

PROCESSO N.º: 969561

NATUREZA: Denúncia

DENUNCIANTE: Cooperativa de Transporte Escolar e de Pessoas dos Vales do Rio Doce e do Aço

DENUNCIADA: Prefeitura Municipal de Governador Valadares

À Secretaria da Primeira Câmara,

Tratam os autos de Denúncia, **com pedido liminar de suspensão do certame**, formulada por Cooperativa de Transporte Escolar e de Pessoas dos Vales do Rio Doce e do Aço na qual noticia possíveis irregularidades no edital do Pregão Presencial n.º 181/2015, Processo n.º 539/2015, lançado pela Prefeitura Municipal de Governador Valadares com vistas à contratação de serviços de transporte escolar rural para atendimento da demanda da Secretaria Municipal de Educação.

Em síntese, a Denunciante sustenta à fl. 02 que teria se sagrado vencedora em diferentes itens da licitação, mas “que em razão de uma denúncia anônima, a Administração achou por bem, através de ato unilateral, inabilitar a autora e com isso convocar o segundo colocado ara fins de assinatura do contrato administrativo sob a alegação de que o vice-presidente da Cooperativa declarada vencedora no certame é esposo da Secretária Adjunta de Educação do Município de Valadares”.

E acrescenta logo seguir que “o fato de o vice-presidente da Cooperativa ser esposo da Secretária Adjunta de Educação da Municipalidade não é hábil para impedir a Cooperativa autora de participar do certame, haja vista que o vice-presidente da Cooperativa não é servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação”, o que afastaria a aplicação do art. 9º, inciso III, da Lei n.º 8.666/93, o qual estabelece que não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Tendo em vista o pleito de suspensão liminar da licitação e que esta Corte pode emanar ordem nesse sentido até a data de celebração do contrato, encaminhei os autos a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL, que concluiu pela inexistência de elementos suficientes para concessão da medida cautelar pleiteada, nos termos do estudo técnico de fls. 77/82, do qual destaco os seguintes trechos:

2.1 Do impedimento da COOTRANSVALES em prosseguir no procedimento licitatório pelo fato de seu vice-presidente ser esposo da Secretária Adjunta de Educação do Município de Governador Valadares-MG

A denunciante se insurge contra a decisão da pregoeira em declará-la inabilitada a prosseguir no certame licitatório tão somente pelo fato da COOTRANSVALES ter como seu vice-presidente o cônjuge da Secretaria Adjunta de Educação do Município de Governador Valadares-MG.

Nesse sentido, a COOTRANSVALES, por procurador devidamente constituído, apresenta breve relato dos fatos, à fl. 02, alegando que a Cooperativa sagrou-se vencedora em diversos itens do Pregão Presencial n.º 00181/2015, contudo, em virtude de uma denúncia anônima, foi inabilitada de prosseguir no procedimento pelos motivos supracitados.

Alega a denunciante que o art. 9º, inciso III, da Lei n.º 8.666/93, não impediria sua habilitação no certame, uma vez que o vice-presidente da entidade não é servidor público ou dirigente de órgão da contratante ou responsável pela licitação.

Por outro prisma, assevera ainda que não se instaurou o devido processo legal facultando à licitante à época o direito à ampla defesa e o contraditório, portanto a decisão que a inabilitou, mesmo tendo sido contemplada como vencedora em vários itens, conforme Ata de fl. 59, consubstanciou-se nula de pleno direito por afronta ao art. 5º, inciso LIV e LV da Constituição da República. Nesse sentido, recorre à jurisprudência e doutrina, às fls. 03/04, que, a seu juízo, lhe seriam favoráveis.

Segundo suas alegações, o ato administrativo em questão “... atenta-se contra os princípios da boa-fé objetiva e do *venire contra factum proprium*, tendo em vista que o ato de acolher o recurso da Cooperativa para habilitá-la, para posteriormente inabilitá-la pelo mesmo fato configura patente comportamento contraditório o que é rechaçado pela melhor doutrina, bem como pelos nossos Tribunais Pátrios. (fl. 05)

Nesse propósito, recorre à doutrina da lavra da Professora Raquel Melo Urbano de Carvalho, bem como à decisão da 3ª Câmara Cível TJ-PR, às fls. 05/06. Ao se reportar ao princípio supra, a denunciante entende que seria conduta incompatível da pregoeira, em princípio, acatar seu recurso e, a *posteriori*, inabilitá-la no procedimento licitatório em questão.

