

CONSULTA Nº 58/2019

PROCEDIMENTO IDEA Nº 111.0.10827/2014

SUMÁRIO

1. Do objeto da consulta	01
2. Do objeto do pregão presencial nº 002/2013	02
3. Da contratação de empresa da qual o Vice-Prefeito seja sócio	22
4. Conclusão	30

1 – Do objeto da consulta

Trata-se de consulta formulada pela Promotora de Justiça Lilian Santos Veloso, titular da 3ª Promotoria de Justiça de Dias D'Ávila.

O órgão de execução formulou consulta ao CAOPAM no sentido de obter orientação jurídica acerca de eventual irregularidade na contratação de empresa para prestar serviço de abastecimento de veículos da frota municipal, especificamente no que se refere ao seguinte aspecto:

Cumprimentando-o cordialmente, solicito, com o objetivo de instruir o procedimento indicado em epígrafe, a realização de análise técnica, com indicação de posicionamento jurisprudencial dos tribunais superiores, acerca da legalidade da contratação, pela Prefeitura de Dias D'Ávila, de empresa para intermediar o fornecimento de combustível para os veículos das diversas secretarias, mediante postos credenciados, dentre os quais um de propriedade do vice-prefeito, nos termos dos documentos anexos.

Com o propósito de fornecer os subsídios solicitados e respeitada a independência funcional do órgão de execução, o **CENTRO DE APOIO**

OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE PROTEÇÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA – CAOPAM, com amparo no art. 17, da Resolução nº 006/2009, do Colégio de Procuradores de Justiça, bem como no art. 3º, V, IX, XIII do Ato Normativo nº 027/2014, da Procuradoria-Geral de Justiça, apresenta a seguinte análise técnico-jurídica.

2 – Do objeto do pregão presencial nº 002/2013

O procedimento de contratação sob análise teve por objeto selecionar empresa para o fornecimento de combustíveis para veículos à disposição da Prefeitura Municipal de Dias D'Ávila, com sistema de controle de abastecimento mediante cartões magnéticos. Esse objeto encontra-se assim descrito no contrato celebrado entre o ente municipal e a empresa EMPÓRIO CARD LTDA., que venceu o certame:

CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO
1.1 Contratação de empresa especializada informatizada, com a utilização de cart credenciada da contratada, para aquisição necessidades de consumo da frota de veí quantitativos e especificações constantes e indissociável deste contrato.

De pronto, há que se ter presente que os gastos com aquisição de combustíveis incidem sob todas as esferas da Administração Pública. Trata-se, por outro lado, de modalidade de despesa que demanda alto controle, com o propósito de se evitar fraudes no abastecimento. Essa situação tem, historicamente, impellido o Poder Público a buscar formas cada vez mais eficazes de acompanhamento desses gastos.

Uma dessas formas consiste na utilização de cartões eletrônicos de abastecimento, os quais permitem um controle mais claro e preciso do consumo de cada veículo do ente público contratante. Por meio de sistema informatizado, os dados de abastecimento são lançados numa base de dados que possibilita

identificar qual o veículo abasteceu, qual a sua quilometragem atual, em que data ocorreu o abastecimento e quantos litros foram utilizados. Emprega-se, portanto, recursos de tecnologia da informação, com capacidade de processamento de alto volume de dados, facilitando sobremaneira a atividade de controle dos gastos públicos.

Por outro lado, em que pese a legalidade e crescente expansão desses serviços no âmbito da Administração Pública (visto que, na iniciativa privada, a utilização de cartões eletrônicos de abastecimento já é antiga), não se confundem eles com a aquisição de combustíveis, que também deve ser efetuada pelo Poder Público junto ao mercado privado. Com efeito: a necessidade de abastecimento dos veículos à disposição do ente governamental demanda a contratação de postos de combustíveis, para a realização do abastecimento. Trata-se de um contrato de *aquisição de bens*, firmado com agentes de mercado que operam especificamente nesse ramo. Não se confunde essa aquisição de combustíveis com a *prestação de serviço de gerenciamento de abastecimento*. Esse último contrato é de *prestação de serviços*, e não de *aquisição de bens*, e também é celebrado com operadores econômicos detentores de expertise específica, quais sejam, empresas que se dedicam ao fornecimento de serviços de gestão de recursos (de alimentação, de abastecimento etc) por meio de cartões magnéticos.

Em sendo assim, ao definir, no objeto contratual, a conjugação da prestação de serviços com o fornecimento de combustíveis (ou seja, impondo a contratação de empresa que, simultaneamente, atue tanto comercializando combustíveis, quando fornecendo sistema de gerenciamento de frota), o Município de Dias D'Ávila pode ter efetuado indevida restrição à ampla competitividade.

Nesse ponto é oportuno referir o que dispõe o art. 3º, § 1º, I, da Lei Federal nº 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a

administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:-

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

(sublinhamos)

O princípio da concorrência constitui um dos pilares do sistema brasileiro de contratações públicas e tem por propósito permitir a participação do maior número possível de operadores econômicos, na disputa por cada prestação que o Poder Público necessite contratar frente a iniciativa privada.

Ao promover a aglutinação, num único contrato, de objetos que não são necessariamente (nem usualmente) prestados em conjunto pelo mesmo operador econômico, o edital de licitação e, por consequência, o contrato que lhe seguiu, podem incorrer em violação à concorrência, reduzindo injustificadamente o espectro de possíveis interessados na contratação.

É por essa razão que, como regra geral, a Lei de Licitações determina que, nas licitações que objetivem a contratação de prestações que não sejam inerentemente ligadas entre si, a adjudicação seja efetuada *por itens*. Nesse sentido, determina o art. 23, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93:

Art. 23. (...)

