

Vistos, RELATÓRIO

1) Em 08/08/2017, APN ENGENHARIA LTDA impetrou MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido liminar (Seq. 1.1 - NU 0007705-39.2017.8.16.0129), contra ato praticado pelo Senhor PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS MUNICIPAIS REFERENTES A OBRAS E SERVIÇOS DE PARANAGUÁ - CEFECAM/PARANAGUÁ sustentando que: a) atua no ramo de construção civil, realizando obras públicas no litoral do Estado do Paraná; b) em relação à Licitação nº 009/2012, referente à "UNIDADE DE PRONTO ATENDIMENTO - UPA", a obra foi entregue e regularmente aprovada pelo MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ, contudo, mais de 02 (dois) anos após a conclusão do serviço, o MUNICÍPIO alegou a existência de problemas, os quais se prontificou a solucionar; c) na Licitação nº 002/2011, denominada "Mega Rocio", não foi possível concluir a obra por entraves no projeto e por atrasos de pagamento das medições pelo MUNICÍPIO, o que culminou no ajuizamento de ação judicial, visando a rescisão contratual (NU 0006533-62.2017.8.16.0129); d) instaurou-se o Processo Administrativo nº 3225/2016, a fim de verificar o ocorrido nas obras da "UPA" e do "Mega Rocio", sendo que em relação à "UPA" não houve ainda exercício do direito de defesa; e) em referido Processo Administrativo, proferiu-se, em 31/07/2017, decisão cautelar proibindo que celebrasse contratos com o MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ; f) a aplicação de penalidade tão grave se mostra irrazoável, pois impede sua participação em certames futuros, além de impedir que continue participando da Tomada de Preços nº 04/2017 e das Concorrências nºs 01/2017 e 03/2017; g) o ato é ilegal e abusivo e, sendo mantido, causará enormes prejuízos financeiros à Empresa; h) não há provas das alegadas irregularidades, sendo que existe, inclusive, pedido de produção de prova pericial na ação judicial referente ao "Mega Rocio" (NU 0006533-62.2017.8.16.0129). Pugnou a concessão de liminar, a fim de suspender a decisão cautelar de proibição de contratar com o MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ. Requereu, ao final, a concessão da segurança e, conseqüente, revogação da decisão administrativa.

2) O MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ e o PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS MUNICIPAIS REFERENTES A OBRAS E SERVIÇOS DE PARANAGUÁ - CEFECAM/PARANAGUÁ apresentaram informações (Seq.

18.1), alegando que: a) preliminarmente, considerando que há necessidade de dilação probatória, a via do MANDADO DE SEGURANÇA se mostra inadequada; b) o Processo Administrativo nº 3225/2016 foi, inicialmente, instaurado em 21/01/2016 devido ao pedido de reajuste do preço contratual feito pela Impetrante; c) a decisão cautelar que proibiu a Impetrante de contratar com o MUNICÍPIO foi devidamente fundamentada, sendo proferida após a apresentação de defesa pela Empresa e respeitando o poder de cautela da Administração Pública; d) as sanções previstas no artigo 87, da Lei nº 8.666/93 são prerrogativas da Administração Pública e, no caso, foram adequadamente aplicadas, face o desleixo da Impetrante, que não cumpriu com os termos dos Contratos celebrados; e) os Contratos, conjuntamente, somam mais de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), o que pode ocasionar sérios prejuízos à Administração Pública; f) mesmo que não houvesse contraditório e ampla defesa, o artigo 45, da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo da Administração Pública Federal, permite a adoção de "providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado"; g) a decisão administrativa cautelar também encontra respaldo em interpretação teleológica do artigo 78, § 11, da Lei Federal nº 9.433/2005, que autoriza a exclusão de licitante que tenha revelado sua inidoneidade ou falta de capacidade técnica ou financeira; h) a decisão proferida no Processo Administrativo visa resguardar o interesse público, que deve prevalecer sobre o privado; i) os atos administrativos gozam de presunção de legalidade e legitimidade.

