

DECISÃO ADMINISTRATIVA

SGPE PIMB 3585/2019

SGPE PIMB 1070/2020

EMENTA: Vício em processo licitatório. Nulidade. Recomendação do Ministério Público de Santa Catarina pela anulação do certame e atos dele decorrentes. Acatamento. Declaração de Nulidade.

1. Trata-se de encaminhamento de Recomendação por parte de órgão do Ministério Público do Estado de Santa Catarina constante das fls 004-006 dos autos SGPE PIMB 682/2021 (juntado ao processo PIMB 3585/2019), com o seguinte teor:

(...)

RECOMENDA à SCPAR Porto de Imbituba que adote providências administrativas imediatas necessárias à declaração de nulidade do procedimento licitatório iniciado pelo Edital n. 0031/2019 e do Contrato 006/2020

e

REQUISITA: a) no prazo máximo de 5 (cinco) úteis, que informe ao Ministério Público sobre o atendimento ou não da recomendação;

b) acolhida a recomendação, no prazo máximo de 30 (trinta) dias corridos, que comprove a prática dos atos administrativos necessários à anulação do procedimento licitatório iniciado pelo Edital n. 0031/2019 e do Contrato 006/2020, mediante juntada do diário oficial correspondente e atualização no portal da transparência.

2. Informa o membro do Ministério Público que foi instaurado o Inquérito Civil de nº 06.2021.00000767-1 para investigar os fatos relatados na Notícia de Fato de mesma numeração.
3. Em síntese, os fatos dizem respeito à afronta ao art. 62 da Lei Federal nº 13.303/2016 e ao art. 90 do Regulamento de Licitações e Contratos.
4. Assim dispõe a Lei 13.303/2016:

Art. 38. Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia mista a empresa: (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

I - cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital social seja diretor ou empregado da empresa pública ou sociedade de economia mista contratante;

II - suspensa pela empresa pública ou sociedade de economia mista;

III - declarada inidônea pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou pela unidade federativa a que está vinculada a empresa pública ou sociedade de economia mista, enquanto perdurarem os efeitos da sanção;

IV - constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea;

V - cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;

VI - constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VII - cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VIII - que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea.

Parágrafo único. Aplica-se a vedação prevista no caput :

I - à contratação do próprio empregado ou dirigente, como pessoa física, bem como à participação dele em procedimentos licitatórios, na condição de licitante;

II - a quem tenha relação de parentesco, até o terceiro grau civil, com:

a) dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista;

b) empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista cujas atribuições envolvam a atuação na área responsável pela licitação ou contratação;

c) autoridade do ente público a que a empresa pública ou sociedade de economia mista esteja vinculada.

III - cujo proprietário, mesmo na condição de sócio, tenha terminado seu prazo de gestão ou rompido seu vínculo com a respectiva empresa pública ou sociedade de economia mista promotora da licitação ou contratante há menos de 6 (seis) meses.

5. E assim dispõe o Regulamento de Licitações e Contratos da SCPAR Porto de Imbituba:

Art. 22. Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela SCPAR Porto de Imbituba a empresa:

I - cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital social seja diretor ou empregado da SCPAR Porto de Imbituba;

II - suspensa pela SCPAR Porto de Imbituba;

III - declarada inidônea pela União, por Estado ou pelo Distrito Federal, enquanto perdurarem os efeitos da sanção;

IV - constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea;

V - cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;

VI - constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VII - cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

§1º Aplica-se a vedação prevista no caput:

I - à contratação do próprio empregado ou dirigente, como pessoa física, bem como à participação dele em procedimentos licitatórios, na condição de licitante;

II - a quem tenha relação de parentesco, até o terceiro grau civil, com:

a) dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista;

b) empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista cujas atribuições envolvam a atuação na área responsável pela licitação ou contratação;

c) autoridade do Estado de Santa Catarina, assim considerada os ordenadores primários de órgãos ou entidades da Administração Pública Direta e Indireta.

III - cujo proprietário, mesmo na condição de sócio, tenha terminado seu prazo de gestão ou rompido seu vínculo com a SCPAR Porto de Imbituba há menos de 6 (seis) meses.

§2º A verificação do atendimento ao presente artigo se dará, cumulativamente, por autodeclaração fornecida pela licitante e pela conferência na etapa de habilitação no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS de que trata o artigo 23 da Lei nº 12.846, de 2013.

6. Constatam dos autos SGPE PIMB 1070/2020 o parecer jurídico nº 197/2020 que analisou a questão, constando as seguintes observações:

(...)

