

**TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA**

**AJU: ASSESSORIA JURÍDICA**

**ORIGEM: MUNICÍPIO DE ITAGI**

**PROCESSO Nº 00798e19**

**PARECER Nº 00219-19 (F.L.Q.)**

IMPEDIMENTOS À PARTICIPAÇÃO, DIRETA OU INDIRETA, NO CERTAME LICITATÓRIO. ART. 9º, LEI Nº 8.666/93. INTENÇÃO AXIOLÓGICA DO LEGISLADOR. VEDAÇÃO AO CONFLITO DE INTERESSES NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS. ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

A intenção axiológica do Legislador Infraconstitucional ao editar a norma disposta no art. 9º, da Lei nº 8.666/93, é justamente impedir que determinadas pessoas, em função da posição que ocupam ou do status que apresentam, utilizem-se desta prerrogativa para interferirem de forma negativa, tendenciosa ou parcial do certame licitatório. Busca-se vedar a prática do conflito de interesses nas licitações públicas, em atenção aos princípios constitucionais que norteiam todos os atos administrativos, principalmente os da moralidade e da impessoalidade.

O Prefeito do **MUNICÍPIO DE ITAGI**, Sr. Olival Andrade Júnior, por meio do Ofício nº 031/2019, endereçado ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 00798e19, questiona-nos o seguinte:

“É possível um advogado nomeado como Diretor Jurídico da Prefeitura e integrando como sócio de empresa (pessoa jurídica-escritório de advocacia) ser contratado por inexigibilidade para prestar os serviços de assessoria e consultoria à Câmara Municipal?”

Antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressaltamos ao Consulente que os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado.

Ademais, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Prestados tais esclarecimentos, cumpre-nos registrar que de acordo com o quanto dispõe o art. 37, inciso XXI, da CF/88, a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações 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.”

As exceções, por sua vez, segundo o referido artigo, deverão estar expressamente previstas em lei.

Sendo assim, o Legislador Infraconstitucional, com intuito de regulamentar o artigo mencionado acima, editou a Lei Federal de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Orienta o citado diploma normativo, no seu art. 3º, que o procedimento licitatório visa a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, observando, para tanto, os princípios constitucionais da igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, assim como, os princípios da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Visando buscar a efetivação dos princípios acima mencionados, em especial, os da impessoalidade e da moralidade, o Legislador, no art. 9º, da Lei nº 8.666/93, enumera os sujeitos que, direta ou indiretamente, são impedidos de participar de licitações ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários, nos seguintes termos:

“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.

§1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§3º 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.

§4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.”.

Da leitura do dispositivo, observa-se que a finalidade da norma é justamente impedir que determinadas pessoas, em função da posição que ocupam ou do status que apresentam, à exemplo de servidor público, dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável da licitação, utilizem-se desta prerrogativa para interferirem de forma negativa, tendenciosa ou parcial do certame licitatório.

Com efeito, apesar da Lei nº 8.666/93 apenas dispor sobre aquelas hipóteses de impedimento, a jurisprudência pátria, com base nos princípios que norteiam todos os atos administrativos, **principalmente os da moralidade administrativa e da impessoalidade**, reconhece outras situações de impedimento à participação em licitações, conforme se observa nas decisões abaixo colacionadas:

“[...] a irregularidade verificada no item 3.4 acima afronta os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade que devem orientar a atuação da Administração Pública e, mesmo que a Lei n. 8.666, de 1993, **não possua dispositivo vedando expressamente a participação de parentes em licitações**

**em que o servidor público atue na condição de autoridade responsável pela homologação do certame**, 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, ainda mais em casos como o ora apreciado **em que se promoveu a contratação de empresa do sobrinho do prefeito mediante convite em que apenas essa empresa compareceu ao certame**. (Acórdão nº 607/2011, Ministro substituto André Luís Carvalho, Plenário do TCU).