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

Note-se que, em certame similar ao ora examinado, o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso entendeu que o objeto contratual era potencialmente lesivo à ampla concorrência, conforme segue:

DECISÃO Nº 111/MM/2019

PROCOLO Nº: 124/2019

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA EXTERNA CC CAUTELAR

REPRESENTANTE: TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA

ADVOGADO WANDERLEY ROMANO DONADEL – OAB/MG 78.870

REPRESENTADO: PREFEITURA MUNICIPAL DE CUIABÁ

GESTOR: EMANUEL PINHEIRO - PREFEITO

RELATOR: CONSELHEIRO MOISES MACIEL

I.INTRODUÇÃO:

1. Trata-se de Representação de Natureza Externa com pedido de Medida Cautelar formulada pela empresa TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA, em desfavor da PREFEITURA MUNICIPAL DE CUIABÁ, referente a possíveis irregularidades no procedimento licitatório Pregão Eletrônico/Registro de Preços nº 084/2018 – processo administrativo nº 104.436/2018, cujo objeto é o registro de preços para futura e eventual contratação de empresa para o fornecimento de (Gasolina Comum, Etanol, Diesel Comum, Diesel S- 10), por meio de cartão magnético ou micro processado, através de sua rede de postos credenciados, disponibilizando sistema integrado, operação e suporte de gestão de

consumo de combustíveis, sem taxa de administração com atuação em Cuiabá, para os veículos, máquinas e equipamentos próprios ou locados de uso exclusivo pela Prefeitura Municipal de Cuiabá.

2. A Representante pontuou que o edital do procedimento licitatório apresenta “cláusula restritiva à participação de diversas empresas no certame, mormente no que tange ao critério de julgamento, o qual direciona aos fornecedores de combustíveis e não as empresas de gestão, promovendo evidente prejuízo ao erário”.

3. Ressaltou que a contratação será feita diretamente com os postos de combustíveis, vez que o serviço licitado não é o gerenciamento do fornecimento de combustíveis e sim, o fornecimento de combustíveis, afirmando que essa não é a opção mais vantajosa para a Administração Pública, por não haver qualquer tipo de gestão de serviços ou limitação do quantitativo dos abastecimentos.

4. A empresa explanou ainda, acerca das vantagens de se utilizar o sistema de controle de gestão e meio de pagamento do consumo nas operações de abastecimento de combustível, destacando a transparência no uso do dinheiro público como principal.

5. Concluiu destacando que o edital, na forma como foi estabelecido, afasta as empresas de gerenciamento de participação, pois direciona a licitação apenas para os postos de combustíveis, onde o critério de julgamento são os valores. Dessa forma, a empresa vencedora formalizará um contrato não só de fornecimento, mas também de gestão, sendo ter não tem o escopo para tal serviço e, evidentemente, acarretará dano ao Erário Público.

6. Por fim, diante dos fatos representados e os possíveis desdobramentos deles decorrentes, a exemplo da potencial ocorrência de malversação de recursos públicos e, conseqüentemente, de lesão ao erário, a Representante plei-

teia: a) a instauração de procedimento administrativo junto ao Tribunal de Contas; b) a suspensão do certame até que analise o mérito, com medida cautelar urgente, *inaudita altera parte*; c) a suspensão da homologação e assinatura do contrato, caso já tenha ocorrido o certame quando da apreciação da RNE, bem como a suspensão da execução do contrato até decisão do mérito; d) a solicitação ao Órgão representado para apresentar a ata de realização do certame, caso seja indeferida a cautelar; e) a comunicação à Representante da decisão deste Tribunal; f) a procedência total desta RNE com determinações cabíveis e anulação do contrato se estiver sendo executado, nos termos do art. 49, x2º da Lei 8.666/93; e g) que todas as intimações sejam realizadas necessariamente em nome de Wanderley Romano Donadel, OAB/MG 78.870 e encaminhadas eletronicamente ao e-mail mercadopublico@romano-donadel.com.br e enviadas ao endereço constante na nota de rodapé.

II. EXAME TÉCNICO:

7. Em seu Relatório Técnico, a Secex de Administração Municipal arguiu que o pregão eletrônico nº 084/2018 foi realizado na forma prevista no processo e que houve publicação da abertura do pregão no Diário Oficial de Contas divulgando de 14/12/2018, nº 1505, página 73, e publicação de 17/12/2018.

8. Ressaltou ainda que, a possibilidade de impugnação do Edital, habilitação e recursos de cada fase do procedimento licitatório, está definida, a tempo e modo (manifestação de qualquer licitante e protocolo do pedido), na Lei de Pregão Lei Federal 10.520/2002, e subsidiariamente, a Lei nº 8.666/1993 permite o exercício do direito de impugnar, se exercido diretamente pelo licitante/cidadão junto à própria Comissão de Licitação e Autoridade Administrativa da Unidade. Dessa forma, discordando qualquer licitante/cidadão das especificações constantes do edital (art. 41), do processamento, abertura e julgamento (art. 43) ou do próprio Recurso (art.109), poderá apresentar recursos, conforme definido na lei de licitações.

9. Posto isso, destacou que ao analisar os autos, é possível identificar que a empresa Trivale Administração Ltda apresentou impugnação aos termos do edital que tratam das questões de participação das empresas de gerenciamento, a tempo e modo, que foi recebida, conhecida e, no mérito, julgada improcedente, conforme os documentos apresentados pela Representante (Documento Externo – nº Doc.: 67/2019, fls. 102 a 108).

10. Aduziu em seguida, que os questionamentos surgiram pela redação dúbia, imprecisa e incoerente presente na identificação do objeto, que propiciaram dúvidas e insurgências, em particular, nas expressões *“por meio de cartão magnético ou micro processado, através de sua rede de postos credenciados, disponibilizando sistema integrado, operação e suporte gestão de consumo de combustíveis sem taxa de administração com atuação em Cuiabá”*.

11. Em contrapartida, concluiu que as impugnações apresentadas, foram devidamente respondidas pela Prefeitura, ocasião em que explicou que a contratação de empresa para prestação de serviço com gerenciamento de combustíveis não está contemplada no presente certame e que a Prefeitura já possui contrato com empresa que presta serviço de Gestão Eletrônica, a SAGANEWS. Logo, a participação de empresas apenas com essa finalidade, não será possível (Documento Externo – nº Doc.: 67/2019, fl 108).

12. Por fim, opinou pelo arquivamento e improcedência desta Representação, com base nos elementos disponibilizados pelo Sistema APLIC, informações de veracidade presumida, e pela legislação aplicável atualizada.

13. Em decisão singular, recebi a RNI, sem conceder de plano a medida cautelar, notificando a Representada, com a finalidade de prestar esclarecimentos sobre os fatos representados, acerca da descrição dúbia e conflitante do objeto licitatório do Pregão 84/2018, bem como informar qual seria a empresa que presta o serviço integrado de gerenciamento de frota.

14. Em cumprimento a notificação, a Prefeitura Municipal de Cuiabá pontuou

que o referido pregão trata de fornecimento de combustíveis e não de prestação de serviços conforme preconiza as impugnações e destacou que, por serem considerados bens de consumo, não há previsão de prorrogação de contrato, razão que justifica a realização do certame, a fim de que não prejudique o andamento das atividades da Prefeitura.