Em resposta de defesa, a empresa alega que o sócio Felipe Assunção Alencar fora nomeado consultor de projetos sociais, a contar de 02/01/2019 tendo sido exonerado em 12/06/2019. Alega, ainda, que em 05/07/2019 o referido sócio foi nomeado para secretário executivo do meio ambiente, a contar de 01/2019 tendo sido exonerado em 14/01/2019 sendo que tal nomeação não o confere status de autoridade de Estado.

(...)

Depreende-se no caso em tela que o assunto precisa ser avaliado sob a perspectiva finalística, ou seja, quando o dispositivo vedou a contratação de quem tenha relação de parentesco, até o terceiro grau civil, com "autoridade do ente público a que a empresa pública ou sociedade de economia mista esteja vinculada", verifica-se que tal dispositivo pretendeu abarcar os dirigentes com poder de influência sobre os processos de contratação da estatal.

A finalidade da previsão contida no art. 38 da Lei no 13.303/16 reside em assegurar a observância dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade no processamento das licitações e contratações pelas empresas estatais. As situações descritas no dispositivo pretendem evitar o favorecimento e/ou direcionamento da licitação para pessoas que mantenham vínculos com a empresa estatal ou agentes públicos que possam exercer influência sobre a contratação.

Sob esse enfoque, se as empresas cujos sócios e administradores são parentes até o terceiro grau civil da autoridade a que se vincula a empresa estatal contratante poderão estar impedidas de licitar e contratar, a fim de preservar a moralidade, a impessoalidade e a isonomia, com muito mais razão cumpriria realizar tal análise relativamente às empresas cujos proprietários/sócios sejam a própria autoridade

(...)

Logo, nos termos da Lei Complementar Estadual/SC nº 741/2019 a SCPAR Porto de Imbituba, por meio da SCPAR, está indiretamente vinculada, ao Gabinete do Governador do Estado de Santa Catarina.

Da Vinculação das Entidades da Administração Pública Estadual Indireta

Art. 90. Para efeitos de supervisão, coordenação, orientação e fiscalização, vinculam-se: I – ao Gabinete do Governador do Estado:

[...]

d) a SCPAR; No mesmo norte, dispõe a Lei Estadual 15.500/2011: Art. 2º A SC Participações e Parcerias S.A. - SCPAR, constituída sob a forma de sociedade anônima e vinculada ao Gabinete do Governador do Estado, tem capital social autorizado no valor de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais)

Portanto, não se identifica qualquer vinculação da entidade que promoveu o certame licitatório (SCPAR Porto) com a Secretaria do Meio Ambiente a qual o sócio da empresa contratada exercia suas funções, não havendo, desta forma, qualquer poder de influência, favorecimento e/ou direcionamento sobre os processos de contratação desta estatal.
É o parecer.

7. Sendo breve o relato, decidimos.
8. Em que pese a instrução processual apontar pela regularidade formal do processo até o presente momento, entendemos que o ponto de partida da solução deve passar necessariamente pela finalidade da norma.
9. Neste ponto, necessário observar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre o mesmo dispositivo previsto na Lei 8.666/93, cujo entendimento se aplica ao presente caso:

13. A princípio, ressalto que o § 3.º transcrito confere ao caput do art. 9.º amplitude hermenêutica capaz de englobar inúmeras situações de impedimento decorrentes da relação entre autor do projeto e licitante ou entre aquele e executor do contrato. Nesse sentido, a norma, ao coibir a participação de licitante ou executor do contrato que possua 'qualquer vínculo' de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista com o autor do projeto, elasteceu as hipóteses de impedimento, uma vez que não se faz necessária a existência de vínculo jurídico formal, mas, tão somente, uma relação de influência entre licitante ou executor do contrato e autor do projeto.

(...)

Vê-se então que **participou e venceu o certame pessoa que tinha acesso privilegiado à Administração, quer diretamente, quer por meio de contratado que tinha ampla participação em suas atividades**. Diante disso, que dizer da observância dos princípios da Administração Pública? De um lado, é claro o potencial de descumprimento dos princípios da impessoalidade e isonomia contido em tal situação. De outro, é inquestionável a violação do princípio da moralidade. A Administração Pública não deve ser ação entre amigos nem assunto familiar, não deve albergar sequer a suspeita de que quaisquer grupos possam valer-se da afinidade que os une para obter privilégios indevidos.

Prova da evidente imoralidade dos relacionamentos identificados é que nem mesmo o recorrente ousou considerá-los indiferentes ou inofensivos, excetuadas algumas ironias sobre o laço de parentesco entre um dirigente do DNIT e um sócio da Consulfer. Preferiu centrar fogo na impossibilidade de violação de princípios em abstrato, eis que, no caso concreto, não houve comprovação de direcionamento da licitação ou favorecimento ao licitante vencedor. Criticou ainda a utilização do conceito de crime de perigo abstrato pelo acórdão recorrido como fundamento para a imputação de descumprimento de princípios constitucionais.

