DECISÃO LIMINAR DLM - G.MCM - 139/2019

PROCESSO TC/MS	: TC/11293/2019
PROTOCOLO	: 2001158
ÓRGÃO	: AGÊNCIA ESTADUAL DE GESTÃO DE EMPREENDIMENTOS
INTERESSADO	: LUIS ROBERTO MARTINS DE ARAÚJO
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
RELATOR	: CONS. MARCIO MONTEIRO

Cuida-se de **DENÚNCIA, com pedido de medida cautelar,** 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.

Autuado o procedimento, a Presidência determinou emenda à inicial, oportunidade em que o denunciante acostou os documentos de peça 6.

A Denúncia foi devidamente recebida pelo Conselheiro Presidente, conforme Despacho de peça 10, que verificou o preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos nas normas regimentais.

Alega a Denunciante que 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.

Em razão dos fatos aqui noticiados, requer seja determinada, em caráter de urgência, a imediata comunicação à AGESUL de que a penalidade em análise não tem o condão de lhe impedir de participar das licitações celebradas pelo Órgão Estadual.

É O RELATÓRIO. PASSO À FUNDAMENTAÇÃO.

Os argumentos fáticos e legais expendidos na petição vestibular possuem verossimilhança suficiente para autorizar a emissão de decisão, em caráter liminar, para o fim de determinar o efetivo efeito expansivo da penalidade aplicada à Denunciante.

Segundo se depreende, a Empresa 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, oriundas 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 também mais graves, tendo em vista o caráter limitativo de um importante direito do particular, que é justamente a possibilidade de participar de licitações e contratar junto aos órgãos públicos.

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

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

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 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*

Assim, partindo da melhor interpretação jurisprudencial a reger o tema, compactuo 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 comente em relação ao órgão que aplicou a penalidade.

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

[2] Acórdão 266/2019 – Plenário – Rel. Min. Aroldo Cedraz.

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.

Por fim, quanto aos processos de Tomada de Preços listados pela denunciante, e devidamente realizados pela Administração em setembro de 2019, entendo que não há razões, ao menos em juízo cautelar, para suspendê-los, ou ainda, determinar suas respectivas reaberturas para inclusão de novo licitante.

Portanto, são plausíveis as considerações tecidas pela denunciante, para o fim de que a empresa, em virtude exclusivamente do fato apurado neste processo, não seja impedida de participar dos *futuros certames* realizados pela AGESUL.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, avaliada a natureza da medida solicitada, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, **CONCEDO LIMINARMENTE A MEDIDA CAUTELAR**, nos termos dos artigos 56, 57, inciso III, da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012 c/c o art. 128, inciso I, do RITCE/MS e **DETERMINO ao Diretor-Presidente da AGESUL, Sr. Luis Roberto Martins de Araújo, para que:**

> **1)** se **ABSTENHA de impedir a participação da empresa Meta Construtora LTDA. EPP., dos certames futuros realizados pelo Órgão, com base exclusivamente na suspensão aplicada pela Fundação Universidade Federal da Grande Dourados,** até ulterior manifestação desta Corte Fiscal;

Dada a urgência da medida cautelar, intime-se a Autoridade Responsável para comprovar o cumprimento imediato da determinação acima, no prazo de 05 (cinco) dias úteis.

No mesmo prazo, manifeste-se a Autoridade sobre o conteúdo da matéria ventilada no *decisum*, e tudo o mais que entender pertinente para uma ampla averiguação do feito, nos termos do art. 149, §2º, do RITCE/MS.

Após, retornem os autos conclusos.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 09 de dezembro de 2019.

Cons. MARCIO MONTEIRO
RELATOR

Mat