Frisa a denunciante o seguinte:

Douto Julgador!!! A autora não pode ser alijada do certame tão somente porque seu vice-presidente é casado com a Secretária Adjunta de Educação da Municipalidade, até porque o vice-presidente da cooperativa não é servidor ou dirigente do órgão ou da entidade contratante ou responsável pela licitação.

A Lei n.º 8.666/1993, em seu artigo 9º, inciso III, aduz que “**não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: (...) servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação**”. A norma edilícia em seu item 2.2.4 aduz que não pode participar do edital do pregão 000181/2015 licitantes que tenham sócios que sejam funcionários da Prefeitura Municipal de Governador Valadares.

Acontece que a autora não se enquadra em nenhuma dessas vedações, não podendo, portanto, a Administração criar ao seu “bel-prazer” vedação não prevista na Lei ou na norma edilícia, **sob pena de nulidade de atentar contra os princípios que regem o processo licitatório, especialmente os princípios da legalidade, impessoalidade e vinculação ao instrumento convocatório.**

Sobre o que estatui o edital, a denunciante colaciona decisões tanto do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, às fls. 08/09, quanto do próprio Tribunal de Contas, às fls. 09/10.

No afã de corroborar suas asserções, a denunciante se apega aos argumentos emanados do Conselheiro Elmo Braz Soares, Relator da Consulta n.º 646.988, segundo o qual “... *as vedações no que tange ao impedimento de servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação participar do certame encontram-se respaldas nos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade. Entretanto, não existe na lei qualquer dispositivo que impeça de participar de contratação com a Administração parentes de servidores ou de dirigentes de órgãos, desde que o contrato obedeça às cláusulas uniformes e seja precedido do procedimento licitatório nos termos regidos pela Lei n.º 8.666/93*”. (Grifo no original, à fl. 10)

Com fincas no posicionamento doutrinário de Uadi Lammêgo Bulos, que entende ser taxativo o rol de hipóteses pelas quais pessoas físicas ou jurídicas encontram-se impedidas de participar, direta ou indiretamente, de certames licitatórios nos casos ali previstos, numa ordem *numerus clausus*, acrescentar outras situações, como no caso em comento, implicaria interpretação que não se coaduna com o disposto no inciso XXVII do art. 22 da Constituição da República, por “empreender interpretação inconstitucional de leis constitucionais”. (Fls. 10/11)

Arremata seu raciocínio alegando o seguinte:

Sendo assim, não merece serem acolhidas as infundadas alegações constantes na denúncia, haja vista que **em momento algum a Cooperativa peticionária foi beneficiada pelo fato de seu vice-presidente ser esposo da Secretária Adjunta de Educação. Assim sendo, não há que se falar em eventual violação aos princípios da impessoalidade, isonomia e moralidade, portanto, a manutenção da adjudicação dos itens em favor da peticionária é medida que se impõe. (fl. 11)**

Enfim, requer a interessada que este Tribunal determine ao Município de Governador Valadares a suspensão do ato que resultou na inabilitação da autora (ora denunciante); que, caso tenha convocado o segundo colocado nos respectivos itens, que revogue tal ato e convoque a Cooperativa COOTRANSVALES, que fora vencedora naquela oportunidade; que conceda medida liminar para suspender eventual celebração contratual em relação àqueles itens vencidos pela denunciante; que julgue procedente a presente Denúncia e declare a nulidade do ato administrativo que resultou na inabilitação da Denunciante; que determine a convocação da denunciante para celebração do contrato administrativo visando à execução dos serviços em que ela se sagrou

vencedora; que seja aplicada multa aos gestores municipais pela inabilitação arbitrária da denunciante; que seja encaminhada cópia da denúncia e dos respectivos documentos que a instruem ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais para conhecimento e providências; e seja determinado ao ente Licitante que encaminhe a este Tribunal cópia integral do processo n.º 000539/2015 - Pregão Presencial n.º 000181/2015, eis que a denunciante não teve tempo hábil para conseguir cópias dos autos, sendo que o pedido se lastreia na Lei de acesso à informação (Lei n.º 12.527/2011).

Análise

Em que pese o esforço empreendido pela denunciante visando demonstrar a ilegalidade do ato praticado pela Pregoeira com o respaldo da Procuradoria-Geral do Município, seus argumentos não subsistem a lograr êxito nesse mister, pois não se pode considerar dispositivos legais sem levar em conta a interpretação extensiva ou teleológica quando as circunstâncias assim o exigirem.

Não obstante exaustiva exposição de razões que, a seu juízo, justificariam a permanência da COOTRANSVALES no procedimento licitatório, o cerne da celeuma reside no fato de haver ou não impedimento de um dirigente de uma empresa ou cooperativa licitante poder participar de certame licitatório em órgão público onde é servidor parente de dirigentes da Cooperativa ou empresa licitante, levando-se em conta o disposto no art. 9º da Lei n.º 8.666/93.

