DECISÃO LIMINAR DLM - G.MCM - 111/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/10731/2022
PROTOCOLO	: 2188787
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE CAARAPÓ
INTERESSADOS	: ANDRÉ LUIZ NEZZI DE CARVALHO (PREFEITO) ALINE COLETI DE FARIA (PRESIDENTE DA CPL)
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
RELATOR	: CONS. MARCIO MONTEIRO

Vistos, etc.

Cuida-se de **DENÚNCIA, com pedido de medida cautelar,** oferecida pela pessoa jurídica AOG Construtora Ltda Epp, devidamente qualificada nos autos, em desfavor da Prefeitura Municipal de Caarapó, para o fim de reverter os efeitos expansivos de determinada declaração de suspensão temporária de participação em licitações públicas.

A Denúncia foi devidamente recebida pelo Conselheiro Presidente, conforme Despacho de peça 14, que verificou o preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos nas normas regimentais.

Em suas razões, alega a Denunciante que foi inabilitada do certame licitatório realizado pela Prefeitura de Caarapó, Tomada de Preços n° 07/2022, em virtude de penalidade fixada pela Prefeitura Municipal de 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 Prefeitura de Dourados somente lhe pode impedir de licitar e contratar junto ao próprio órgão sancionador, e não com o restante da Administração Pública. E mesmo com a apresentação de recurso administrativo, não teve seu recurso acatado.

Em razão dos fatos aqui noticiados, requer seja determinada, em caráter de urgência, a imediata comunicação à Prefeitura de Caarapó que a penalidade em

análise não tem o condão de lhe impedir de participar das licitações celebradas pela Prefeitura de Caarapó.

É o relatório.

Ao Tribunal de Contas foi conferido o poder de garantir a eficácia de sua atuação, possibilitando a concessão de liminar através de medida cautelar, nos termos do art. 56 da Lei Complementar n° 160/2012 e art. 148 do RITC/MS.

Para a concessão de medida liminar, faz-se necessária a concorrência de dois pressupostos apresentados como a relevância do fundamento, ou *fumus boni iuris,* e a possibilidade de ineficácia da medida, consubstanciado no brocado *periculum in mora.*

No presente caso, 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 foi inabilitada da Tomada de Preços n° 07/2022, realizado pela Prefeitura de Caarapó, em virtude de penalidade fixada pela Prefeitura Municipal de 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. Ademais, no julgamento do recurso administrativo interposto pela Denunciante, a assessoria jurídica do Município constatou a existência de outra sanção junto ao Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, também com fundamento no artigo 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/93.

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 relevantes, 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.

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

> 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 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

No âmbito do TCE/MS, aliás, exatamente nesse sentido, prolatei liminar (DLM - G.MCM - 139/2019, TC/11293/2019), com confirmação posterior de mérito (ACÓRDÃO - AC00 - 369/202), compactuando o entendimento de restrição dos efeitos da suspensão temporária de participação de licitação à esfera da própria entidade sancionadora.

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

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.

(TC/11293/2019 – Acórdão nº AC00 - 369/2021, publicado no DOE/TCE/MS nº 2803 de 26/04/2021, Rel. Márcio Monteiro)

De tal modo, as suspensões de participação de licitações aplicadas pela Prefeitura Municipal de Dourados e pelo Governo do Estado de Mato Grosso do Sul restringem-se a estes órgãos, não podendo a Prefeitura Municipal de Caarapó impedir a participação e inabilitar a empresa Denunciante nos processos por ela celebrados.

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 inabilitada no procedimento licitatório – Tomada de Preços n° 07/2022, realizado pela Prefeitura Municipal de Caarapó.

Ademais, considerando os indícios apontados pela denunciante, com a sua inabilitação no certame, indicam afronta aos dispositivos constantes da Lei de Licitações e Contratos e também da Constituição Federal, os quais podem macular de nulidade a licitação questionada e, ainda, ameaçar a competitividade e isonomia do certame, configura o *periculum in mora* apto à concessão da medida liminar.

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 Prefeito Municipal de Caarapó, Sr. André Luiz Nezzi de Carvalho, e à Presidente da Comissão de Licitação, Sra. Aline Coleti de Faria, para que:**

I – Se **ABSTENHAM de inabilitar a empresa AOG Construtora Ltda Epp, do certame – Tomada de Preços n° 07/2022, com base exclusivamente na suspensão aplicada pela Prefeitura Municipal de Dourados e pelo Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, com base no art. 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/93,** até ulterior manifestação desta Corte Fiscal;

II – Dada a urgência da medida cautelar, intimem-se as Autoridades Responsáveis para comprovar o cumprimento imediato da determinação acima, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, sob pena de multa correspondente ao valor de 500 (quinhentas) UFERMS, nos termos do art. 57, inciso III, da Lei Complementar n.º 160/2012.

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, 21 de julho de 2022.

CONS. MARCIO MONTEIRO

RELATOR

ELL