



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.629.541 - MA (2016/0257722-3)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
RECORRENTE : MERCURIO - COMERCIO DE PRODUTOS MEDICOS HOSPITALARES LTDA
ADVOGADO : ULISSES CÉSAR MARTINS DE SOUSA E OUTRO(S) - MA004462
RECORRIDO : M. A. SILVA - EQUIPAMENTOS HOSPITALARES
ADVOGADOS : WALNEY DE ABREU OLIVEIRA E OUTRO(S) - MA004378
RICARDO SAUÁIA MARÃO - MA007691
INTERES. : MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS

EMENTA

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIDOR INTEGRANTE DA ENTIDADE CONTRATANTE. PARTICIPAÇÃO NO CERTAME COMO RESPONSÁVEL TÉCNICO. VEDAÇÃO LEGAL. CESSÃO. PROIBIÇÃO. MANUTENÇÃO.

1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. Segundo o art. 9º, III, da Lei n. 8.666/1993, 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 pelo certame."

3. Tal vedação visa assegurar a garantia de tratamento isonômico entre os licitantes, permitindo-lhes participar da disputa em igualdade de condições.

4. Caso em que, a despeito de expressa vedação no edital, a Corte de origem assegurou a participação de empresa, ora recorrida, em licitação, da qual fora excluída por possuir em seu quadro de funcionários, como responsável técnica, servidora do Município responsável pela instauração do certame, haja vista achar-se cedida.

5. A cessão do servidor municipal para atuar em órgão federal não tem o condão afastar aquela regra proibitiva, pois a cessão conserva o vínculo do servidor com o órgão cedente, cuja natureza definitiva é mantida, havendo apenas o desdobramento da lotação e do exercício do servidor.

6. Em situação similar, este Tribunal já entendeu que "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 1607715/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 20/04/2017).

7. A Corte de Contas, tal como a doutrina especializada, tem feito uma interpretação sistemática e analógica do art. 9º, III e §§ 3º e 4º da Lei de Licitações para "elastecer a hipótese de vedação da participação indireta de servidor ou dirigente de órgão e entidade com o prestador de serviço".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. A vinculação da servidora com Secretaria Municipal diversa daquela que deflagrou a disputa não esvazia o vínculo funcional apto a, em tese, restringir o caráter competitivo da disputa.

9. Recurso especial provido para restabelecer a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de maio de 2020 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.629.541 - MA (2016/0257722-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por MERCURIO – COMERCIO DE PRODUTOS MEDICOS HOSPITALARES LTDA., com fulcro na(s) alínea(s) "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Maranhão, assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DA EMPRESA VENCEDORA. ART.9º DA LEI DE LICITAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

I - A proibição contida no art. 9º da Lei nº 8.666/1993 deriva do princípio da moralidade e da isonomia, que regem a Administração Pública, justificando-se, ainda, pelo fato de que, na licitação, todos os interessados em contratar com o Poder Público devem competir em igualdade de condições, sem quaisquer favoritismos ou discriminações.

II - No caso, tenho que a responsável técnica da empresa, muito embora seja servidora do Município de São Luís, não mantém vínculos pessoais com a situação concreta, de modo que não possui condições de frustrar a competitividade.

III - Isso porque a referida servidora, desde maio de 2008, exerce a atividade de assessora na Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós Graduação da UFMA (fl. 39) e, ainda que estivesse vinculada ao seu órgão originário (SEMED), foi a SEMUS o órgão responsável pelo certame, o que corrobora o entendimento de que a servidora não teria condições de exercer influência nociva no processo de licitação.

IV - Recurso provido.

Nas suas razões, o (a) recorrente aponta violação do art. 9º, III da Lei n. 8.666/93 e aduz a nulidade do certame, ao argumento de que, o fato da servidora estar cedida à UFMA não é suficiente para afastar a vedação contida na referida norma, posto que "não faz cessar o vínculo funcional existente entre esta e o Município de São Luís."

Contrarrazões às e-STJ fls. 839/845.

Juízo positivo de admissibilidade pelo Tribunal de origem às e-STJ fls. 847/848.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso (e-STJ fls. 857/862).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.629.541 - MA (2016/0257722-3)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
RECORRENTE : MERCURIO - COMERCIO DE PRODUTOS MEDICOS HOSPITALARES LTDA
ADVOGADO : ULISSES CÉSAR MARTINS DE SOUSA E OUTRO(S) - MA004462
RECORRIDO : M. A. SILVA - EQUIPAMENTOS HOSPITALARES
ADVOGADOS : WALNEY DE ABREU OLIVEIRA E OUTRO(S) - MA004378
RICARDO SAUÁIA MARÃO - MA007691
INTERES. : MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS

EMENTA

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIDOR INTEGRANTE DA ENTIDADE CONTRATANTE. PARTICIPAÇÃO NO CERTAME COMO RESPONSÁVEL TÉCNICO. VEDAÇÃO LEGAL. CESSÃO. PROIBIÇÃO. MANUTENÇÃO.

