está impedida de participar por ter sofrido a punição.[4]
>
> (...)
>
> 2.1.2- QUE NÃO TENHAM SIDO DECLARADAS SUSPENSAS OU CONSIDERADAS INIDONEAS, POR ORGÃO, ENTIDADE OU SOCIEDADE INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PUBLICA, DIRETA E INDIRETA, FEDERAL, ESTADUAL OU MUNICIPAL. CONSOANTE A INICIAL, O

[3] STJ, MS/19.657/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 23/08/2013; STJ, MS/24.553/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe 15/05/2020.
[4] TCE/MS, Deliberação AC00 – 2356/2018. TC/23071/2017. Relator: Conselheiro Iran Coelho das Neves.

> DISPOSITIVO, EM FACE DE SUA ABRANGENCIA, RESTRINGE O CARATER COMPETITIVO DO CERTAME AO NIVELAR OS EFEITOS DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS DIFERENÇADAS PELA PROPRIA LEIDE REGENCIA, TAIS, DE UM LADO, A **SUSPENSÃO TEMPORARIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO** E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO, POR PRAZO NÃO SUPERIOR A 2 (DOIS) ANOS, E, DE OUTRO LADO, A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR OU CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PUBLICA. E QUE A PRIMEIRA **OPERA EXCLUSIVAMENTE NA ESFERA DA ADMINISTRAÇÃO QUE A HAJA IMPOSTO**, ENQUANTO QUE A SEGUNDA ESTENDE SEUS EFEITOS A QUALQUER ADMINISTRAÇÃO. DESSA FORMA, "A PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DA LICITAÇÃO A EVENTUAIS LICITANTES INTERESSADOS QUE SE ENCONTREM NAS CONDIÇÕES DESCRITAS NO ITEM 2.1.2 DO EDITAL, DEVE SER REFUTADA, POSTO QUE ESTA LIMITAÇÃO DEVE ESTAR ADSTRITA AO ORGÃO QUE EMANOU A SANÇÃO[5].

Como forma de solidificar sua jurisprudência, a Corte Paulista sumulou a matéria por meio do enunciado n.º 51, *verbis*:

> A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (artigo 87, IV da Lei nº 8.666/93) tem seus efeitos jurídicos estendidos a todos os órgãos da Administração Pública, ao passo que, nos casos de impedimento e suspensão de licitar e contratar (artigo 87, III da Lei nº 8.666/93 e artigo 7º da Lei nº 10.520/02), a medida repressiva se restringe à esfera de governo do órgão sancionador.

Ademais, é salutar fundamentar que os citados precedentes do STJ, não contêm carga vinculante aos demais órgãos da administração pública, não havendo, então, qualquer óbice à adoção de uma postura diversa, e que, aos olhos desta Corte Fiscal, melhor se adequa ao julgamento técnico por ela prolatado.

Dessa forma, assiste razão ao apelo relatado na presente denúncia.

Como a suspensão de participar de licitações fora aplicada pela Fundação Universidade Federal da Grande Dourados, não pode a AGESUL impedir a participação da empresa nos processos por ela celebrados.

Deve-se salientar, nos termos da defesa apresentada, que a incorreta interpretação da matéria, por parte do Órgão Estadual, não gerou prejuízos concretos à empresa denunciante, isso porque a sua participação nos certames deu-se em virtude, também, do não preenchimento de outros requisitos previstos nos editais publicados pela AGESUL.

Portanto, diante da controvérsia narrada, não há qualquer penalidade a ser imposta à denunciada, cabendo, no entanto, determinar que não inclua, em seus certames, cláusula impeditiva de participação em licitação, em razão de penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar, decorrente do art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, aplicada por órgão ou entidade diversa.

---

[5] TC/SP/42481/026/2008, Rel. Conselheiro Claudio Ferraz de Alvarenga, 27/11/2008.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, a teor do que dispõem os artigos 129, inciso I, alíneas 'a' e 'b', 130 ambos do RITCE/MS, acompanhando parcialmente o parecer do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de:

I) **JULGAR PROCEDENTE A DENÚNCIA**, com os efeitos práticos de CONFIRMAR A DECISÃO LIMINAR e determinar que o órgão denunciado não inclua, em seus certames, cláusula impeditiva de participação em licitação, em razão de penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar, decorrente do art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, aplicada por órgão ou entidade diversa;

II) pela **INTIMAÇÃO** do resultado do julgamento aos interessados, com base no artigo 50 da Lei Complementar n.º 160/2012;

III) pela **BAIXA** do sigilo processual imposto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, em julgar procedente a denúncia, com os efeitos práticos de confirmar a decisão liminar e determinar que o órgão denunciado não inclua, em seus certames, cláusula impeditiva de participação em licitação em razão de penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar; bem como, pela intimação do resultado do julgamento aos interessados, com base no artigo 50 da lei complementar n.º 160/2012;e baixa do sigilo processual imposto.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Waldir Neves Barbosa, Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos e Flávio Kayatt.

Presente, o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas José Aêdo Camilo.

Campo Grande, 8 de abril de 2021.

Conselheiro **MARCIO CAMPOS MONTEIRO**
Relator

DSSM