15. Por fim, esclareceu que a Prefeitura não possui vínculo contratual com a empresa SAGANEWS, apenas com a empresa POSTO LEBLON LTDA, fornecedora de combustíveis e detentora do sistema integrado para gerenciamento de consumo.

16. É o relatório. Decido.

17. Desse modo passo à análise da medida cautelar propugnada pela Representante, empresa TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA:

III. MÉRITO:

18. Como é cediço, a análise do requerimento de medida cautelar *inaudita altera pars* deve ocorrer em sede de cognição sumária, anterior à instauração do regular contraditório. A sua concessão, ainda que parcial, deve se fundamentar em fatos e provas suficientes para, prontamente, demonstrar o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, que são requisitos cumulativos e essenciais para o deferimento do pedido em caráter de urgência.

19. Nesse sentido, dispõe o *caput* do artigo 82, da Lei Complementar 269/2007:

Art. 82. No curso de qualquer apuração, o Tribunal de Contas determinará medidas cautelares sempre que existirem provas suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, o responsável possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar danos ao erário ou agravar a le-

são ou, ainda, inviabilizar ou tornar difícil ou impossível a sua reparação. [grifado]

20. Nessa mesma perspectiva, são os requisitos cumulativos do artigo 300, parágrafos 1º e 2º, do Novo Código de Processo Civil, aplicados ao processo do controle externo de contas, deste Tribunal, nos termos do artigo 144 do RITCE-MT:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. [grifado]

§ 1º. Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º. A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificacão prévia.

21. Desse modo, inicialmente farei o exame do *fumus boni iuris*, qual seja, a probabilidade do direito. Para tanto, incorporo às minhas razões a manifestacão da Equipe Técnica, sem prejuízo das consideracões que passo a tecer e dos ajustes que se mostram pertinentes ao encaminhamento.

22. A representante alega restricão à competitividade diante do objeto licitado, do qual estabeleceu, em suma, o Registro de Preço para futura e eventual contratacão de empresa para o fornecimento de combustível (Gasolina Comum, Etanol, Diesel Comum , Diesel S-10), por meio de cartão magnético ou micro processamento, através de sua rede de postos credenciados, disponibilizando sistema integrado.

23. Acerca da restricão, existem registros de ocorrênciacão de questionamento pela empresa Representante Trivale Administracão Ltda, detentora da marca

de cartões VALECARD, bem como das demais detentoras das marcas BRA-SILCARD, TICKET LOG e SAGA COMÉRCIO, onde apresentaram impugnação aos termos do edital, a tempo e modo, que foram recebidos, conhecidos e, no mérito, julgados improcedentes, com comunicação aos impugnantes, em data de 28/12/2018 (Documento Externo – nº Doc.: 67/2019, fl. 108).

24. Os questionamentos surgiram pela redação presente na identificação do objeto, nas expressões: *por meio de cartão magnético ou micro processado, através de sua rede de postos credenciados, disponibilizando sistema integrado, operação e suporte gestão de consumo de combustíveis sem taxa de administração com atuação em Cuiabá*.

25. Em respostas aos questionamentos, a Prefeitura manifestou que: *“Deste modo, a contratação de empresa para prestação de serviço com gerenciamento de combustíveis, não está contemplado no presente certame, logo, a participação de empresas apenas com essa finalidade, não será possível”* (página 108 do documento digital nº 67/2019).

26. De outra sorte, é possível extrair do Termo de Referência 012/2018/DPS (Documento Externo 67/2019, fls. 32/50), bem como de outras cláusulas editais, indicações de que o Edital pretende reunir, a um só tempo, elementos típicos de uma aquisição de bens (compra de combustíveis) com elementos de um contrato de serviços (sistema de gerenciamento por cartões), o que configuraria, ao menos potencialmente, a inserção de elementos atípicos no objeto da licitação que poderiam reduzir e limitar o universo de participantes, indicando possível direcionamento do certame.

27. Passo a transcrever algumas cláusulas, do Termo de Referência, nas quais, à princípio, é possível extrair que o contrato não se destina à mera contratação de empresa que forneça combustíveis e tenha tecnologia para o uso de cartões magnéticos ou chips, senão veja:

Termo de Referência

8. JUSTIFICATIVA DA CONTRATAÇÃO.

Item 8.5. Optamos por manter o objeto da licitação tendo em vista, que a demanda principal é aquisição de combustível vislumbrando obter a proposta mais vantajosa para administração pública com o objetivo da licitação buscar *participações de grandes distribuidoras que possuam os melhores preços praticados no mercado*. O gerenciamento sem cobrança de taxa administrativa, trata-se de serviço da área de informática, acessórios fornecidos pelo posto, razão pela qual não possuem autorização específica da Agência Nacional de Petróleo – ANP para comércio de combustível, nos termos preconizados pelo artigo 3º da Resolução ANP nº 08, de 2007 publicada no Diário Oficial da União em 08/03/2008: Art. 3º. A atividade de TRR (Transportador-Revendedor-Retalhista) somente poderá ser exercida por empresa constituída sob as leis brasileiras, que possuir autorização da ANP. Portanto as empresas que trabalham com Sistema de Gestão de frotas não estão autorizadas a comercializar combustíveis não havendo possibilidade jurídica de firmarem compromisso com a administração pública para fornecimento de combustível e sim apenas a intermediação entre o processo de aquisição entre a administração e os reais fornecedores do produto, cujo objetivo é combustível.

8.6. Neste modelo, o Posto será responsável pelo fornecimento do Sistema Eletrônico, objetivando a redução de custos que envolvam abastecimento e controle da frota por meio de relatórios gerenciais e da possibilidade de definir parâmetros de utilização e restrições diferenciadas relacionadas a veículos e a usuários, sem contar que os relatórios gerenciais e dados da frota resultantes da prestação de serviços deverão fornecer à Administração Municipal informações necessárias para a tomada de decisão mais rapidamente no âmbito da Gestão da Frota, no que tange ao consumo de combustíveis e desempenho dos veículos.

(...)

13. EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS

13.1. Para a execução dos serviços do presente objeto do Termo de Referência a Contratada deverá disponibilizar um sistema com acesso via web, treinar, manter, atualizar, customizar, integrar e auditar, junto a contratante todas as funcionalidades e requisitos necessários para viabilizar o controle e a gestão compartilhada de frota de veículos da Prefeitura de Cuiabá pertinentes aos serviços de abastecimento de combustíveis devendo a Contratada:

(...)

13.1.2. Disponibilizar cartões eletrônicos destinados ao abastecimento, sendo um para cada veículo e que permitam o gerenciamento de informações e processamento de dados de quilometragem, custos, identificação do portador e respectiva unidade de lotação, datas e horários de aplicação de insumos: tipo de combustível a serem alimentados por meio eletrônicos, com ou sem a participação humana e em base gerencial de dados disponíveis para o contratante;

13.1.3. Prover um backup de acesso alternativo ao sistema no caso de indisponibilidade, para garantir a continuidade dos serviços contratados e no caso de impossibilidade de se efetuar transações também via cartões eletrônicos;

(...)

13.2. *Todo investimento necessário à implantação, desenvolvimento, customizações, atualizações, segurança de informação, auditoria, licenciamento, performance de alta disponibilidade, rotinas de backup, instalações de equipamentos de leitura, software de gravação e transmissão de dados, credenciamento da rede de empresas fornecedoras, manutenção e suporte ao sistema, treinamento de usuários, passagem de conhecimento, manuais de operação e tudo que se fizer necessário para o bom funcionamento do sistema, será de responsabilidade da Contratada, não cabendo qualquer ônus adicional à Contratante, não sendo permitida qualquer alegação de incompatibilidade com os sistemas corporativos da Prefeitura de Cuiabá;*

(...)

13.6. O sistema integrado de gestão de consumo de combustíveis deverá ser disponibilizado a Contratada via web, com cadastro e senha de acesso exclu-

sivos da Contratada, e deverá fornecer, no mínimo, as seguintes informações acerca do abastecimento ou aquisição de produtos, online:

- a) Local, data e horário;**
- b) Placa, modelo do veículo e ano;**
- c) Quilometragem atual;**
- d) Nome do posto;**
- e) Tipo de produto (combustível) e quantidade fornecidos;**
- f) Valor unitário do produto e valor total utilizado;**
- g) Nome do condutor do veículo, bem como a data de validade da CNH;**
- h) Compete ao condutor do veículo conferir os dados a serem lançados no sistema eletrônico, no momento em que utilizar os serviços.**

(...)

16. DAS OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES DA CONTRATADA

16.1.9. Realizar treinamento operacional dos fiscais responsáveis e usuários dos sistema informatizado e integrado para gestão de frota da Contratante, sem qualquer ônus para a mesma;

16.1.10. Fornecer suporte 24x7/365 disponibilizando técnicos em loco, telefones para abertura de chamados, garantindo a disponibilidade e reparo do sistema no caso de indisponibilidade ou erro.

16.1.14. Responsabilizar-se inteiramente pela produção do sistema informatizado de gerenciamento, incluindo, mas não se limitando, a equipamentos, servidores, hospedagem das aplicações do sistema em sítio próprio, manutenção das bases de dados, procedimentos de instalação, migração, backup, recuperação, segurança, treinamento a usuários finais, ambiente e software operacionais, e quaisquer outras atividades, softwares, hardwares ou serviços necessários à operação e produção plena do sistema em questão, com todas as suas funcionalidades previstas.

(...)

16.1.25. Disponibilizar acesso ao sistema via web 24/7/365 assegurando suporte e assistência técnica durante 24 horas por dia, sete dias da semana 365

dias ao ano.

(...)

16.3.10. A Contratada deverá, no caso de impossibilidade de se efetuar a transação em meio eletrônico, prover forma alternativa para garantir a continuidade dos serviços prestados.

16.9. A Contratada deverá ministrar treinamento inaugural a gestores ou fiscais indicados (no mínimo de três servidores por Secretaria) pela Contratante que estarão diretamente envolvidos na utilização do sistema de informação a ser disponibilizado, sem qualquer custo adicional para a Contratante;

(...)

16.12. Disponibilizar para usuários/condutores do sistema, CALL CENTER, com funcionamento 24 (vinte e quatro) horas por dia, durante todos os dias da semana, inclusive finais de semana e feriados, para: Bloqueio imediato de cartão extraviado/perdido, consulta de saldo de cartão, troca de senha de cartão de identificação e consulta de rede credenciada.

28. Assim, à primeira vista, está demonstrado que o objeto do contrato, embora divisível, comporta ao mesmo tempo o fornecimento de combustível aliado à inúmeras prestações de serviços. Pois bem. Ocorre que, no âmbito deste Tribunal, no que tange ao gerenciamento e fornecimento de combustíveis, vigora a Resolução de Consulta 16/2012-TP, que dispõe:

Ementa: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO.

CONSULTA. REEXAME DA TESE PREJULGADA NA RESOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 25/2009. LICITAÇÃO. CONTRATO DE GERENCIAMENTO E CONTROLE DO FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS. NATUREZA JURÍDICA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CREDENCIAMENTO DE POSTOS DE COMBUSTÍVEIS PELA EMPRESA CONTRATADA.POSSIBILIDADE. ATO VINCULADO. MOTIVAÇÃO: 1) Não fere o princípio da legalidade, a contratação de empresa que ofereça o serviço de gerenciamento do abastecimento de combustível, por meio da qual a administração passa a adquirir o produto em uma rede de postos credenciados pela contratada, desde que observados os preceitos de direito público, as normas da Lei 8.666/93, e os princípios da teoria geral dos contra-

tos. 2) Devem ser especificados no termo de referência da contratação, as razões e a necessidade da escolha do sistema de gerenciamento. (grifo nosso).

29. Assim, a princípio, não haveria irregularidade na licitação para contratação de empresa que, ao mesmo tempo, provesse o ente público com combustíveis, fornecesse tecnologia de pagamento por meio de cartões magnéticos ou chip e monitorasse e gerenciasse os abastecimentos.

30. No entanto, nos termos da citada Resolução de Consulta, o objeto da licitação seria a contratação de empresa que prestasse serviços de gerenciamento, sendo responsável por manter uma rede credenciada de postos de combustíveis e, ao mesmo tempo, que gerenciasse os respectivos abastecimentos.

31. Dessarte, no caso em exame e após analisar o Termo de Referência, bem como demais anexos do Pregão Eletrônico, verifico que, aparentemente, o Edital e o Termo de Referência contêm cláusulas dúbias, imprecisas e incoerentes que estão propiciando as dúvidas e insurgências presentes nestes autos.