3) A decisão de Seq. 19.1, por entender que "a proibição de contratar com a administração pública, com fundamento em risco hipotético de descumprimento contratual, em eventuais licitações nas quais a impetrante venha a se sagrar vencedora, é medida que fere a proporcionalidade e a razoabilidade da atuação da Administração Pública" (Seq. 19.1 - f. 3) e que a sanção, na forma como proferida, sequer poderia ser aplicada em decisão definitiva, concedeu a liminar, a fim de "suspender o ato administrativo proferido em 31.07.2017 pelo Sr. Edmil Rodrigues dos Santos, nos autos do procedimento administrativo 3.225/2016" (Seq. 19.1 - f. 4).

4) O MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ requereu Suspensão de Liminar (autos nº 1723448-3), que foi indeferida, pelo Eminentíssimo Presidente deste Tribunal de Justiça (Seq. 35.1).

5) Contra a decisão de Seq. 19.1, o MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ interpôs o presente Agravo de Instrumento (fls. 04/45), sustentando que: a) há litispendência entre o MANDADO DE SEGURANÇA (NU 0007705-39.2017.8.16.0129) e a AÇÃO ORDINÁRIA (NU 0006533-62.2017.8.16.0129), já que na primeira ação se busca paralisar o Processo Administrativo nº 3225/2016, enquanto na segunda combate-se ato proferido no mesmo Processo Administrativo, de forma que o "mandamus" deve ser extinto sem resolução do mérito; b) a decisão agravada, fundamentada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é nula, pois não obedeceu ao princípio da adstrição, que impõe ao juiz observar os argumentos das partes; c) as sanções administrativas do artigo 87, da Lei nº 8.666/93 são prerrogativas do Poder Público, que podem ser aplicadas quando houver descumprimento contratual, o que ocorreu no presente caso; d) no Processo Administrativo houve respeito ao devido processo legal e ao contraditório, uma vez que a Impetrante-Agravada foi intimada e apresentou defesa; e) os Contratos das Licitações ultrapassam R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), de forma que a má execução das obras justifica a aplicação da penalidade; f) o poder geral de cautela da Administração Pública permite que se promova a suspensão temporária da execução do Contrato para evitar maiores danos ao erário; g) existem disposições legais esparsas que permitem a adoção de medidas cautelares de urgência, como o artigo 45, da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo da Administração Pública Federal, o artigo 276, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União e, ainda,

o artigo 181, da Lei nº 46/2006, que disciplina o Regime Jurídico dos Servidores Públicos de Paranaguá; h) o STF reconhece que a tutela cautelar não se limita às causas previstas em lei, permitindo, inclusive, que o Tribunal de Contas da União suspenda licitações cautelarmente; i) deve prevalecer o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, não se mostrando razoável aguardar o fim do Processo Administrativo; j) a Impetrante-Agravada visa ainda três contratações com o MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ (Tomada de Preços nº 004/2017, Concorrência Pública nº 001/2017 e Concorrência Pública nº 003/2017), contudo, já demonstrou não estar apta a conduzir obras públicas; k) os atos administrativos possuem presunção de legalidade e legitimidade, não cabendo ao Poder Judiciário sindicá-los. Requereu a concessão do efeito suspensivo e, ao fim, a reforma da decisão.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

a) Da litispendência:

O MUNICÍPIO-Agravante argumenta que há litispendência entre a AÇÃO ORDINÁRIA (NU 0006533- 62.2017.8.16.0129) e o MANDADO DE SEGURANÇA (NU 0007705-39.2017.8.16.0129), por versarem sobre o mesmo Processo Administrativo nº 3255/2016.

Sem razão.

Verifica-se que APN ENGENHARIA LTDA ajuizou a AÇÃO ORDINÁRIA NU 0006533- 62.2017.8.16.0129, visando "Declarar RESCINDIDO O CONTRATO Nº 050/2011", "Declarar NULO o ato administrativo de instauração do procedimento disciplinar disciplinado pelo Decreto Municipal nº 173/2017" e "Condenar a requerida no pagamento da 12ª Medição, do saldo a liquidar do Aditivo nº 03, no valor de R\$ 133.792,23 (cento e trinta e três mil, setecentos e noventa e dois reais e vinte e três centavos), bem como pelos serviços finalizados e pelo custo da desmobilização" (f. 184).

Por outro lado, no MANDADO DE SEGURANÇA (NU 0007705-39.2017.8.16.0129), APN ENGENHARIA LTDA visa a revogação da decisão cautelar, proferida no Processo Administrativo nº 3255/2016, que a proibiu de contratar com o MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ.