(...)

A nosso ver, como já indicamos, **a falta de comprovação de efetivo favorecimento não exclui a violação ao princípio da moralidade, que ocorre com a simples participação em certame licitatório de pessoa estreitamente vinculada à Administração**. De qualquer modo, é desejável, justo e jurídico vedar essa mesma conduta, por encerrar altíssima probabilidade de violação aos demais princípios mencionados. Não é isso, a propósito, o que faz o próprio art. 9º da Lei de Licitações? Não há como negar que, em tese, o autor do projeto, por exemplo, pode ser inteiramente

isento em sua elaboração, de modo a não lograr qualquer vantagem caso venha a participar do procedimento licitatório instaurado para executar o serviço projetado. No entanto, é tão grande a probabilidade de que ocorra o contrário, é tão próprio da natureza humana tentar tirar vantagem dessa situação, que a lei houve por bem evitar a mera possibilidade de que isso ocorresse. **Diante do dano quase certo, é melhor evitar desde logo sua ocorrência, em vez de, depois, ter de remediar suas conseqüências.**

(...)

35. Diante da situação específica em que se encontravam os agentes envolvidos, que teriam condições suficientes de frustrar a competitividade, produzindo benefícios indevidos e reprováveis em todas as fases do procedimento licitatório (preparação do edital, análise de habilitação e das propostas técnicas e análise dos recursos), coadunado com o entendimento do Relator a quo no sentido de que **a existência dos vínculos pessoais detectados não garante que a execução da licitação em comento tenha observado os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e isonomia, não sendo necessário, portanto, a ocorrência de efetivo dano para se anular a licitação.**

36. Nesse mesmo sentido se pronunciou o representante do **Parquet** especializado, **verbis**: “*é de se referir, ainda, que o defeito de que padece o procedimento administrativo não depende de comprovação de fraude ou direcionamento do certame, como faz crer a recorrente, uma vez que a existência de conflito de interesses já é suficiente para contaminar a disputa*”.

37. Além disso, o art. 9.º da Lei 8.666/1993 é claro ao dispor, independentemente da ocorrência efetiva do dano, que não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários as pessoas elencadas nos incisos deste artigo e em seu § 3.º, no qual estão abrangidos os vínculos constatados nestes autos. **É suficiente, portanto, a mera suspeição para provocar a incidência das vedações** contidas nesse dispositivo e, por conseguinte, **anular o certame que ofender a essas regras.**

38. À vista dessas considerações, restou cristalino, na licitação em análise, a ofensa não só ao art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.666/93, mas, também, aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e impessoalidade. Por essa razão, considero acertada a decisão deste Tribunal no sentido de fixar prazo ao Dnit com vistas a anular a Concorrência n. 350/2006 e o contrato dela decorrente, celebrado com o consórcio recorrente.

Acórdão 1.170/2010, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler

10. Ainda observamos o entendimento em outro Acórdão do TCU:

85. Com relação à inexistência de dano ao erário e ao dolo de sua conduta, há que se recorrer, agora, aos princípios da moralidade e impessoalidade, presentes tanto na Carta Constitucional quanto na própria Lei de Licitações.

86. O eminente Ministro-Relator do TC Processo 020.787/2007-5, Ubiratan Aguiar, no voto condutor do Acórdão 2105/2008-TCU-Plenário, afirmou que, **em relação aos princípios, é dispensável a “(...) análise subjetiva acerca do ânimo dos agentes públicos e privados envolvidos na irregularidade, ou seja, não há necessidade de se averiguar se agiram com ou sem a intenção de desprezar os princípios da isonomia, legalidade, moralidade e impessoalidade”.**

87. Dessa maneira, **irrelevante é se o agente agiu ou não com dolo. O ato em si é irregular independentemente do seu ânimo.** Conforme salientou a Prof.^a Di Pietro em lição a respeito do princípio da moralidade (grifou-se), “Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade” (Maria Sylvia Zanella di Pietro. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1998. pg. 111).

88. Assim, nesse tocante a conduta do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca é **independente de dano ao erário ou da existência de dolo.** Esses dois quesitos apenas influirão na dosimetria da penalidade que o Tribunal porventura decida cominar ao responsável, não na existência do ilícito em si.