32. Como já mencionado, o objeto do Pregão Eletrônico aparenta tratar-se de contratação de empresa fornecedora de combustível. No entanto, supostamente há realmente a acumulação do objeto com a prestação não só de bens, mas também de serviços.

33. Conclui que as disposições editalícias pretendem reunir, a um só tempo, elementos típicos de uma aquisição de bens (compra de combustíveis) com elementos de um contrato de serviços (sistema de gerenciamento por cartões), o que configura, ao menos potencialmente, a inserção de elementos atípicos no objeto da licitação que poderá reduzir/limitar o universo de participantes, indicando possível direcionamento do certame.

34. Com isso, além do não parcelamento aparentemente contrariar o requisito exigido pelo item 2 da Resolução de Consulta 16/2012-TP, não denota, por enquanto, economia de escala, podendo configurar descumprimento dos artigos 15, inciso IV, e 23, §1º, da Lei 8.666/93, aplicados à modalidade do Pregão, com suporte no artigo 9º da Lei 10.520/2002, nestes termos:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

[...]

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

[...]

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

35. Portanto, não se evidencia uma vantajosidade e viabilidade do não parcelamento do objeto da contratação, aparentemente, divisível.

36. Desse modo, constato aparente restrição ao princípio constitucional da isonomia e ao caráter competitivo do certame, violando-se o disposto nos artigos 37, inciso XXI, da CF/88, c/c os artigos 3º, caput, §1º, inciso I, da Lei 8.666/93, e artigo 3º, inciso II, da Lei 10.520/2002, respectivamente:

CF/88:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Lei 8.666/1993:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da *probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo* e dos que lhes são correlatos.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Lei 10.520/2002:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

[...]

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

37. Assim, o contexto até aqui retratado caracteriza a presença do *fumus boni iuris*, um dos requisitos necessários à concessão de medidas de natureza cautelar.

38. Quanto ao risco ao resultado útil do processo, Germano Schwartz e Ricardo Jacobsen Gloeckner esclarecem que: “*O periculum in mora é o receio de que a demora no provimento jurisdicional possa trazer uma conformação inútil, mesmo em caso de vitória, em vista de uma consumada ou consumável lesão*”.

39. Em consonância com o ensinamento dos citados doutrinadores, trago trecho do Voto do Ministro Valmir Campelo, do Tribunal de Contas da União, adotado no Acórdão 91/2013-TCU, nestes termos:

[...] o *periculum in mora* significa o fundado temor de que enquanto se aguarda a tutela definitiva, venham a ocorrer fatos que prejudiquem a apreciação da ação principal ou frustrem sua execução. Segundo Lopes da Costa, em sua obra intitulada ‘*Medidas Preventivas*’, o dano deve ser provável, não basta a possibilidade, a eventualidade. Possível é tudo na contingência das coisas criadas, sujeitas a interferência das forças naturais e da vontade dos homens.

O possível abrange até mesmo o que rarissimamente acontece. Dentro dele cabem as mais abstratas e longínquas hipóteses. A probabilidade é o que, de regra, se consegue alcançar na previsão. Já não é um estado de consciência, vago, indeciso, entre afirmar e negar, indiferentemente. Já caminha na dire-

ção da certeza. Já para ela propende, apoiado nas regras de experiência comum ou de experiência técnica.

40. E, sob esse prisma, configurando um relevante aspecto pertinente ao "*periculum in mora*", observo que a concessão da Medida Cautelar, no caso em apreço, está umbilicalmente ligada à efetividade da competência fiscalizatória, corretiva e judicante desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, no exercício do Controle Externo, o que, por óbvio, independe de qualquer expectativa sobre a atuação incerta do órgão fiscalizado.

41. Ademais, a título de conhecimento, elenco a seguir o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Contas de Mato Grosso quanto à registro de preço para futura e eventual contratação de empresa especializada no fornecimento de combustíveis:

ACÓRDÃO Nº 86/2018 – TP Relatora: Jaqueline Jacobsen Marques

DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO DE VÁRZEA GRANDE.

REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA EXTERNA ACERCA DE IRREGULARIDADES NO EDITAL DO PREGÃO PRESENCIAL 001/2018-DAE. HOMOLOGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR ADOTADA SINGULARMENTE.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 10.952-5/2018. ACORDAM os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas, nos termos do artigo 82, parágrafo único, da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), c/c os artigos 79, IV, e 302 da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), por unanimidade, acompanhando o voto da Relatora e de acordo com o Parecer nº 742/2018 do Ministério Público de Contas, em HOMOLOGAR a Medida Cautelar adotada por meio do Julgamento Singular nº 203/JJM/2018, divulgado no DOC do dia 16-3-2018, sendo considerada como data da publicação o dia 19-3-2018, edição nº 1322, nos autos da presente Representação de Natureza Externa acerca de irregularidades no edital do *Pregão Presencial nº 001/2018-DAE, formulada pela empresa Prime Consultoria e*

Assessoria Empresarial Ltda., por intermédio do Sr. Anselmo da Silva Ribas – representante, em desfavor do Departamento de Água e Esgoto de Várzea Grande, gestão do Sr. Ricardo Azevedo Araújo, sendo a Sra.

Cristiane Pereira Martins – pregoeira do DAE, cuja decisão determinou: 1) ao Departamento de Água e Esgoto de Várzea Grande, nas pessoas de seu gestor e da sua pregoeira, que, imediatamente, suspendesse todos os atos relacionados ao Pregão Presencial nº 001/2018, cujo objeto é o registro de preço para futura e eventual contratação de empresa especializada no fornecimento de combustíveis (etanol comum, gasolina comum, óleo S10 e óleo diesel comum), com tecnologia para pagamento por meio de cartões magnéticos ou por chip microprocessado, em postos credenciados, com a utilização de sistema integrado, via *internet*, para monitoramento de abastecimentos, a fim de atender à frota de veículos e máquinas do mencionado Departamento; sob pena de multa no caso de desobediência, na forma prevista no artigo 75, IV, da Lei Complementar nº 269/2007; e, 2) a citação dos Srs. Ricardo Azevedo Araújo e Cristiane Pereira Martins, a fim de que pudessem se manifestar sobre os fatos apontados e, também, apresentar cópia de todo o procedimento administrativo do Pregão Presencial nº 001/2018, no prazo de 15 dias, advertindo-os de que o silêncio poderia implicar declaração de revelia para todos os efeitos legais, na forma do parágrafo único do artigo 6º da Lei Complementar nº 269/2007.