“(…) III.1 PRIMEIRO QUESTIONAMENTO O primeiro questionamento diz respeito à possibilidade de empresa, que tenha como sócio acionista um dos Secretários Municipais da entidade pública, participar do processo licitatório em igualdade de condições com as demais empresas. Os Secretários Municipais se enquadram no conceito de agentes políticos, aos quais incumbe, nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho, a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público, desenhando os destinos fundamentais do Estado e criando as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins. Como tais, integram os quadros da Administração Pública, embora em caráter transitório, como é próprio desse tipo de investidura. No caso dos Secretários Municipais, particularmente, o vínculo é precário, pois sua atividade depende da confiança da autoridade que livremente os nomeou. Vale destacar que os agentes políticos não se submetem às regras comuns aplicáveis aos servidores em geral, pelo fato de exercerem funções de direção e orientação superior. As regras que os regem encontram-se na Constituição ou em estatutos próprios, estando, de qualquer maneira, submetidos aos princípios informadores da Administração Pública. Dentre esses princípios, **destacam-se os da moralidade e da impessoalidade, previstos no art. 37, caput, da CF. O primeiro impõe ao administrador público que “não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta” Por meio dele, o agente público deverá avaliar não somente os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. O segundo, por sua vez, segundo o citado autor, “objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica”. Nesse aspecto, argumenta que o princípio da impessoalidade é uma faceta do princípio da isonomia, acrescentado o seguinte: Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui se reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, [...], segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória.** (…)

O padrão ético que se espera do administrador e a busca do interesse público impõem que sua liderança seja exercida para o bem dos administrados e não em seu próprio favor, o que é questionável na situação proposta. Nesses termos, parece claro que, se é vedada a participação de parlamentares, bem como a de servidores públicos, em empresas que mantenham ou firmem contrato com o Poder Público, também deve ser considerada proibida a hipótese envolvendo Secretários Municipais, por ofensa aos princípios da moralidade e da impessoalidade. III.2 SEGUNDO QUESTIONAMENTO O segundo questionamento diz respeito à possibilidade de uma construtora, que tem como um de seus engenheiros responsáveis profissional autônomo que presta serviço a várias construtoras, participar de processo licitatório em município em que o pai do engenheiro é Prefeito municipal e conseqüentemente contratante. O deslinde da questão passa também pela análise dos princípios da moralidade e da impessoalidade. Por meio deles, chega-se à conclusão de que a contratação pelo Município de construtora em que o engenheiro responsável seja filho do Prefeito é irregular. **Isso porque a conduta**

**esperada do administrador é que seus atos sejam desvinculados de paixões ou parcialidade, o que dificilmente se constata quando o ato envolve interesse de parentes ou pessoas com vínculo afetivo próximo.** (...) A Administração, nesses casos, deixa de agir de maneira impessoal e passa a atuar de forma a privilegiar os interesses particulares de seus agentes em detrimento do interesse público. **Trata-se de um ônus a que o administrador, enquanto investido nessa função, deve se submeter.** No âmbito do procedimento licitatório, o caminho não pode ser diferente. O administrador que se depare, no momento de realização do certame, com empresas que tenham cônjuges, companheiros ou parentes como sócios diretores, engenheiros responsáveis, etc., deverá desclassificá-las, sob pena de fulminar os princípios em questão. Isso porque, tendo poder de decidir sobre a contratação, poderia querer privilegiar aqueles com quem tem laços de parentesco. (...) **IV CONCLUSÃO** Por todo o exposto, com base primordialmente nos princípios da moralidade e da impessoalidade, opina-se no sentido de que a presente consulta deve ser respondida no sentido de que: 1. Não é possível à empresa que tenha como sócio acionista um Secretário Municipal participar de processo licitatório no Município; 2. Não é possível à construtora, cujo engenheiro responsável seja filho do Prefeito, participar de procedimento licitatório no Município; 3. Não é possível à empresa prestadora de serviço que tenha como sócio servidor público municipal (efetivo e/ou comissionado) participar de procedimento licitatório no Município, exceto se o cargo ocupado por ele na Administração não tenha poderes suficientes para interferir na contratação. (grifo aditado. Consulta TC – 004/2012. TCE/ES)”.

Ainda nesta seara, essa Assessoria Jurídica nos autos do Processo nº 09999-14, emitiu o seguinte pronunciamento:

“(…) Em nenhum momento o administrador público poderá distanciar o seu procedimento dos princípios básicos que devem nortear todos os atos administrativos, os quais se acham inscritos expressamente na Constituição Federal consubstanciados na legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade, publicidade e eficiência, além da economicidade. Tais princípios devem balizar toda a atividade pública e a respectiva gestão dos negócios para preservação dos interesses sociais pelos quais cumpre ao administrador público zelar.

