

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE ARATUÍPE

PROCESSO Nº 09153e21

PARECER Nº 00892-21

EMENTA: CONSULTA. POSTERIOR NOMEAÇÃO COMO SERVIDOR, DE SÓCIO DE EMPRESA VENCEDORA DE LICITAÇÃO. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 8.666/93 OU DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES Nº 14.133/2021. VEDAÇÃO À CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO, DIRIGENTE DE ÓRGÃO OU ENTIDADE CONTRATANTE. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE.

1. Tanto a Lei nº 8.666/93, especificamente no artigo 9º, III, como a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 9º, § 1º, preveem expresse impedimento à participação de servidor ou dirigente de órgão ou entidade em licitações e, conseqüentemente, a contratação de empresas, cuja propriedade seja dos referidos agentes públicos, mandamentos estes de caráter proibitivo, que conferem concretude aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas, os quais devem nortear toda a conduta administrativa.

2. Em tese, baseando-se no arcabouço legal que rege a matéria objeto dos questionamentos do Consulente e sem levar em consideração a realidade fática vivenciada pela municipalidade, não haveria óbice para a nomeação como servidor da municipalidade, de pessoa física, sócio de empresa vencedora de procedimento licitatório realizado pelo Município, em momento posterior a realização do certame.

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Antônio Marcos Araújo de Souza, Prefeito do Município de Aratuípe/BA, por intermédio do seu advogado devidamente constituído, endereçada a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, por meio do expediente aqui protocolado sob o nº 09153e21, através da qual solicita-nos informações sobre *“nomeação de servidor que participou de licitação por meio de empresa da qual é sócio”*.

Diante dos fatos narrados, questiona-nos o seguinte:

“PODE SERVIDOR QUE, ANTES DE SER NOMEADO E EMPOSSADO EM CARGO PÚBLICO MUNICIPAL, PARTICIPOU DE LICITAÇÃO, POR MEIO DE EMPRESA DA QUAL É SÓCIO, E GANHOU A LICITAÇÃO REALIZADA PELA MUNICIPALIDADE, INTEGRAR OS QUADROS DE SECRETARIA QUE NÃO SEJA RESPONSÁVEL PELA TOMADA DO SERVIÇO OU DESTINAÇÃO DO FORNECIMENTO DE BENS?”

Em caráter preliminar, importante registrar que os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, **por força do artigo 3º, §4º, da Res. TCM nº 1.392/2019 - Regimento Interno, são confeccionados sempre em tese,** razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de qualquer caso concreto apresentado, inclusive os vivenciados pelo Município de Aratuípe.

Ademais, antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, 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 artigo 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.

Cabe salientar que, a partir de 1º de abril do corrente ano, entrou em vigor a nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021 -, norma esta que, em seu artigo 191 c/c o 193, II, confere ao Gestor Público a faculdade, dentro do prazo de dois anos do referido marco inicial de sua vigência, de realizar licitações e celebrar contratos, tendo como parâmetro as regras e princípios previstos na legislação antiga (Lei nº 8.666/93, Lei 10.520/02 ou Lei nº 12.462/2011), ou com fulcro diretamente no novel diploma legal, desde que explicitada, qualquer que seja a opção, no respectivo edital ou instrumento de contratação direta senão vejamos:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do [caput do art. 193](#), a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo único. Na hipótese do **caput** deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no [inciso II do caput](#) do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

[...]

Art. 193. Revogam-se:

[...]

II – a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Dito isso, tendo em vista a temática dos questionamentos do Consulente, passaremos a tecer os esclarecimentos necessários acerca das hipóteses de vedação à participação nos processos licitatórios, tendo como parâmetro tanto a Lei nº 8.666/93, como também a recente Lei nº 14.133/2021.

Primeiramente, vale ressaltar que é vedada a participação de servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pelas licitações públicas e, via de consequência, a respectiva contratação pela Administração Pública, diretamente ou por meio de procedimento licitatório, de empresas cuja propriedade seja de um dos referidos agentes públicos, sob pena de grave violação aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas, bem como por força da hipótese de impedimento previsto no artigo 9º, III, da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

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.

De igual modo, a nova Lei de Licitações, além de elencar, nos incisos do artigo 14, uma série de hipóteses de impedimento de particulares participarem de licitações e contratarem com a Administração, no capítulo IV, dedicado aos agentes públicos, estabelece vedação semelhante àquela encontrada no supracitado dispositivo da Lei 8.666/93, inserta no artigo 9º, § 1º, desta sorte de forma mais abrangente, estendendo-se a todos os agentes públicos e envolvendo situações que possam caracterizar conflito de interesses, mesmo após o exercício do cargo, conforme passa-se a destacar:

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

[...]

§ 1º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução do contrato agente público de órgão ou entidade licitante ou contratante, devendo ser observadas as situações que possam configurar conflito de interesses no exercício ou após o exercício do cargo ou emprego, nos termos da legislação que disciplina a matéria.

Da leitura dos dispositivos em relevo, observa-se que a finalidade da norma é justamente impedir que determinadas pessoas, em função da posição que ocupam ou do status que apresentam, a 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, seja para obter informações privilegiadas ou dando margem a quaisquer atos possíveis de configurar desvios de conduta.

Tratando do tema, Marçal Justen Filho, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 5ª Edição, p. 111, assevera que:

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

A doutrina majoritária estabelece que as hipóteses de vedação à participação na licitação deverão ser observadas, em caráter amplo, ou seja, os agentes indicados no artigo 9º não estão apenas impedidos de participar das licitações, mas também de contratar com a Administração.

Por conseguinte, podemos concluir que **tanto a Lei nº 8.666/93, especificamente no artigo 9º, III, como a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 9º, § 1º, preveem expresse impedimento à participação de servidor ou dirigente de órgão ou entidade em licitações e, conseqüentemente, a contratação de empresas, cuja propriedade seja dos referidos agentes públicos, regras proibitivas estas que conferem concretude aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas, os quais devem nortear toda a conduta administrativa.**

Essas vedações legais decorrem principalmente do atendimento aos princípios da impessoalidade e da moralidade. Além do mais, as ações dos gestores públicos devem buscar atender aos princípios norteadores da atividade administrativa e da proteção à isonomia e competitividade, visando, com isso, uma atuação administrativa voltada à satisfação de interesses supraindividuais.

Fixadas tais premissas, e analisando os questionamentos do presente expediente, extrai-se que a dúvida do Consultante trata-se, na verdade, de situação envolvendo a possibilidade de nomear como servidor da municipalidade, sócio de empresa vencedora de processo licitatório, em momento posterior a realização do certame e para integrar o quadro de secretaria que não é a responsável pela tomada do serviço ou destinação do fornecimento de bens.

Nesse contexto, constata-se que a situação narrada no presente expediente não parece se enquadrar nas hipóteses de vedação à participação nos processos licitatórios, disciplinadas nas Leis nºs 8.666/93 e 14.133/2021, tendo em vista que à época da realização do procedimento licitatório, o sócio da empresa participante não integrava os quadros da Administração.

Assim, em tese, baseando-se no arcabouço legal que rege a matéria objeto dos questionamentos do Consultante e sem levar em consideração a realidade fática vivenciada pela municipalidade, não haveria óbice para a nomeação posterior como servidor, de pessoa física, sócio de empresa vencedora de certame licitatório realizado pelo Município, tendo o procedimento de contratação da empresa ocorrido antes do referido sócio ser nomeado servidor do ente contratante.

Acrescente-se, que caso ocorra a nomeação como servidor de pessoa física, sócia de empresa, deve-se observar ainda o quanto estabelecido no inciso X, do artigo 117 da Lei 8.112/90, *in verbis*:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

[...]

X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;

A mencionada Lei Federal é taxativa em proibir ao servidor público a gerência ou administração de sociedade, porém permite que o mesmo possa ser acionista, cotista ou comanditário.

Ademais, nesse contexto, **deverão ser observadas as hipóteses de vedação à participação em licitações, bem como na execução do contrato**, disciplinadas na Lei de Licitações e Contratos, tendo em vista que o servidor, também sócio de empresa, estaria, concomitantemente, integrando os quadros da Administração.

No mais, ressalte-se, porque necessário, que a análise realizada por esta Unidade Jurídica no presente opinativo não se configura como salvo-conduto, apto a autorizar, em qualquer situação, eventual nomeação posterior para integrar o quadro de servidores da municipalidade, de sócio de empresa vencedora de licitação. Isso porque, se na análise do caso concreto for verificado, por exemplo, que houve eventual promessa futura de nomeação como servidor da municipalidade do sócio da empresa vencedora da licitação, de modo a interferir na lisura do certame, maculando os princípios da moralidade e impessoalidade, poderão ser imputadas as medidas cabíveis, se for o caso.

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 muito 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.**

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter opinativo e orientativo, elaborada de acordo com os subsídios fornecidos pelo Consulente.

É o parecer. À consideração superior.

Em, 22 de junho de 2021.

Flavia Scolese Ribeiro
Assessora Jurídica