V. DISPOSITIVO:

42. Posto isso, preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno deste Tribunal, conheço a presente Representação de Natureza Externa e concedo a medida cautelar pleiteada pela empresa TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA, nos termos no art. 2974 c/c art. 298, III e IV ambos do RITCE/MT, sem a necessidade de prévia notificação da Representada (artigo 9º, parágrafo único, inciso I, do CPC/2015), em razão da existência de elementos fortemente suficientes para a formação de minha convicção, consubstanciados na verificação da plausibilidade dos argumentos fáticos jurídicos

apresentados pela representante e pela SECEX/plantonista, para evidenciar a existência de inserção de elementos atípicos no objeto da licitação que poderá reduzir/limitar o universo de participantes, indicando possível direcionamento do certame, e DETERMINO à Prefeitura Municipal de Cuiabá que:

43. a) SUSPENDA todos os atos decorrentes ao Pregão Eletrônico 084/2018, cujo objeto é o registro de preços para futura e eventual contratação de empresa para o fornecimento de (Gasolina Comum, Etanol, Diesel Comum, Diesel S-10), por meio de cartão magnético ou micro processado, através de sua rede de postos credenciados, disponibilizando sistema integrado, operação e suporte gestão de consumo de combustíveis sem taxa de administração com atuação em Cuiabá, para os veículos, máquinas e equipamentos próprios ou locados de uso exclusivo pela Prefeitura Municipal de Cuiabá.

44. b) OBSERVE rigorosamente, no caso de eventual contratação em caráter emergencial, o disposto nos artigos 24 e 26 da Lei nº 8.666/93, atentando para a necessidade de só efetivar contratações diretas após comprovação dos prejuízos que poderão advir da paralisação de tais serviços e da compatibilidade dos preços praticados com valor do mercado, mediante pesquisa de preços, devendo a documentação pertinente constar do respectivo processo de dispensa. Informo, ainda, que a contratação será apenas durante o prazo necessário para a conclusão do processo licitatório a ser suspenso.

45. c) ENCAMINHE a esta Corte de Contas, cópia de todos os documentos relacionados a eventual contratação, bem como cópia de todos os documentos relacionados a atualizações do referido certame.

46. ADVIRTO que, no caso de desobediência, estará sujeito à multa diária no montante de 10 UPFs, nos termos do artigo 297, §1º, do RTICE-MT.

47. Após a adoção das providências, ora determinadas, e uma vez colhido o Parecer Ministerial, como orienta o artigo 297, §3º, do RITCE/MT, os autos de-

verão ser restituídos a esta Relatora, para que a Medida Cautelar concedida sejasubmetida à apreciação do Tribunal Pleno, nos moldes prescritos no artigo 89, XIII, do RITCE/MT.

48. Dê-se prioridade de tramitação a este processo, na forma do artigo 138, IV, do RITCE/MT.

49. Transcorrido o prazo supracitado, retornem os autos conclusos a esse gabinete para o cumprimento do disposto no artigo 302 do RITCE/MT.

50. Publique-se.

(sublinhamos)

3 – Da contratação de empresa da qual o Vice-Prefeito seja sócio

O cerne da consulta encaminhada ao CAOPAM diz respeito à possibilidade de contratação, pelo ente municipal, de empresa que tenha o Vice-Prefeito em seu quadro societário.

Caso realizada, contratação dessa natureza é inválida. Com efeito: o art. 9º, III, da Lei Federal nº 8.666/93, veda, expressamente, a participação em licitação de empresas que tenham, em seu quadro societário, agente público vinculado à entidade licitante. Nesse sentido, estabelece o mencionado artigo legal:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

(...)

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável

pela licitação.

Observe-se que a vedação instituída pelo art. 9º aplica-se de maneira geral, abstrata e objetiva todas as vezes em que se configurar uma das hipóteses previstas em seus incisos. Ocorre, nesses casos (e a hipótese do inciso III não é diferente) uma medida profilática, de caráter *preventivo*, que visa obstaculizar a mera *possibilidade* de influência. Sobre o tema, ensina Marçal Justen Filho¹:

As vedações do art. 9.º retratam derivação dos princípios da moralidade pública e isonomia. A lei configura uma espécie de impedimento, em acepção similar à do Direito Processual, à participação de determinadas pessoas na licitação. Considera um risco a existência de relações pessoais entre os sujeitos que definem o destino da licitação e o particular que licitará. Esse relacionamento pode, em tese, produzir distorções incompatíveis com a isonomia. A simples potencialidade do dano é suficiente para que a lei se acautele. Em vez de remeter a uma investigação posterior, destinada a comprovar anormalidade da conduta do agente, a lei determina seu afastamento *a priori*. O impedimento consiste no afastamento preventivo daquele que, por vínculos pessoais com a situação concreta, poderia obter benefício especial e incompatível com o princípio da isonomia. O impedimento abrange aqueles que, dada a situação específica em que se encontram, teriam condições (teoricamente) de frustrar a competitividade, produzindo benefícios indevidos e reprováveis para si ou terceiro.

Tratando especificamente da vedação contida no art. 9º, III, da Lei de Licitações, prossegue o jurista acima referido:

Também não podem participar da licitação o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Também se proíbe a participação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores etc., sejam servidores ou dirigentes dos órgãos

¹ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* ed. em e-book, baseado na ed. impressa, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2019, disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/98527100/v18/page/RL-1.4>.

contratantes. Essa vedação reporta-se ao princípio da moralidade, sendo pressuposto necessário da lisura da licitação e contratação administrativas. A caracterização de participação indireta contida no § 3.º aplica-se igualmente aos servidores e dirigentes do órgão.

Há precedente esclarecedor, oriundo do TCU, sobre o tema. No voto do Relator, foi incorporado trecho bastante elucidativo sobre a interpretação adequada do art. 9.º. Sustentava-se a ausência de impedimento se o servidor público não dispusesse de condições para interferir sobre o destino da licitação. O raciocínio foi rejeitado mediante a afirmação que o deslinde da questão “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, Plenário, rel. Min. Bento José Bulgarin).