1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. Segundo o art. 9º, III, da Lei n. 8.666/1993, 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 pelo certame."

3. Tal vedação visa assegurar a garantia de tratamento isonômico entre os licitantes, permitindo-lhes participar da disputa em igualdade de condições.

4. Caso em que, a despeito de expressa vedação no edital, a Corte de origem assegurou a participação de empresa, ora recorrida, em licitação, da qual fora excluída por possuir em seu quadro de funcionários, como responsável técnica, servidora do Município responsável pela instauração do certame, haja vista achar-se cedida.

5. A cessão do servidor municipal para atuar em órgão federal não tem o condão afastar aquela regra proibitiva, pois a cessão conserva o vínculo do servidor com o órgão cedente, cuja natureza definitiva é mantida, havendo apenas o desdobramento da lotação e do exercício do servidor.

6. Em situação similar, este Tribunal já entendeu que "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 1607715/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 20/04/2017).

7. A Corte de Contas, tal como a doutrina especializada, tem feito uma interpretação sistemática e analógica do art. 9º, III e §§ 3º e 4º da Lei de Licitações para "elastecer a hipótese de vedação da participação indireta de servidor ou dirigente de órgão e entidade com o prestador de serviço".

8. A vinculação da servidora com Secretaria Municipal diversa daquela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que deflagrou a disputa não esvazia o vínculo funcional apto a, em tese, restringir o caráter competitivo da disputa.

9. Recurso especial provido para restabelecer a sentença.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

Estabelecida tal premissa, observo que os autos versam sobre mandado de segurança em que se impugna a exclusão da impetrante, ora recorrida (M. A. SILVA – EQUIPAMENTOS HOSPITALARES), de certame licitatório, em razão de possuir em seus quadros, "na qualidade de responsável técnica, servidora do Município de São Luís."

A Corte local proveu o apelo da impetrante para, reformando a sentença, conceder a segurança. Para tanto, entendeu o seguinte (e-STJ fls. 775/777):

A impetrante se insurgiu contra a sua exclusão do processo licitatório, fundamentada no fato de possuir em seus quadros servidora pública do Município de São Luís, o que é vedado pelo edital e pela disposição inserta no art. 9º, III, da Lei de Licitação.

O item 4.4, "e", do Pregão Presencial nº 359/2011 (fls. 40/59) vedou "a participação de empresas das quais participe, seja a que título for, servidor público da Prefeitura Municipal".

Por seu turno, o art. 9º da Lei de Licitação, estabelece:

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:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

A proibição legal deriva do princípio da moralidade e da isonomia, que regem a Administração Pública, justificando-se, ainda, pelo fato de que, na licitação, todos os interessados em contratar com o Poder Público devem competir em igualdade de condições, sem quaisquer favoritismos ou discriminações.

(...).

No caso, tenho que a responsável técnica da empresa, Ana Paula Lima Cerqueira Marques, muito embora seja servidora do Município de São Luís, não mantém vínculos pessoais com a situação concreta, de modo que não possui condições de frustrar a competitividade.

Isso porque a responsável técnica desenvolve, desde maio de 2008, a atividade de assessora na Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós Graduação da UFMA (fl. 39) e, ainda que estivesse vinculada ao seu órgão originário (SEMED), foi a SEMUS o órgão responsável pelo certame, o que corrobora o entendimento de que a servidora não teria condições de exercer influência nociva no processo de licitação.

(...).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A meu ver, o alijamento da apelante;' empresa hábil, capaz, vencedora de diversos itens do pregão, causa prejuízo à Administração, pois diminui a concorrência no processo licitatório e a busca de melhor preço. (grifos acrescidos).

As vedações do art. 9º da Lei de Licitações, acima transcrito, visa assegurar a garantia de tratamento isonômico entre os licitantes, permitindo-lhes participar da disputa em igualdade de condições.

Os incisos daquele preceito vedam a participação de determinadas pessoas no certame licitatório, as quais, teoricamente, teriam condições de frustrar a competitividade da disputa, entre elas, o servidor integrante dos quadros do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

In casu, discute-se se a cessão do servidor municipal para atuar em órgão federal tem o condão afastar aquela regra proibitiva.

A Primeira Seção desta Corte Superior tem entendido que "a cessão caracteriza-se pelo desdobramento da lotação e do exercício do servidor, de forma a manter a primeira no órgão cedente e a segunda no órgão cessionário. O vínculo com o órgão cedente permanece definitivo e com o órgão cessionário tem natureza temporária (...)" (MS 20.679/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 26/04/2017).