Nesse propósito, faz-se imperioso atentar-se para o escopo do dispositivo legal em apreço, qual seja, evitar eventuais informações privilegiadas que pudessem beneficiar empresas que participassem de licitação em órgãos públicos que tivessem em seus quadros servidores cujos parentes também trabalhassem como dirigentes da empresa licitante.

Ora, se o dispositivo legal proíbe que servidores ou dirigentes de órgãos ou entidades públicas licitantes, direta ou indiretamente, participem do certame ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens necessários ao órgão ou entidade licitador, por óbvio, também proíbe que empresas cujos dirigentes tenham parentes nesses órgãos públicos possam com eles contratar, pois da mesma forma pode haver informações privilegiadas nesse sentido.

A lei não precisaria ir além do que foi no inciso III do art. 9º em comento, não havendo que se cogitar de ordem em *numerus clausus* para tal situação, até porque o dispositivo por si sugere interpretação extensiva, independentemente das situações elencadas nos demais incisos, ainda que o contrato obedeça a cláusulas uniformes, eis que no caso o escopo é evitar informações privilegiadas, que poderiam ocorrer sendo o servidor o próprio licitante ou parente de dirigentes de empresas partícipes do certame, como no caso em apreço.

Ademais, ao tomar conhecimento da denúncia interposta pelo Senhor Carlos Henrique (conhecido como Xi), morador do distrito de Baguari, dando conta de que a COOTRANSVALES tem em sua diretoria familiares da Secretária Adjunta da Educação, a professora Elizabeth Aparecida Carvalho, de pronto foram tomadas as providências atinentes ao caso, encaminhando o Ofício SMED/GAB n.º 0048/2016 à Procuradoria-Geral do Município, tendo sido passadas as informações necessárias, inclusive que, de fato, a esposa de um dos dirigentes da COOTRANSVALES foi Secretária Adjunta da Educação, a professora Elizabeth Aparecida Carvalho, inclusive que não se constatou conduta inidônea por parte da servidora, fl. 69, sendo que ela teria pedido exoneração do cargo ao ser aprovada em mestrado, à fl. 66, não deixando claro se a exoneração se efetivou, conforme aponta o Parecer da Procuradoria do Município, à fl. 63.

Ressalte-se que, em princípio, com decisões desfavoráveis à ora Denunciante, houve recurso interposto por ela, que acabou por lhe ser, em princípio, favorável, conforme assevera a Pregoeira Maria de Fátima Araújo Diniz, à fl. 70:

Assim conclui-se que não houve conduta que tenha ofendida a moralidade e a igualdade por parte da servidora. Diante do exposto e pela razão que assiste a recorrente a Pregoeira declara PROCEDENTE o recurso interposto pela empresa COOTRANSVALES – Cooperativa de Transporte Escolar.

No entanto, submete o recurso à autoridade superior e o envia a Procuradoria Jurídica do Município.

Vale ressaltar que a decisão da pregoeira não foi definitiva, como quer assim entender a denunciante, tanto que ela, a denunciante, se reporta aos princípios da boa-fé e do *venire contra factum proprium*, sob o argumento de que, **tendo em vista o ato de acolher o recurso da Cooperativa para habilitá-la, para posteriormente inabilitá-la pelo mesmo fato configura patente comportamento contraditório**, o que é rechaçado pela melhor doutrina, bem como pelos nossos Tribunais Pátrios. (Fl. 05)

Ao contrário do que entende a Denunciante, a decisão sumária da pregoeira foi submetida à Procuradoria-Geral do Município, que, por dever de cautela, analisando os fatos e fundamentos envolvendo a situação em tela, considerando os procedimentos administrativos em questão, assim concluiu, à fl. 64:

- a) **Seja convocada a 2ª empresa que ofertou a 2ª melhor proposta** para que a mesma demonstre **se há interesse em firmar o devido contrato e prestar os devidos serviços**;
- b) **Havendo o interesse**, que a **Comissão de Licitação/Pregão diligencie junto à mesma para que assuma os serviços nos preços ofertados pela empresa-cooperativa afastada do certame**; Em sendo aceito, seja efetivado o contrato, CASO não haja nenhum outro impedimento legal, o que deve ser verificado, PREVIAMENTE, pela referida Comissão de Licitação/Pregão;
- c) **Caso a empresa 2ª colocada não aceite contratar pelo preço ofertado pela empresa afastada do certame**, seja a mesma contratada pelo preço que ofertou junto ao Pregão, desde que, após diligenciamento formal da Comissão de Licitação/Pregão da SMED, haja comprovação cabal de que seus preços estão dentro daqueles praticados no mercado, nada obstante que a referida Comissão tente com a mesma uma redução de seus preços, o que deverá ser comprovado formalmente nos autos, ainda que a empresa não tenha aceitado. (Grifo no original – Fl. 64)

Dessa forma, não há que se cogitar de inobservância do princípio da ampla defesa e do contraditório, nem de se atentar contra os princípios da boa fé objetiva e do *venire contra factum proprium*.