Em outra ocasião, o TCU firmou entendimento no sentido de que, apesar de o sujeito “não ocupar cargo público ou função de confiança, ao representar o ... como dirigente de um programa do Ministério, passou a exercer um múnus público que o obrigava a atuar de acordo com o interesse público e, conseqüentemente, o impedia de contratar com a Administração pública” (Acórdão 601/2003, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

Esse impedimento atinge até mesmo o servidor que esteja licenciado.

Note-se que o Superior Tribunal de Justiça tem, reiteradamente, considerado que mesmo em se configurando um grau de relacionamento indireto (afetivo ou de parentesco) entre membro da empresa contratada e agente público da entidade contratante, está caracterizada grave violação aos princípios norteadores da atividade administrativa, notadamente os da moralidade e da impessoalidade:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE. RECONHECIMENTO DO ELEMENTO ANÍMICO NA CONDUTA DOS DEMANDADOS. DESNECESSIDADE DE REEXAME FATOS OU PROVAS. QUADRO FÁTICO INCONTROVERSAMENTE DELINEADO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. REVALORAÇÃO JURÍDICA DE FATOS CERTOS. PRESENÇA DE DOLO GENÉRICO NAS CONDUTAS DOS DEMANDADOS. REITERAÇÃO NA COMPRA

DE MATERIAIS ELÉTRICOS E DE SERVIÇOS PELA MUNICIPALIDADE. EMPRESA FORNECEDORA PERTENCENTE À SECRETÁRIA MUNICIPAL DE FAZENDA CUJO GENITOR OCUPAVA O CARGO DE PREFEITO. CONDUTA VEDADA PELO ART. 9º, III, DA LEI Nº 8.666/93. OFENSA A DIVERSOS PRINCÍPIOS REITORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE DESCRITO NO ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. RECURSO ESPECIAL DO PARQUET PROVIDO.

1. Hipótese em que o reconhecimento do elemento anímico na conduta dos demandados não reclama o reexame de fatos ou provas, mas sua tão só reavaliação jurídica.

2. Do arcabouço fático delineado no acórdão estadual, emerge demonstrado o dolo, no mínimo genérico, na reiterada aquisição de materiais elétricos e serviços, pela municipalidade, junto a empresa pertencente à então Secretária do Município, que tinha por Prefeito seu próprio genitor. Tal arranjo familiar, sobretudo atentatório aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, no caso concreto, conduz à desenganada caracterização do de improbidade descrito no art. 11 da Lei nº 8.429/92, certo ademais, que restou também ignorada a regra vedatória do art. 9º, III, da Lei de Licitações, segundo a qual não pode participar do fornecimento de bens para o ente público "servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação".

3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para a configuração dos atos de improbidade administrativa que atentam contra princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei nº 8.429/92), é necessária a presença do dolo genérico, não se exigindo dolo específico nem prova de prejuízo ao erário ou de enriquecimento ilícito do agente (AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1.066.824/PA, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 18/9/2013; REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011).

4. Recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul provido.

(REsp 1536573/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 28/03/2019)

(sublinhamos)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE SÓCIA DA EMPRESA CONTRATADA E O PREFEITO DO MUNICÍPIO LICITANTE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO MÍNIMO PARA CONVOCAÇÃO DOS LICITANTES. VIOLAÇÃO DO ART. 21, § 2º, DA LEI 8.666/93.

1. Procedimento licitatório (tomada de preços) realizado pelo Município de Resende Costa-MG, visando à contratação de empresa para a prestação de serviços com a finalidade de implantar programa de saúde familiar.

2. A principiologia do novel art. 37 da Constituição Federal, impõe a todos quantos integram os Poderes da República nas esferas compreendidas na Federação, obediência aos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade, eficiência e publicidade.

3. O princípio da impessoalidade obsta que critérios subjetivos ou anti-isonômicos influam na escolha dos candidatos exercentes da prestação de serviços públicos, e assume grande relevância no processo licitatório, consoante o disposto no art. 37, XXI, da CF.

4. A ratio legis indicia que: "A lei configura uma espécie de impedimento, em acepção similar à do direito processual, à participação de determinadas pessoas na licitação. Considera um risco a existência de relações pessoais entre os sujeitos que definem o destino da licitação e o particular que licitará. (...) O vínculo do autor do projeto pode, inclusive, configurar-se de modo 'indireto', tal como previsto no § 3º. A regra legal é ampla e deve reputar-se como meramente exemplificativa. O texto chega a ser repetitivo, demonstrando a intenção de abarcar todas as hipóteses possíveis. Deve-se nortear a interpretação do dispositivo por um princípio fundamental; existindo vínculos entre o autor do projeto e uma empresa, que reduzam a independência daquele ou permitam uma situação privilegiada para essa, verifica-se o impedimento. Por isso, a vedação se aplicará mesmo quando se configurar outra hipótese não expressamente prevista. (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo, Dialética, 2004, p. 124/126).

5. Consectariamente, a comprovação na instância ordinária do relacionamento afetivo público e notório entre a principal sócia da empresa contratada e o prefeito do município licitante, ao menos em tese, indica quebra da impessoalidade, ocasionando também a violação dos princípios da

isonomia e da moralidade administrativa, e ao disposto nos arts. 3º e 9º da Lei de Licitações. Deveras, no campo da probidade administrativa no trata da coisa pública o princípio norteador é o do in dubio pro populo.

6. O § 2º, III, do art. 21 da Lei 8.666/93 estabelece o prazo mínimo de 15 (quinze) dias para o recebimento das propostas na tomada de preços.

7. A finalidade do legislador ao estabelecer os prazos mínimos do art. 21, foi assegurar a publicidade da licitação para garantir a participação nesta de amplo número de interessados, assegurando, assim, a obediência ao princípio da competitividade, motivo pelo qual a inobservância do prazo de 15 (quinze) dias do art. 21, § 2º, III, da Lei de Licitações acarreta a invalidade do procedimento licitatório.

8. Ausência de prequestionamento dos arts. 27 e 30 da Lei de Licitações.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 615.432/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 27/06/2005, p. 230)

(sublinhamos)

Atestando o âmbito altamente preventivo da previsão legal, a referida corte de justiça considera que, ainda que o agente público e encontre licenciado, está caracterizada a violação ao art. 9º, III, da Lei Federal nº 8.666/93:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÕES E CONTRATOS. CONTRATAÇÃO DE MILITAR LICENCIADO PARA PRESTAR CONSULTORIA À EMPRESA RECORRIDA NA EXECUÇÃO DE CONTRATO COM O EXÉRCITO BRASILEIRO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 9º DA LEI 8.666/1993 E 7º DA LEI 10.502/2002. COMPORTAMENTO INIDÔNEO. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Não se olvida que a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a reavaliação do conjunto probatório existente nos autos, quando vinculada a fatos incontroversos, não esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

2. Ademais, é certo que o objeto do recurso foi devidamente deliberado no acórdão recorrido, circunstância que indica a devolutividade da matéria ao STJ, tendo em vista a ampla admissão do chamado prequestionamento implícito.