Acórdão 1.893/2010, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues

11. Em que pese haver elementos nos autos capazes de levar ao entendimento da regularidade formal do processo e do contrato, há de se considerar que a suspeição encontrada não é vício sanável, bem como a intenção da norma detém caráter preventivo, forte, principalmente, nos princípios da igualdade e da moralidade, estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal.
12. Com efeito, sabendo-se servidor de alto escalão da Administração Pública Direta, com alto grau de influência nas decisões do Estado, mesmo em se considerando que não detenha poderes de “ordenador primário”, devemos considerar que não poderia ter se lançado a participação, por meio de sua sociedade empresária, em certame licitatório de sociedade empresária estatal da mesma unidade da federação (Estado de Santa Catarina).
13. Corroborando essa tese, Marçal Justen Filho ensina que o citado dispositivo legal é amplo e deve reputar-se como meramente exemplificativo (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11^a ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 123):

“(…) 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 aplicar-se-á mesmo quando se configurar outra hipótese não expressamente prevista. Isso se dará em todas as hipóteses em que a empresa estiver subordinada à influência do autor do projeto. Assim se poderá configurar, por exemplo, quando o cônjuge do autor do projeto detiver controle de sociedade interessada em participar da licitação. Em suma, sempre que houver possibilidade de influência sobre a conduta futura da licitante, estará presente uma espécie de “suspeição”, provocando a incidência da vedação contida no dispositivo. A questão será enfrentada segundo o princípio da moralidade. É desnecessário um elenco exaustivo por parte da Lei. O risco de comprometimento da moralidade será suficiente para aplicação da regra”.

14. A moralidade administrativa, conforme explica Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro. 34. ed. São Paulo, 2008, p. 90 – grifos nossos), pode ser assim compreendida:

“A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como ‘o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’ [Maurice Hauriou, Précis Élémentaires de Droit Administratif. Paris, 1926. p. 197]. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.”

15. Nesta senda, considerando que o agente licitante, à época da licitação, pertencia a cargo de alto escalão da Administração Pública Direta do Estado de Santa Catarina; Considerando que a SCPAR Porto de Imbituba pertence à Administração Pública Indireta e tem seus Administradores (Diretores e Conselheiros de Administração) invariavelmente indicados por agentes políticos da mesma estrutura de governo (Administração Direta); *data venia* os entendimentos contrários expostos nos autos, entendemos não haver como se reputar válida a nomeação, pois flagrantemente eivada de vícios insanáveis.
16. A tempo, a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal expõe a concretização do chamado Princípio da Autotutela da Administração Pública:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

A Lei Federal nº 13.303/2016 assim dispõe sobre a possibilidade de anulação dos atos ilegais:

Art. 62. Além das hipóteses previstas no § 3º do art. 57 desta Lei e no inciso II do § 2º do art. 75 desta Lei, quem dispuser de competência para homologação do resultado poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrentes de fato superveniente que constitua óbice manifesto e incontornável, ou anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, salvo quando for viável a convalidação do ato ou do procedimento viciado. (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

§ 1º A anulação da licitação por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, observado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º A nulidade da licitação induz à do contrato.

§ 3º Depois de iniciada a fase de apresentação de lances ou propostas, referida no inciso III do caput do art. 51 desta Lei, a revogação ou a anulação da licitação somente será efetivada depois de se conceder aos licitantes que manifestem interesse em contestar o respectivo ato prazo apto a lhes assegurar o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

§ 4º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo aplica-se, no que couber, aos atos por meio dos quais se determine a contratação direta.

17. O mesmo texto é repetido no art. 90 do Regulamento de Licitações e Contratos da SCPAR Porto de Imbituba S.A.
18. Ante todo o exposto, conforme as razões de fato e de direito acima expostas, entendemos que houve afronta direta e literal ao disposto no art. 38, parágrafo único, II, “c”, da Lei Federal nº 13.303/2016 e 22, §1º, “c”, do Regulamento de Licitações e Contratos da SCPAR Porto de Imbituba S.A.
19. Ato contínuo, com fulcro no art. 62 da Lei Federal nº 13.303/2016 e no art. 90 do Regulamento de Licitações e Contratos da SCPAR Porto de Imbituba S.A., DECLARAMOS nula a homologação do certame originada do Edital n. 0031/2019 e nulo o Contrato 006/2020, bem como quaisquer atos deles decorrentes.
20. Publique-se no Diário Oficial do Estado e na página oficial da SCPAR Porto de Imbituba.
21. Registre-se.
22. Intime-se o licitante, concedendo-lhe prazo de 10 dias úteis para exercício do contraditório.
23. Notifique-se o órgão do Ministério Público do Estado fazendo referência ao Inquérito Civil nº 06.2021.00000767-1, encaminhando cópia da presente decisão.

Imbituba, 01 de abril de 2021.

Fabio dos Santos Riera
Diretor Presidente
SCPAR Porto de Imbituba S.A.

Fabricio Debortoli
Diretor Administrativo e Financeiro
SCPAR Porto de Imbituba S.A.