

**NOTA TÉCNICA Nº 03/2018**

**EMENTA: PROCESSO LICITATÓRIO. IMPEDIMENTOS DE AGENTES PÚBLICOS COMO PARTICIPANTES. LEI DE LICITAÇÕES: ART. 9º. CONSTITUIÇÃO FEDERAL: ART. 54. ESCLARECIMENTO: ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.**

**Legislação correspondente:****Constituição Federal;****Tribunal de Contas da União;****Lei de Licitações;****Recurso extraordinário nº 423.560.**

A questão que nos foi apresentada, atualmente, refere-se ao tema licitações, buscando gerar resposta com relação a seguinte questão:

Quem não pode participar da licitação realizada no âmbito das prefeituras?

A resposta desta questão passa pela observação de duas situações. Estão impedidos de participar do processo licitatório aqueles proibidos expressamente pela Lei de Licitações (art. 9º) e, também, aqueles que, em decorrência do cargo que ocupam, ficam proibidos pela lei que os regula: agentes políticos – prefeitos e vereadores, bem como servidores públicos impedidos pelos seus respectivos estatutos). Assim, o estatuto dos parlamentares - artigo 54 da CF - que trata dos impedimentos dos parlamentares para contratar com a administração e, no tocante aos servidores, de modo geral, no tocante aquilo que dispõe a Lei Orgânica, além do dispositivo existente no artigo 9º da Lei de Licitações, em seu inciso III, definem o conteúdo legal que regula o tema. Vejamos, pois estes dispositivos.

A lei de licitações criou impedimento com relação a sua própria sistemática, ao definir:

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.

A leitura simples da Lei de Licitação nos faz observar que em nenhum momento apresentou-se, uma vedação na participação de empresa que possua parente no órgão licitante. Logo, a princípio, a empresa poderá participar das licitações realizadas por esta entidade normalmente.

Entretanto, deve-se considerar a intenção do legislador na criação do dispositivo legal ora em comento, que é afastar os licitantes que possam possuir informações privilegiadas. Neste contexto, pode-se cogitar que este licitante, por possuir parente dentro da entidade licitadora, possa possuir informações privilegiadas desvirtuando os princípios da isonomia, moralidade entre outros.

Foi neste caminho que o TCU tem se posicionado no sentido de não contratar empresas que possuem vínculo de parentesco com servidor do órgão licitante. Vejamos os acórdãos abaixo:

***A contratação pela Administração de empresas pertencentes a parentes de gestor público envolvido no processo caracteriza, diante do manifesto conflito de interesses, violação aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade.***

*Denúncia relativa a contratações conduzidas pela Prefeitura Municipal de Urucuia/MG apontara, dentre outras irregularidades, a contratação do pai do prefeito municipal na condição de empresário individual, decorrente de pregões presenciais para o fornecimento de gêneros alimentícios e material de higiene e limpeza. Realizado o contraditório, o gestor permaneceu silente no tocante à contratação do pai, configurando, dessa forma, a revelia. Sobre o assunto, consignou o relator que “a despeito de não haver, na Lei nº 8.666/1993, vedação expressa de contratação, pela Administração, de empresas pertencentes a parentes de gestores públicos envolvidos no processo, a jurisprudência desta Corte tem se firmado no sentido de considerar que há um evidente e indesejado conflito de interesses e que há violação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade”. Exemplificou transcrevendo trecho do voto condutor do Acórdão 1.511/2013-Plenário, no qual é enfatizada a afronta aos princípios constitucionais, mormente nos casos em que o servidor/gestor público atua na condição de autoridade homologadora do certame. Em conclusão, diante da gravidade do fato, formulou minuta de acórdão, acolhida pelo Plenário, julgando parcialmente procedente a Denúncia e sancionando o gestor com a multa capitulada no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92. Acórdão 1941/2013-Plenário, TC 025.582/2011-9, relator Ministro José Múcio Monteiro, 24.7.2013.*

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

*Representação apontou possível irregularidade na Concorrência 001/2007, promovida pela Fundação Universidade Federal do Piauí – FUFPI/MEC, objetivando a contratação de empresa para a prestação de serviços de publicidade e propaganda. Segundo a representante, a participação no certame e posterior contratação de empresa cujo*