A Carta Federal define, em seu art. 37, como um dos princípios da Administração Pública, **a moralidade, o que vale dizer que o ato administrativo deve obedecer, também, à ética, impedindo que pessoas ligadas ao Poder Público, bem como, por analogia, seus familiares, firmem contrato com a Administração Direta ou Indireta Municipal.**

A **moralidade**, segundo Hauriou, citado pelo saudoso administrativista Hely Meirelles, constitui-se como "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração", pelas quais o agente público, de acordo com o mesmo administrativista, 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. Até porque, segundo o aforismo latino, non omne quod licet honestum est, ou seja, nem tudo que é legal é honesto. Assim é que a moralidade administrativa é fator de legalidade.

A doutrina assim se posiciona sobre o princípio da **MORALIDADE**:

“Em síntese podemos dizer que o administrador afrontará o princípio da moralidade todas as vezes que agir visando interesses pessoais com o fito de tirar proveito para si ou para amigos”.

**"Em suma, sempre que houver a possibilidade de influência sobre a conduta futura da licitante, estará presente uma espécie de 'suspeição', provocando a incidência da vedação para participar do certame. A questão será enfrentada segundo o princípio da moralidade. É desnecessário um elenco exaustivo por parte da Lei. O risco de comprometimento será suficiente para a aplicação da regra."**

Invocar o princípio da moralidade tem o intuito de impedir que se beneficie um licitante específico, em detrimento dos demais interessados no objeto, somente por fazer parte da Administração ou pelo parentesco que o mesmo possa ter com alguém que ocupe uma posição dentro do Município, obtendo informações privilegiadas ou dando margem a desvios de conduta.

O princípio constitucional da isonomia também deve ser considerado, visto que esta situação representa o risco da existência de relações pessoais entre os sujeitos que definem o destino da licitação e o particular que licitará. Esse relacionamento poderá gerar distorções que vão de encontro ao referido preceito constitucional.

Ainda que a Lei Orgânica Municipal não estenda aos parentes do Gestor, expressamente, a vedação de contratar com o Poder Público, entendemos que esta proibição os atinge, em atendimento aos princípios norteadores da Administração Pública anteriormente citados, mormente o da **moralidade administrativa**.

Como se vê, a regra é que os Agentes Políticos, servidores municipais e todas as pessoas a eles ligadas por vínculos de parentesco e que possam influenciar diretamente no resultado da licitação não podem contratar com a Administração Pública.

Assim, o prolongamento da proibição aos familiares do alcaide, bem como às empresas das quais sejam sócios, tem como escopo impedir que os mesmos sejam favorecidos por instrumentos contratuais que lhes tragam benefícios, ou condições diferentes dos celebrados com outras pessoas que não tenham o mesmo vínculo.

O parentesco, apesar de não estar explicitamente relacionado na regra, está incluído no conceito de impedimento demonstrado neste opinativo, vez que implica na presença de uma relação pessoal que poderá comprometer os objetivos da licitação, quais sejam, maior competitividade para a obtenção da melhor proposta.". (grifo adotado).

Feitas tais considerações, podemos concluir que a hipótese de contratação direta de escritório de advocacia que possua no seu quadro societário servidor público vinculado institucionalmente a órgão diverso daquele responsável pela licitação, por exemplo, configura, na prática, o conflito de interesses e viola os princípios já mencionados da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Existe, neste caso, impedimento à participação no certame, nos termos dispostos no art. 9º, da Lei nº 8.666/93, pois, poderia ficar configurada a participação indireta do servidor público.

Por fim, mas não menos importante, chamamos à atenção do Gestor, que, de acordo com o Professor Celso Antônio Bandeira de Melo, na sua Obra “Elementos de Direito Administrativo”, 1986, p. 230, **violar um princípio é muita mais grave que transgredir uma norma qualquer pois, a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos.**

É o parecer.

Salvador, 30 de janeiro de 2019.

**Flávia Lima de Queiroz**

**Chefe da DACJ**