Contudo, para que se configure a litispendência, exige-se a identidade de partes, causa de pedir e pedido, em duas ou mais ações em curso, conforme se extrai dos §§ 1º, 2º, e 3º, do artigo 377, do Código de Processo Civil de 2015:

"§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso." No caso, conforme acima elucidado, a AÇÃO ORDINÁRIA foi ajuizada em face do MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ, buscando, em suma, a rescisão do Contrato Administrativo e o respectivo pagamento dos valores alegadamente devidos. Por outro lado, no MANDADO DE SEGURANÇA, impetrado contra ato do PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS MUNICIPAIS REFERENTES A OBRAS E SERVIÇOS DE PARANAGUÁ - CEFECAM/PARANAGUÁ, visa-se a declaração de nulidade da decisão administrativa cautelar que proibiu que a Empresa contratasse com o MUNICÍPIO.

Dessa forma, não se verifica identidade de partes, causa de pedir ou pedido, de forma que não há que se falar em litispendência.

b) Da proibição de contratar com o MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ:

No mérito, reside a controvérsia na legalidade da decisão proferida no Processo Administrativo nº 3255/2016, que assim dispôs: "Face ao exposto, resta evidente a presença do fumus boni iuris diante dos fatos trazidos ao conhecimento desta comissão, os quais demonstram possíveis práticas lesivas ao erário de forma reiterada pela empresa A.P.N engenharia Ltda., bem como encontra-se presente o periculum in mora, visto que caso esta empresa se consagra vencedora do certame licitatório sua contratação pelo município poderá causar novos danos ao erário, devido as possíveis condutas temerárias que poderá ter ao executar novos contratos (atraso na execução das obras, inexecuções contratuais, abandono de obra). Diante da presença dos elementos caracterizadores para a concessão da medida cautelar (fumus boni iuris e periculum in mora) DECIDO PELA SUSPENSÃO CAUTELAR da empresa APN Engenharia Ltda em participar de licitações desta prefeitura, até decisão final deste processo" (Seq. 1.10)

Para fundamentar referida decisão, o PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS MUNICIPAIS REFERENTES A OBRAS E SERVIÇOS DE PARANAGUÁ - CEFECAM/PARANAGUÁ alegou que "após uma inspeção in loco desta Comissão nas instalações da UPA, verificou-se a situação de precariedade do empreendimento e as consequências danosas que isto traz à população que lá é atendida" (Seq. 1.10) e que "ante a possibilidade da empresa sagrar-se vencedora das licitações que participa, há um risco eminente desta prefeitura em contratar com uma empresa que, em tese, pode trazer novos problemas e lesão ao erário, sem antes ter findado os aludidos processos" (Seq. 1.10).

Inicialmente, ao contrário do que pretende o Agravante, não há que se falar em violação ao princípio da adstrição, já que a decisão agravada abordou especificamente os argumentos das partes, levando em conta as peculiaridades da demanda.

Da mesma forma, sem razão o Agravante ao sustentar que a punição da Impetrada-Agravada encontra fundamento no artigo 276, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União ("Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art.

45 da Lei nº 8.443, de 1992") e no artigo 181, da Lei Complementar nº 46/2006 de Paranaguá (Regime Jurídico do Servidor

Público) ("Art. 181. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do inquérito, sempre que julgar necessário, poderá ordenar o seu afastamento do cargo, pelo prazo de até 30 (trinta) dias, sem prejuízo da remuneração").

Isso porque, o primeiro artigo regula a aplicação de sanções pelo TCU, enquanto o segundo se destina a regular medidas ligadas ao afastamento preventivo de servidor público do MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ. Ou seja, nenhum dos dispositivos legais mencionados se relacionam ao Processo Administrativo instaurado no âmbito municipal para averiguar irregularidades no cumprimento de objeto de Licitação.

Assim, utilizá-los para fundamentar uma sanção cautelar configuraria interpretação "in malam partem" e violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Por outro lado, na cognição possível do momento, os demais argumentos do MUNICÍPIO- Agravante devem ser acolhidos e, conseqüentemente, reformada a decisão agravada.

O inciso III, do artigo 87, da Lei nº 8.666/93, estabelece:

"Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...) III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;" (destaquei);

Portanto, evidente que a proibição de contratar é medida que pode ser aplicada em Processo Administrativo que tenha por objeto o descumprimento do Contrato firmado com a Municipalidade.

Sob outro aspecto, também se observa a permissão legal para adoção de medidas cautelares, contida no artigo 45, da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

"Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acatadoras sem a prévia manifestação do interessado".

Nada disso bastasse, temos a considerar o artigo 15, do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual: "Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente".

Portanto, seja pela possibilidade de, ao final do Processo Administrativo, ser aplicada a penalidade de proibição de contratar com o MUNICÍPIO, seja pela permissão de adoção de medidas cautelares, a fim de assegurar o interesse público, não se verificam ilegalidades na decisão administrativa cautelar que proibiu a Agravada de contratar com o MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ.

De pronto, necessário esclarecer que, conforme se extrai de fls. 2028/2029, a Empresa- Agravada teve ciência da instauração do Processo Administrativo nº 3225/2016, inclusive, manifestando-se para requerer a habilitação de seus advogados e o fornecimento de cópia integral dos autos. Além disso, teve oportunidade de apresentar resposta aos questionamentos feitos no Laudo de Vistoria nº 001/2017 (fls. 2034/2053). Tal informação é corroborada pelo Despacho de f. 2077, donde se verifica que após a apresentação de defesa pela Empresa, ora Agravada, intimou-se as partes para que especificassem as provas que pretendiam produzir.

Isso dito, não há que se falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, considerando que se respeitou plenamente o exercício de defesa das partes.

Noutro aspecto, conforme anteriormente elucidado, a decisão de proibição de contratar foi proferida de forma cautelar, o que, por si só, pressupõe a sua natureza antecedente à decisão final administrativa. Assim, não prospera o argumento de que seria necessário o exaurimento do Processo Administrativo, sob pena de infringência ao direito de defesa.

Dos autos do Processo Administrativo, verifica-se que, por meio da Portaria nº 98, o Prefeito do MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ, designou servidores municipais para "compor a Comissão para a realização de um diagnóstico da situação atual da Obra Mega Rocio" (f. 2084), que foi então realizado por engenheiro civil (LUIZ SORIO FILHO), oportunidade em que se constatou:

"1) A obra se encontra paralisada; 2) Foi observado a ausência de alguns elementos importantes da estrutura, tais como: ? Mãos-francesas nas terças; ? Correntes rígidas (agulhas); ? Tirantes de travamento das terças; ? Elementos de travamento das terças nos apoios; 3) Deformação horizontais bastante acentuadas nas terças; 4) Pintura incompleta ou inexistente; 5) Sinais de corrosão, em especial em pontos de soldagem; 6) Contraventos e travamentos deformados e inoperantes" (f. 2085).

Da mesma forma, após a Inspeção nº 01/2017, realizada na obra "UPA", emitiu-se Relatório Técnico (fls. 2106/2118), onde se constatou diversos problemas nos serviços prestados pela Agravada, dentre os quais, vale transcrever:

"Foram encontradas várias trincas, a ser descritas e elencadas abaixo: Trinca 1 -Localizada no pavimento inferior, térreo, no ambiente denominado "Sala de Urgência" encontrada uma trinca de grande extensão (...).

(...) Trinca 2 -Localizada também na sala de urgência.

(...) Trinca 3 - Localizada na sala de urgência, predominantemente horizontal.

(...) Trinca 4 - Localizada entre a escada e a sala de administração.

(...) Trinca 5 - Localizada nos dormitórios de descanso médico no pavimento superior.

(...) Trinca 6 - Localizada entre o arquivo e a administração.

(...) Trinca 7 - Trincas externas de origem de tração térmica causada por retração em revestimento.

(...) Observamos que as instalações de esgotos da unidade existem vários pontos onde não há conexão com a rede externa.

(...) Banheiros PNE Masculino e Feminino (público) estão inutilizados devido retorno de efluentes do lavatório e vasos pelos ralos; Existem "caixas de gorduras" instaladas nos pontos de jardins, mas não há cozinha na unidade (...).

Ar-condicionado com drenos solto gotejando na calçada.

(...) Não foi executada a colocação de rufos na edificação o que possibilita a infiltração de água de chuvas na alvenaria (...).

Verificamos que grande parte do piso externo da unidade, tanto o pavimentado quanto o de grama está acima do piso interno, o que contribui em muito para a infiltração nas paredes internas (...).

(...) Instalar as barras de apoio conforme padrão NBR 9.050 nos respectivos ambientes, incluindo vaso/chuveiro e lavatório conforme indicação em projeto, pois verificamos que não estão de acordo com a referida Norma Brasileira.

(...) Revisar a fixação de todas as bancadas de pias de inox incluindo a substituição das bancadas que possuem cubas em desacordo com as dimensões do projeto arquitetônico (...).

(...) Foi constatado que existem vários pontos onde foram "puxadas" novas tomadas, pois não havia sido previsto a utilização da mesma, pois o projeto elétrico foi feito pela própria empresa contratada para a execução da obra (...).

(...) Foi constatado que existem vários pontos onde foram "puxados" para novas tomadas, pois não havia sido previsto a utilização da mesma, pois o projeto elétrico foi feito pela própria empresa contratada para a execução da obra (...).

(...) Não foram identificados a instalação em nenhum ambiente indicados, a localização dos exaustores de ventilação forçada;

(...) Verificamos também que no projeto arquitetônico existe a previsão de colocação de "batamacas" que não estão instalados em nenhum ambiente na unidade." (fls. 2106/2117)

Por fim, o Relatório Técnico concluiu que "A obra possui vícios construtivos que foram identificados dentro do prazo de garantia da obra, descritos no presente relatório e que deverão ser sanados pela empresa construtora sem quaisquer ônus ao Município conforme determina o Art. 618 da Lei nº 10.406/2002 do Código Civil" (f. 2118).

Dessa forma, a obra já realizada ("UPA") apresenta inúmeros problemas estruturais, pluviais, de instalação, de acessibilidade e elétricos, que, indubitavelmente, demonstram a falta de capacidade técnica da Agravada na prestação dos serviços.

Igualmente, verificou-se problemas estruturais na obra "Mega Rocio", que hoje, inclusive, encontra-se paralisada.

Diante do histórico recente da Empresa- Agravada, evidenciado na prestação dos serviços das obras supracitadas, percebe-se que a mera possibilidade de lhe ser adjudicado o objeto das Licitações em trâmite, para a construção de obras no MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ, apresenta sérios riscos ao erário público. Uma empresa especializada nesse tipo de obra, que supostamente possui experiência no ramo, não pode, de forma alguma, entregar obras com defeitos que beiram ao ridículo. Mencione-se nesse caso de esgotos sem conexão com a rede externa ou de existirem caixas de gordura, quando sequer há cozinha na unidade.

Assim, mostra-se perfeitamente razoável e proporcional a sanção cautelar de proibição de contratar com o MUNICÍPIO, pois caso não lhe seja imposto tal óbice, existe grande possibilidade de que futuras obras venham a ser também defeituosas, prejudicando ainda mais a população.

Nesse sentido, é importante esclarecer, por inteiro, os motivos de tantos defeitos nas obras realizadas pela Agravada, antes que a ela se confie a execução de outras obras públicas.

Em suma, a aplicação da proibição de contratar com o MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ, apresenta-se como medida adequada ao caso concreto, especialmente tendo em vista que ambas as obras tratadas no Processo Administrativo nº 3255/2016 ("UPA" e "Mega Rocio") apresentam inúmeras irregularidades, a princípio de responsabilidade da Agravada, que prejudicam, a fundo, a coletividade.

Ressalta-se, entretanto, que, tratando-se de decisão cautelar, esta poderá ser revista ao final do Processo.

ANTE O EXPOSTO, suspendo os efeitos da decisão agravada, a fim de que permaneça a decisão administrativa cautelar, como proferida.

Intime-se a Agravada para, querendo, apresentar resposta, na forma do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

Não é caso de intimar o Ministério Público ("A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público" - Parágrafo único, do artigo 178, do Código de Processo Civil de 2015).

Autorizo a Chefia da Primeira Divisão Cível a assinar o respectivo ofício.

Publique-se. Intimem-se.

CURITIBA, 14 de setembro de 2017.

Desembargador LEONEL CUNHA Relator