sócio – detentor de 30% do capital social – pertencia ao quadro de pessoal da promotora da licitação (FUFPI) configurou afronta ao disposto no artigo 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993, bem como ao item 5.1 do edital, que assim dispôs: “5.1. Não poderão participar da licitação as empresas que tenham entre seus dirigentes, gerentes, sócios detentores de mais de 5% (cinco por cento) do capital social, dirigentes, responsáveis e técnicos, servidor ou dirigentes de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação e empresas em consórcio.” A unidade técnica destacou que, no curso da licitação, o servidor da FUFPI retirou-se da sociedade, sendo substituído por sua filha. Destacou ainda que a referida empresa teria sido beneficiária de 21 processos de dispensa de licitação depois do ingresso do referido servidor no quadro societário. O relator, em consonância com a unidade técnica, rejeitou as justificativas apresentadas pela empresa e pelo servidor, ao concluir que a alteração efetivada no contrato social da empresa teve por objetivo afastar o impedimento tipificado no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993. Apontou ainda a ocorrência de simulação com o intuito de fraudar o procedimento licitatório. Argumentou que “mesmo ao se considerar lícita a alteração do contrato social, não se afastou do impedimento constante do art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993”. Isso porque, “consoante a jurisprudência desta Corte, as vedações explicitadas nesse dispositivo legal estão sujeitas a analogia e interpretação extensiva ...” . Ou seja, “qualquer situação que não esteja prevista na lei, mas que viole o dever de probidade imposto a todos os agentes públicos ou pessoa investida desta qualidade, deve ser proibida, por ser incompatível com os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade”. (Acórdão 1170/2010-Plenário). Especificamente em relação à participação de parentes em licitação, citou o Acórdão 607/2011-Plenário, no sentido de que “mesmo que a Lei nº 8.666, de 1993, não possua dispositivo vedando expressamente a participação de parentes em licitações ..., vê-se que foi essa a intenção axiológica do legislador ao estabelecer o art. 9º dessa Lei, em especial nos §§ 3º e 4º, vedando a prática de conflito de interesse nas licitações públicas ...”. Ao se reportar ao caso concreto, destacou que a influência do servidor sobre os gestores da FUFPI foi determinante para a ocorrência das sucessivas contratações diretas da empresa. Ponderou, contudo, que a imposição de penalidades deveria ocorrer somente sobre a empresa, uma vez que não houve débito e que a conduta do servidor escapou à jurisdição do TCU por ter sido “praticada na condição de sócio da empresa e não como gestor de recursos públicos ...”. Em relação aos membros da comissão de licitação, ressaltou que “esses responsáveis tiveram conhecimento de que a empresa possuía, de forma relevante, em seu quadro societário parente de servidor da entidade”. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu em relação a essa irregularidade: a) declarar, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, a empresa inidônea para participar de licitações promovidas pela Administração Pública Federal pelo prazo de três anos; b) aplicar aos membros da comissão de licitação a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992; c) encaminhar cópia da decisão à FUFPI para que averigue a pertinência de instauração de processo administrativo disciplinar para apurar eventuais desvios de conduta praticados pelo servidor. Precedentes mencionados: Acórdãos 1.170/2010 e 607/2011, todos do

*Plenário. Acórdão 1019/2013- Plenário, TC 018.621/2009-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 24.4.2013.*

O mais brilhante profissional do tema, o professor J. U. Jacoby Fernandes, comentou o acórdão nº 2.543/2004 lembrando que “o TCU realizou audiência devido a não-observância da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa e seleção da proposta mais vantajosa em face da contratação de empresas pertencentes a membros da família do responsável. Não acolheu as justificativas e imputou multa de R\$ 5.000,00. No âmbito administrativo, a exoneração a pedido do agente foi convertido em destituição do cargo em comissão.” (cf. in Vade-Mécum de licitações e contratos, 5. ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011 p. 220).

Se essa é a lógica que cerca o impedimento feito aos membros da comissão de licitação, aqueles outros que atingem prefeitos, vereadores e demais servidores, servem-se da mesma lógica, mas agora intermediados pela situação destes agentes; que encontram proibições previstas nos respectivos estatutos.

Neste sentido, vale registrar voto do Ministro Joaquim Barbosa, em memorável voto no Recurso extraordinário 423.560, que julgou o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei Orgânica de Brumadinho, Minas Gerais, no tocante ao seu dispositivo abaixo transcrito:

*“Art. 36 – O Prefeito, o Vice-Prefeito, os Vereadores, os ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, as pessoas ligadas a qualquer deles por matrimônio ou parentesco, afim ou consangüíneo, até o 2º grau, ou por adoção e os servidores e empregados públicos municipais, não poderão contratar com o Município, subsistindo a proibição até seis meses após findas as respectivas funções”.*

Ao atender pela constitucionalidade do referido dispositivo, o Ministro, em voto, observou o seguinte:

*“É importante registrar que a lei 8.666/1993 estabelece, em seu art. 9º, uma série de impedimentos à participação nas licitações. No que interessa ao presente caso, o referido dispositivo determina que não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. A lei federal considera, ainda, participação indireta 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 (Art. 9º, III e parágrafo 3º). É certo que o referido art. 9º não estabeleceu, expressamente, restrição à contratação com parentes dos administradores, razão por que há doutrinadores que sustentam, com fundamento no princípio da legalidade, que não se pode impedir a participação de parentes nos procedimentos licitatórios, se estiverem presentes os demais pressupostos legais, em particular a existência de vários interessados em disputar o certame (v.g. BULOS,*

*UadiLammêgo. Licitação em caso de parentesco. In: BLC: Boletim de licitação e contratos, v. 22, n. 3, p. 216-232, mar. 2009). Não obstante, entendo que, em face da ausência de regra geral para este assunto, o que significa dizer que não há vedação ou permissão acerca do impedimento à participação em licitações em decorrência de parentesco, abre-se campo para a liberdade de atuação dos demais entes da federação, a fim de que eles legislem de acordo com suas particularidades locais (no caso dos municípios, com fundamento no art. 30, II, da Constituição Federal), até que sobrevenha norma geral sobre o tema. E dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de questão das mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes. Acrescento, ainda, que norma dessa natureza traz ínsita a garantia de possibilidade de efetiva, real e isonômica competição, pois impede favorecimentos e benefícios em razão do grau de parentesco com os agentes públicos.*

*Com essas breves considerações, dou provimento ao recurso extraordinário, para reformar o acórdão recorrido e declarar a constitucionalidade do art. 36 da Lei Orgânica do Município de Brumadinho-MG.”*

Portanto, ao reconhecer a validade do dispositivo orgânico, o Ministro está por reafirmar a lógica que se impõe ao sistema constitucional brasileiro quando trata, de modo genérico, da proibição dos agentes públicos em contratarem com a Administração Pública, por eles e seus parentes até terceiro grau, diretamente ou sob o regime empresarial.

**Coordenação Jurídica**

**Telefones: 3115-5922/ 5923/ 5924/ 5925**

**Email: [coordenacaojuridica@upb.org.br](mailto:coordenacaojuridica@upb.org.br)**