3. Trata-se, originalmente, de Mandado de Segurança impetrado pela

recorrida contra o Comandante do 59º Batalhão de Infantaria Motorizado, Órgão vinculado ao Ministério da Defesa, para que seja "declarada a ilegalidade das sanções aplicadas (no Processo Administrativo 64106.002902/2014-99) em razão de inexistência de comportamento inidôneo por parte da Impetrante ou, acaso esse v. Juízo entenda que ocorreu irregularidade na conduta da Impetrante, que seja fixada sanção em conformidade com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade" (fls. 1-19, e-STJ).

4. Estando incontroversa a moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias, conclui-se que, de fato, embora não seja possível afirmar que o Sr. William dos Santos Moreira participou do procedimento licitatório, ele inegavelmente exerceu a função de consultor/administrador da empresa impetrante, ora recorrida, durante a execução do contrato licitado.

5. Desse modo, ficou caracterizada a conduta inidônea da empresa recorrida, com a quebra de confiança da Administração, o que vai de encontro aos dispositivos legais sob análise.

6. Consigne-se que, consoante o entendimento do STJ, "não pode participar de procedimento licitatório a empresa que possuir em seu quadro de pessoal servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação (...) O fato de estar o servidor licenciado, à época do certame, não ilide a aplicação do referido preceito legal, eis que não deixa de ser funcionário o servidor em gozo de licença" (REsp 254.115/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 20.6.2000, DJ de 14.8.2000, p. 154.)

7. Por fim, quanto à fixação de multa pela autoridade coatora, verifica-se que foi aplicada com base na previsão contida na Ata de Registro de Preços, obedecendo aos limites contratualmente previstos, não havendo falar em ilegalidade na sua arbitração.

8. Recurso Especial provido, para restabelecer a sentença de 1º grau, denegando a segurança.

(REsp 1607715/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 20/04/2017)

(sublinhamos)

**ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO - EMPRESA -
SERVIDOR LICENCIADO - ÓRGÃO CONTRATANTE.**

- Não pode participar de procedimento licitatório, a empresa que possuir, em

seu quadro de pessoal, servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação (Lei nº 8.666/93, artigo 9º, inciso III).

- O fato de estar o servidor licenciado, à época do certame, não ilide a aplicação do referido preceito legal, eis que não deixa de ser funcionário o servidor em gozo de licença.

- Recurso improvido." (REsp 254.115/GARCIA).

(REsp 467.871/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/09/2003, DJ 13/10/2003, p. 233)

(sublinhamos)

Pois bem: se ocorre vulneração a princípios administrativos fundamentais quando o quadro societário é integrado por pessoa com a qual o agente público tem relacionamento afetivo, forçosamente ainda maior é a violação, quando é o próprio agente público a integrar a composição de sócios da entidade contratada.

Observe-se que a vedação legal enunciada no art. 9º, III, da Lei Federal nº 8.666/93, foi textualmente trasladada para o edital de licitação, conforme segue:

Cláusula 5.1. (...)

e) não pode contratar empresa que tenha vínculo profissional com dirigente da administração pública.

Posto isso, caso configurado, no caso sob apreciação, vínculo direto ou indireto do Vice-Prefeito com a empresa vencedora, existe frontal violação ao dispositivo legal e à cláusula editalícia específica. Note-se que esse vínculo indireto pode estar configurado, caso o referido agente público não seja sócio da empresa contratada, mas de outra empresa, com a qual a primeira subcontrate ou terceirize parte de seus serviços. Isso porque, de acordo com o teor literal do art. 9º, "caput", da Lei Federal nº 8.666/93, referido anteriormente, a pessoa jurídica da qual o Vice-Prefeito seja sócio "Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários". Portanto, mesmo a participação indireta (por meio da execução indireta por subcontratação ou terceirização) é insofismavelmente proibida pela Lei de Licitações.

Ademais, é de se observar que, independentemente da situação ora analisada, a Lei Orgânica do Município de Dias D'Ávila é taxativa ao proibir a participação do Prefeito e do Vice-Prefeito em empresa privada, *mesmo que essa entidade não participe de certames licitatórios na municipalidade*. Nesse sentido, dispõe o art. 75, § 1º, do citado diploma legal:

Art. 75. (...)

§ 1º O prefeito e o vice não podem desempenhar função em empresa privada.

Por isso, ainda que não existisse a proibição contida na Lei de Licitações, a considerar vedada mesmo a participação indireta, é certo que a Lei Orgânica municipal caracteriza óbice normativo suficiente para caracterizar a ilegalidade do desempenho de função empresarial pelo Vice-Prefeito.

5 – Conclusão

Diante do exposto, em resposta à consulta efetuada, o CAOPAM manifesta o seguinte entendimento:

- (a) É lícita a contratação de empresa para a prestação de serviços de gerenciamento de frota mediante cartão magnético de abastecimento de combustíveis. Todavia, a conjugação, no objeto da licitação, da contratação de empresa que simultaneamente preste esse serviço, bem como o de fornecimento de combustíveis, pode implicar cláusula restritiva da concorrência e lesiva à economicidade para os cofres públicos.
- (b) É ilícita a atuação de empresa da qual seja sócio o Vice-Prefeito na venda de combustíveis para abastecer veículo da Prefeitura de Dias D'Ávila. Em primeiro lugar, porque essa participação, seja direta ou indireta, é vedada

CAOPAM

Centro de Apoio Operacional às Promotorias
de Proteção à Moralidade Administrativa

pelo art. 9º, III, da Lei Federal nº 8.666/93. Em segundo, porque a Lei Orgânica do Município de Dias D'Ávila veda, em seu art. 75, § 1º, a participação o Vice-Prefeito em empresa privada.

Colocamo-nos à disposição para fornecer outros subsídios que se revelem necessários.

Salvador, 23 de setembro de 2019.

Luciano Taques Ghignone
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPAM