

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE ARATUÍPE

PROCESSO Nº 20458e21

PARECER Nº 02166-21

EMENTA: SERVIÇO ESPECIALIZADO NA ÁREA DA SAÚDE. CREDENCIAMENTO. SERVIÇO ESPECIALIZADO. CONTRATAÇÃO DE PARENTE EM PRIMEIRO GRAU DE GESTOR MUNICIPAL.

1. Pode-se concluir que a Lei nº 8.666/93, especificamente no artigo 9º, III, expressamente não veda à participação de parente em primeiro grau de gestor municipal em licitações, o que não afasta, na casuística, a análise de elementos que possam caracterizar privilégio e favorecimento da empresa, em violação aos princípios da isonomia, moralidade e da impessoalidade;

2. A nova Lei de Licitação nº 14.133/21, por sua vez, no seu art. 14, inciso IV, é mais precisa com relação a vedação da participação daquele que seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau de dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização, ou na gestão do contrato.

Trata-se de consulta formulada pelo Dr Fellipe Chaves Brito, Procuradora Geral do Município de Aratuípe, endereçada ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob nº 20458e21, questionando-nos:

“HAVENDO DEMONSTRAÇÃO DE SERVIÇO ESPECIALIZADO NA ÁREA DA SAÚDE E CREDENCIANDO-SE PARENTE EM PRIMEIRO GRAU DO GESTOR MUNICIPAL, PODE, SER PROCEDIDA A SOBREDITA CONTRATAÇÃO?”

Em caráter preliminar, registra-se 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, ressalte-se que, 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.

Em tempo, impende ainda ressaltar que as orientações traçadas neste opinativo serão abordadas à luz das regras atualmente vigentes, dissociada do estudo específico da situação fática vivenciada no Município de Aratuípe.

A regra no serviço público, consoante o art. 37, inciso XXI, da CF/88, é a contratação de obras, serviços, compras e alienações mediante processo de licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Esta é a premissa geral, que faz com que o processo licitatório pela Administração Pública seja de realização obrigatória em atenção ao princípio constitucional da isonomia, de onde sobressai o entendimento de que contratações ao arrepio da legislação de regência constituem verdadeira burla a contaminar os contratos realizados, sujeitando o agente político às sanções legais.

Sendo assim, o Legislador Infraconstitucional, com o 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.”

Tendo em vista a temática do questionamento do Consultante, passaremos a tecer os esclarecimentos necessários acerca das possibilidades, tendo com parâmetro a Lei nº 8.666/93, como também a recente Lei nº 14.133/2021.

Sob domínio da Lei de Licitações nº 8.666/93, o seu artigo 9º previu as hipóteses impeditivas de contratações públicas para situações nas quais se verificam a participação de agentes públicos em licitação e sua consequente contratação ou de empresa da qual seja proprietário, diretor ou nela exerça função remunerada, com o órgão ou a entidade:

“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.

ção 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

Em que pese não se extraia do diploma normativo acima transcrito uma vedação específica para parentes de agentes políticos em procedimentos licitatórios, a jurisprudência pátria tem se inclinado de forma contrária à participação de licitantes

parentais de agentes políticos, devido ao risco de prejuízo à livre competição na licitação, o que macularia a isonomia entre os interessados.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal – STF, ao se pronunciar no RE 423.560, sobre a competência suplementar do município para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, entendeu que Lei Orgânica poderia impor 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. Veja-se:

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. [RE 423.560, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 29-5-2012, 2ª T, DJE de 19-6-2012.]

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União – TCU, em caso análogo ao objeto do expediente decidiu que:

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". (Acórdão 1019/2013, Relator: Benjamin Zymler)

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, no Processo de Consulta nº 862.735, de 18/04/12, firmou entendimento no seguinte sentido:

Por todo o exposto, respondo o questionamento do Consulente no sentido de que, em que pese ser possível, em tese, a contratação de parentes próximos de servidores ou agentes políticos, por meio da participação em procedimento licitatório, entendo que a hipótese não prescinde da observância dos princípios da moralidade, isonomia, impessoalidade e da maior competitividade possível, sendo recomendável que, nessa espécie de contratação, o gestor deve demonstrar, nos autos do procedimento licitatório, de forma consistente, que foram respeitados esses princípios, de modo a se afastarem possíveis questionamentos sobre a ocorrência de influências nocivas na condução dos certames.

Esta Assessoria Jurídica, quando instada a se manifestar no processo TCM nº 09999-14, posicionou-se da seguinte forma:

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. (grifos do original)

A nova Lei de Licitação nº 14.133/21, por sua vez, no seu art. 14, inciso IV, **é mais precisa com relação a vedação da participação daquele que seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau de dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização, ou na gestão do contrato**. Como podemos ver a seguir:

Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:

(...)

IV - aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação;(...)". (grifo aditado).

Observa-se que a finalidade dos dispositivos aqui citados é justamente impedir que determinadas pessoas, em função da posição em que ocupam ou do status que apresentam, a exemplo de servidores públicos, dirigentes 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.

Nesse contexto, podemos concluir que a Lei nº 8.666/93, especificamente no artigo 9º, III, prevê expresso impedimento à participação de servidor ou dirigente de órgão ou entidade em licitações, regras proibitivas estas que conferem concretude aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas, os quais devem nortear toda a conduta administrativa, entretanto, conforme alhures demonstrado, a maioria da jurisprudência amplia o entendimento no sentido da ilegalidade na participação de licitantes parentais de agentes políticos.

No que tange à Lei nº 14.133/2021, o seu artigo 14º, inciso IV, veda a participação e contratação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau de dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização, ou na gestão do contrato.

Do cotejo do quanto acima exposto, resta claro a exigência dos administradores públicos o respeito aos Princípios da Impessoalidade e da Moralidade, o que significa afirmar que estes não podem agir de acordo com os seus interesses pessoais, devendo, no exercício da função pública, pensar no interesse público e não em vantagens específicas. Tal exigência deve ser observada em qualquer tipo de ato administrativo e ganha relevância quando se trata de licitações públicas, isso porque, o objetivo de tais procedimentos é obter a mais vantajosa contratação para a Administração Pública.

Por outro lado, o credenciamento é um sistema pelo qual a Administração Pública efetivará uma contratação direta, mediante a inexigibilidade de licitação, selecionando não apenas um participante, mas sim, pré-qualificando todos os interessados para, segundo condições previamente definidas em regulamento e divulgadas, credenciarem-se como prestadores de serviços ou beneficiários de um negócio futuro a ser ofertado.

A Lei nº 14.133/21 – Nova Lei de Licitações, em seu art. 6º, inciso XLIII, assim conceitou o instituto do credenciamento, vejamos:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

XLIII - credenciamento: processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens

para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados;

O credenciamento deverá manter-se aberto, permitindo que, a qualquer momento, novos interessados se habilitem (condicionado ao preenchimento das exigências regulamentares), atendendo, assim, a razão autorizadora de sua instituição, qual seja, obter o maior número de fornecedores ou prestadores, sem que um exclua a atuação do outro, de modo a satisfazer plenamente o interesse público envolvido.

Contudo, os dispositivos constante na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 14.133/21, acima transcritos, possuem incidência ampla, e alcança todas as modalidades de licitações, inclusive as contratações diretas (dispensa e inexigibilidade), uma vez que é destinado a assegurar a igualdade e a impessoalidade.

Por tudo exposto, conclui-se em tese que:

1- A Lei nº 8.666/93, especificamente no artigo 9º, III, expressamente não veda à participação de parente em primeiro grau de gestor municipal em licitações, o que não afasta, na casuística, a análise de elementos que possam caracterizar privilégio e favorecimento da empresa, em violação aos princípios da isonomia, moralidade e da impessoalidade;

2- A nova Lei de Licitação nº 14.133/21, por sua vez, no seu art. 14, inciso IV, é mais precisa com relação a vedação da participação daquele que seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau de dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização, ou na gestão do contrato.

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.**

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

opinativo e orientativo, elaborada de acordo com os subsídios fornecidos pelo
Consultante.

É o parecer. À consideração superior.

Salvador, 22 de novembro de 2021.

Cristina Borges dos Santos
Assessora Jurídica