Ora, se a cessão não esvazia o vínculo do servidor com o órgão cedente, cuja natureza definitiva é mantida, a conclusão do aresto recorrido de que a servidora "não teria condições de exercer influência no processo de licitação" por estar cedida fica enfraquecida.

Este Tribunal já entendeu que o fato de estar o servidor licenciado, à época do certame, não afasta a vedação do referido preceito legal, visto que "não deixa de ser funcionário o servidor em gozo de licença."

A propósito:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Penso que a mesma conclusão aplica-se ao caso presente.

Com efeito, consta do acórdão do Tribunal maranhense que a responsável técnica da empresa excluída do certame, ora recorrida (M. A. Silva Equipamentos Hospitalares), integrava o quadro de funcionários do Município de São Luís, entidade contratante (e-STJ fl. 773), pelo que reputo enquadrada a situação dos autos na vedação do inciso III do art. 9º da Lei n. 8.666/93.

Ademais, o edital do Pregão Presencial trazia expressa proibição da "participação de empresas das quais participe, seja a que título for, servidor público da Prefeitura Municipal" (e-STJ fl. 775).

Convém anotar, ainda, que o Tribunal de Contas da União vem emprestando interpretação extensiva aos casos do referido artigo para, por exemplo, entender que a vedação contida no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993 "continua a ter incidência, ainda que na fase externa da licitação já não haja mais vínculo do servidor público alcançado pelo dispositivo legal com a licitante" (Acórdão 1448/2011-Plenário).

Quer dizer, se o servidor teve participação direta na fase interna da licitação, sua demissão "não impede a incidência da vedação contida no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993, uma vez que, embora perdendo a capacidade de influir no resultado da licitação, remanesce a vantagem do maior conhecimento acerca do objeto licitado em relação aos potenciais concorrentes."

In casu, o vínculo da funcionária da licitante com a contratante tem o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

potencial de restringir o caráter competitivo da disputa, posto que tal *status* lhe permitia, em tese, ter acesso a informações de que não dispunham os outros concorrentes, entre eles, o impetrante, ora recorrente.

Esta situação, aliás, enquadra-se no conceito de "participação indireta" de que trata o § 3º, do art. 9º, a qual tem sua incidência também para o inciso III do mesmo artigo: "Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários."

A Corte de Contas tem feito uma interpretação sistemática e analógica do art. 9º, III e §§ 3º e 4º da Lei de Licitações para "elastecer a hipótese de vedação da participação indireta de servidor ou dirigente de órgão e entidade com o prestador de serviço" e compreender que aquela proibição alcança tanto a participação de servidor do órgão contratante na licitação, como pessoa física, quanto de pessoas jurídicas "cujos sócios sejam servidores do contratante, em observância aos princípios da moralidade e da impessoalidade." (Acórdão 921/2019 – Segunda Câmara).

Da mesma maneira, a doutrina especializada abona a interpretação expansiva das vedações insertas naquele preceito legal, como demonstra o seguinte excerto:

Nem se diga que as regras legais restritivas devem ser interpretadas restritivamente. Esse princípio de interpretação não é absoluto, mas é completado por outros princípios. O intérprete deve apurar a extensão da vontade legislativa. Mesmo quando a regra legal tem natureza restritiva, tem de reconhecer-se que abrange todas as hipóteses a que se destina regular. (...).

É necessário indagar a razão que conduziu a Lei a vedar a participação ou contratação relativamente a dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Certamente, não se trata da mera condição de servidor público. Tanto é verdade que a vedação não abrange todo e qualquer servidor público. Somente apanha o sujeito vinculado ao órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, págs. 229/230).

Por último, assinalo não repercutir na conclusão do julgado o fato de a servidora estar vinculada à Secretaria de Educação (SEMED) e o certame ter sido deflagrado pela Secretaria de Saúde (SEMUS), posto que, como visto, tais órgãos integram o Município, a cujos quadros a agente pertence e, nessa condição, atuou como responsável técnica de licitante.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para restabelecer a sentença.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2016/0257722-3 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.629.541 / MA**

Números Origem: 00146524920128100001 0312392015 0437242013 146524920128100001 156132012
437242013

PAUTA: 05/05/2020

JULGADO: 05/05/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MERCURIO - COMERCIO DE PRODUTOS MEDICOS HOSPITALARES
LTDA
ADVOGADO : ULISSES CÉSAR MARTINS DE SOUSA E OUTRO(S) - MA004462
RECORRIDO : M. A. SILVA - EQUIPAMENTOS HOSPITALARES
ADVOGADOS : WALNEY DE ABREU OLIVEIRA E OUTRO(S) - MA004378
RICARDO SAUÁIA MARÃO - MA007691
INTERES. : MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Licitações

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.