Corroborando o posicionamento supra, vale recorrer ao Parecer do Procurador do Ministério Público de Contas Glaydson Santo Soprani Massaria, que, na Representação 841.883, Município de Poços de Caldas-MG, em situação análoga, assim se posicionou acerca de parentesco das proprietárias e do administrador da contratada com a Secretária de Estado de Governo, a saber:

1. O Ministério Público de Contas já tem manifestado, com amparo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, entendimento no sentido de que, embora a Lei nº 8.666/93 não possua dispositivo vedando expressamente a participação de parentes de servidor público em licitações, tal prática é implicitamente vedada pelo seu art. 9º, §§ 3º e 4º, que trata do conflito de interesse nas licitações públicas.

Diante da relação de parentesco entre o agente público, com capacidade de influir no resultado de processos licitatórios, e a empresa vencedora dos certames, resta configurada grave violação aos princípios da moralidade, impessoalidade e legalidade, assim como desobediência ao art. 9º, inciso III, §§ 3º e 4º da Lei 8666/1993 e art. 18, inciso I e 19 da Lei 9.784/1999, visto que a possibilidade de influência do servidor, como pregoeiro e dirigente do Instituto está comprovada. (Acórdão TCU nº 3368/2013-Plenário)

(...) não passa pela avaliação de saber se os servidores [...] detinham ou não informações privilegiadas [...] basta que o interessado seja servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante para que esteja impedido de participar, direta ou indiretamente, de licitação por ele realizada. (Decisão 133/1997 – TCU – Plenário)

Mesmo que a Lei nº 8.666/1993 não possua dispositivo vedando expressamente a participação de parentes em licitações em que o servidor atue na CPL, entendo que foi cristalina a intenção do legislador, com as disposições do art. 9º da indigitada Lei, em vedar a prática de conflito de interesses nos certames da Administração.

Ademais, devo ressaltar que a ação dos gestores deve pautar-se sempre pela busca do atendimento dos princípios insculpidos na Constituição, mormente os que regem a Administração Pública. Acórdão 1632/2006 Plenário (Voto do Ministro Relator)

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU – 4. Ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Pag. 36/37.

A participação de empresa cujo sócio tenha vínculo de parentesco com servidor da entidade licitante afronta, por interpretação analógica, o disposto no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993. A alteração do contrato social no curso do certame não descaracteriza a irregularidade e constitui indício de simulação e fraude à licitação

Representação apontou possível irregularidade na Concorrência 001/2007, promovida pela Fundação Universidade Federal do Piauí - FUFPI/MEC, objetivando a contratação de empresa para a prestação de serviços de publicidade e propaganda. Segundo a representante, a participação no certame e posterior contratação de empresa cujo sócio – detentor de 30% do capital social – pertencia ao quadro de pessoal da promotora da licitação (FUFPI) configurou afronta ao disposto no artigo 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993, bem como ao item 5.1 do edital, que assim dispôs: “5.1. Não poderão participar da licitação as empresas que tenham entre seus dirigentes, gerentes, sócios detentores de mais de 5% (cinco por cento) do capital social, dirigentes, responsáveis e técnicos, servidor ou dirigentes de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação e empresas em consórcio.” A unidade técnica destacou que, no curso da licitação, o servidor da FUFPI retirou-se da sociedade, sendo substituído por sua filha. Destacou ainda que a referida empresa teria sido beneficiária de 21 processos de dispensa de licitação depois do ingresso do referido servidor no quadro societário. O relator, em consonância com a unidade técnica, rejeitou as justificativas apresentadas pela empresa e pelo servidor, ao concluir que a alteração efetivada no contrato social da empresa teve por objetivo afastar o impedimento tipificado no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993. Apontou ainda a ocorrência de simulação com o intuito de fraudar o procedimento licitatório. Argumentou que “mesmo ao se considerar lícita a alteração do contrato social, não se

afastou do impedimento constante do art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993". Isso porque, "consoante a jurisprudência desta Corte, as vedações explicitadas nesse dispositivo legal estão sujeitas a analogia e interpretação extensiva ...". Ou seja, "qualquer situação que não esteja prevista na lei, mas que viole o dever de probidade imposto a todos os agentes públicos ou pessoa investida desta qualidade, deve ser proibida, por ser incompatível com os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade". (Acórdão 1170/2010-Plenário).

Especificamente em relação à participação de parentes em licitação, citou o Acórdão 607/2011-Plenário, no sentido de que "mesmo que a Lei nº 8.666, de 1993, não possua dispositivo vedando expressamente a participação de parentes em licitações ..., vê-se que foi essa a intenção axiológica do legislador ao estabelecer o art. 9º dessa Lei, em especial nos §§ 3º e 4º, vedando a prática de conflito de interesse nas licitações públicas ...". Ao se reportar ao caso concreto, destacou que a influência do servidor sobre os gestores da FUFPI foi determinante para a ocorrência das sucessivas contratações diretas da empresa. Ponderou, contudo, que a imposição de penalidades deveria ocorrer somente sobre a empresa, uma vez que não houve débito e que a conduta do servidor escapou à jurisdição do TCU por ter sido "praticada na condição de sócio da empresa e não como gestor de recursos públicos ...". Em relação aos membros da comissão de licitação, ressaltou que "esses responsáveis tiveram conhecimento de que a empresa possuía, de forma relevante, em seu quadro societário parente de servidor da entidade". O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu em relação a essa irregularidade: a) declarar, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, a empresa inidônea para participar de licitações promovidas pela Administração Pública Federal pelo prazo de três anos; b) aplicar aos membros da comissão de licitação a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992; c) encaminhar cópia da decisão à FUFPI para que averigue a pertinência de instauração de processo administrativo disciplinar para apurar eventuais desvios de conduta praticados pelo servidor. Precedentes mencionados: Acórdãos 1.170/2010 e 607/2011, todos do Plenário.

Acórdão 1019/2013- Plenário, TC 018.621/2009-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 24.4.2013. (negritos no original)

2. Dessa forma, o Parecer Jurídico nº 116/2010 da Procuradoria de Município não está alinhada com a jurisprudência do TCU acima colacionada. Por outro lado, o fato de a empresa já ser de propriedade das atuais sócias desde 2000, de a Secretária de Governo já ser procuradora concursada desde 1988 e de o regime de bens ser a separação total de bens não têm repercussão na vedação que a jurisprudência do TCU noticiou acima.

3. Não há dúvidas da existência do parentesco da Secretária de Governo do Município de Poços de Caldas com as proprietárias (que são suas filhas) e com o administrador da contratada (que é seu marido). Tal parentesco foi confessado nas argumentações do Secretário Municipal de Obras Públicas (Paulo Roberto Rodrigues Milton), do ex-prefeito (Paulo César Silva) e da Procuradoria do Município de Poços de Caldas. (Sem destaque no original)

Por todo o exposto, esta Unidade Técnica entende que não assiste razão à denunciante, uma vez que o Município agiu com dever de prudência ao inabilitar a Cooperativa de Transporte Escolar e de Pessoas dos Vales do Rio Doce e do Aço – COOTRANSVALES, uma vez que houve infração ao escopo da Lei n.º 8.666/93, até porque não há outros elementos nos autos que pudessem mitigar a decisão da Pregoeira e da Procuradoria-Geral do Município de Governador Valadares.

3 – CONCLUSÃO

Após análise da denúncia, esta Unidade Técnica entende que a decisão da Pregoeira ancorada no Parecer da Procuradoria-Geral do Município não se configurou irregular, eis que respaldadas na melhor doutrina e jurisprudência, conforme demonstrado nos presentes autos.

Nesse contexto, não tendo sido constatada irregularidade no ato de inabilitação promovido no bojo do Pregão Presencial n.º 181/2015, Processo n.º 000539/2015, que possa comprometer a regularidade do certame, conforme conclusão contida na análise técnica acima transcrita, considero ausentes os requisitos do perigo da demora e da fumaça do bom direito, motivo pelo qual **indeiro o pedido de suspensão liminar da licitação formulado pela denunciante.** (Grifou-se)

Determino a intimação dos responsáveis, Sra. Maria de Fátima Araújo Diniz, Pregoeira, e Sr. Jaider Batista da Silva, Secretário Municipal, e da denunciante desta decisão por *e-mail* e DOC.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal para emissão de parecer.

Ao final, retornem os autos conclusos a esta relatoria.

Tribunal de Contas, em 22 de fevereiro de 2016.

Conselheiro Mauri Torres
Relator