

**ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE
TABULEIRO DO NORTE NO ESTADO DO CEARÁ**



CONTRARRAZÕES EM RECURSO ADMINISTRATIVO

Pregão Eletrônico nº.: 27.04.01/2020 – SRP

AUTO PEÇAS TABULEIRO LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº.: 22.779.588/0001-66, por seu representante legal, vem, com o devido respeito e acatamento, por conduto de seu advogado signatário, apresentar **CONTRARRAZÕES EM RECURSO ADMINISTRATIVO** apresentado pela licitante **GAHE GASESW E TRANSPORTE EIRELI**, apresentando os fatos e fundamentos que doravante passa expor para ao final requerer.

SINOPSE DA IMPUGNAÇÃO

Trata-se de processo de pregão eletrônico para registro de preços do qual a empresa recorrente restou vencida e a defendente sagrou-se vitoriosa.

Em suas razões, a empresa recorrente alega, em suma, que a licitante vitoriosa deve ser desclassificada tendo em vista ser impedida, pois o seu sócio proprietário (José Derlon Maia Chaves) tem relação de parentesco com servidora pública municipal. Ao que parecer alegar, trata-se da servidora pública Sra. Elisgardênia Moreira Maia, que inclusive é casada com o Sr. Marcos Aurélio de Araújo, dizendo que este último é Chefe de Gabinete do município.

Com efeito, ventila que o Art. 9º da Lei nº.: 8.666/93, o item 2.3 alínea g, bem como decisões do Tribunal de Contas da União - TCU e do Supremo Tribunal Federal – STF, reprimem a conduta.

É síntese necessária.

DOS FUNDAMENTOS PARA A IMPROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO

As alegações da empresa recorrente não merecem prosperar, primeiro porque não se coaduna com a verdade dos fatos, segundo porque os argumentos jurídicos apresentados são visivelmente desfavoráveis às pretensões perquiridas, tendo sido dadas interpretações errôneas e distorcidas. Passemos à análise.

A *priori*, o sócio da licitante recorrida não é irmão de nenhuma servidora pública. A pessoa de ELISGARDÊNIA MOREIRA MAIA, a qual o impugnante inferiu o vínculo parental é, na verdade, tia do Sr. José Derlon Maia Chaves, conforme documentação em anexo.

Ainda assim, o esposo da servidora pública também não é, como se afirmou, pertencente ao primeiro escalão do Administrativo Municipal (Chefe de Gabinete). Este é, na verdade, vereador municipal.

Ocorre que, malgrado haja o vínculo parental, ainda que distante, entre o sócio representante de uma empresa licitante e uma servidora pública, não há, por si só, impedimento para a participação no certame público. Argumentamos.

Veja, no próprio julgado do Tribunal de Contas da União – TCU, do qual o recorrente embasou seus argumentos, a Corte de Contas aduz que tal impedimento existe somente quando o servidor público compõe a comissão de licitação, pois poderia, em tese, comprometer a imparcialidade no julgamento. *In verbis*:

“9.4 Seguindo o raciocínio, a interpretação do art. 9º está associada ao que reza o art. 3º, ou seja, deve ser no sentido de dar maior alcance à norma e, conseqüentemente, à moralidade e à impessoalidade, de forma a que as proibições apontadas naquele dispositivo sejam tidas como exemplificativas (no art. 9º da Lei n.º 8.666/93), **alcançando inclusive aqueles licitantes que tenham qualquer vínculo com os membros da comissão de licitação**, proibindo-os de participar do certame ou então que estes (membros da comissão) declarem-se impedidos de compor a referida comissão, por ser necessário à própria ética e imparcialidade exigidas no julgamento objetivo cobrado no artigo 3º da norma licitatória.” (Acórdão nº 1.160/08, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, DOU de 24.06.2008)

No caso em tela, a servidora apontada como tendo vínculo com o licitante, além de ter parentesco distante (3º grau), não compõe a comissão de licitação, sendo lotada na Central de Abastecimento Farmacêutica – CAF, conforme ficha funcional em anexo



Note, douto julgador, que a análise jurídica da legislação que tutela a matéria ~~não produz~~ impedimento legal:

Art. 9º (Lei nº.: 8.666/93) 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.

Salientamos, incessantemente, que esse dispositivo legal até tem interpretação extensiva para que parentes de servidores públicos sejam impedidos de participar de certames licitatórios, todavia, **o impeditivo é referente somente a parentes dos servidores que compõe o órgão licitador.**

Pela clara dedução lógica de interpretação da Lei, o que se almeja é a total isenção da Administração Pública na seleção da melhor proposta, satisfazendo o Princípio da Impessoalidade Administrativa.



Assim, se analisarmos o procedimento não houve qualquer indício de direcionamento ou cláusula que pudesse restringir a participação de qualquer licitante, tendo tudo sido feito dentro da estrita legalidade. Tanto é, que não houve qualquer impugnação as cláusulas do edital.

Desse modo, depreende-se que a única alegação do recorrente é a rasa objeção de ter o sócio proprietário parente, ainda que distante, ocupante dos quadros da administração pública direta, sem sequer apontar qual foi a influência que esta teve com o certame público.

Diante dessa frágil argumentação, podemos refutar com vários entendimentos das Cortes de Contas a respeito do assunto.

Veja, por exemplo o entendimento do Tribunal de Contas do Espírito Santo – TCE/ES:

AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS (ESTABELECIMENTOS EMPRESARIAIS) CUJO SÓCIO OU PROPRIETÁRIO É CÔNJUGE OU COMPANHEIRO DE SERVIDOR PÚBLICO QUE ATUA NA CHEFIA DO ÓRGÃO CONTRATANTE **NÃO ESTÁ IMPEDIDO DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO E FIRMAR CONTRATO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**, SALVO LEGISLAÇÃO MUNICIPAL EM CONTRÁRIO. PORÉM, O SERVIDOR CUJO CÔNJUGE É SÓCIO OU PROPRIETÁRIO DE SOCIEDADE QUE LICITA E/OU CONTRATA COM A ADMINISTRAÇÃO É IMPEDIDO DE PARTICIPAR, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE LICITAÇÃO, CONTRATAÇÃO E EXECUÇÃO CONTRATUAL QUE ENVOLVAM SEU CÔNJUGE, INDEPENDENTE DO REGIME DE BENS. PARECER EM CONSULTA 0002/2019 (Processo: 08763/2018-9 - Classificação: Consulta Prefeitura Municipal de Barra de São Francisco - Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo – TCE-ES)

Na mesma linha, em total sintonia e equidade com tudo que vem sendo exposto, vejamos o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE/MG

EMENTA: CONSULTA — PREFEITURA MUNICIPAL — PROCEDIMENTO LICITATÓRIO REGULAR — VENCEDOR DO CERTAME — **PARENTE EM LINHA RETA OU COLATERAL E POR AFINIDADE ATÉ TERCEIRO GRAU DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO — CONTRATAÇÃO — AUSÊNCIA DE ÓBICE LEGAL — LEI N. 8.666/93 — DEMONSTRAÇÃO DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — POSSIBILIDADE**. Não há impedimento legal à contratação, decorrente de procedimento licitatório, de parentes próximos de servidores ou agentes públicos, devendo, nessa hipótese, acautelar-se o gestor quanto à demonstração nos autos da



observância dos princípios da moralidade, isonomia, impessoalidade e da competitividade possível, entre outros. (Consulta n.º: 862.735 – TCE – MG)

Assim, é possível dizer que não há qualquer participação de familiares dos licitantes na Comissão de Licitação, devendo a empresa recorrida ser habilitada normalmente, assim como todas as outras.

DOS PEDIDOS FINAIS

ISTO POSTO, considerando os fatos e fundamentos ora postos, requer a Vossa Senhoria que se digne de julgar os seguintes pedidos:

- (a) JULGUE IMPROCEDENTE o recurso administrativo apresentado pela empresa GAHE GASESW E TRANSPORTE EIRELI para manter a decisão que habilitou as licitantes, bem como julgou a melhor proposta.
- (b) Mantenha o curso normal do Procedimento Administrativo para adjudicar a proposta ofertada.

Termos em que.

Pede Deferimento.

Tabuleiro do Norte (CE), 26 de maio de 2020.


José Derlon Maia Chaves
Sócio Proprietário
AUTO PEÇAS TABULEIRO LTDA.

ANEXOS:

- 1) Documentos Identificação do Sócio Proprietário
- 2) Ficha Funcional de Servidor e Documentos
- 3) Jurisprudência Tribunais de Constas



ANEXO I

DOCUMENTOS IDENTIFICAÇÃO DO SÓCIO PROPRIETÁRIO

TALAO N.º _____

PÁGINA 331

República Federativa do Brasil



REGISTRO CIVIL

CARTORIO REBOUÇAS
EM OLHO D'ÁGUA DA BICA
COMARCA DE TABULEIRO DO NORTE-CE

ESTADO DO Ceará
COMARCA DE Tabuleiro do Norte
MUNICÍPIO DE Tabuleiro do Norte

Antonio Silvestre Rebouças
Oficial do Registro Civil

NASCIMENTO N.º 835

CERTIFICO que às folhas (91)v do livro N.º 06 -A do Registro de Nascimento foi lavrado o assento de JOSÉ DERLON MAIA CHAVES.- nascido aos três (03) de Novembro de mil novecentos e setenta e quatro (1974) às ... horas em Clinica Dr. Gaspar Limoeiro do Norte Ce.- do sexo masculino.- filho de José de Menez Chaves.- natural ... e de Dona Marina Moreira Maia.- natural ... São avós paternos: José Chaves Gondim.- e Dona Aurea de Menez Chaves.- São avós maternos: Pompeu Moreira Maia.- e Dona Dulcineia Jeronimo de Lima.- Foi declarante o pai do registrado.- e serviram de testemunhas: Expedito Tomaz de Oliveira e Diomar Mala de Oliveira.- Observações: Efe. em 26.08.76.-

O referido é verdade e dou fé.

Olho d'Água da Bica, 22 de Agosto de 1991

Arboremas

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
MINISTÉRIO DAS CIDADES
DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRÁFICO
CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO

NOME
JOSE DERLON MAIA CHAVES

DOC. IDENTIDADE / ORG. EMISSOR UF
 189108189 SSP CE

CPF 526.449.793-15 **DATA NASCIMENTO** 03/11/1974

FILIAÇÃO
 JOSE DE MENEZES CHAVES
 MARINA MOREIRA MAIA

PERMISSÃO **ACC** **CAT. A/B**
 [] [] []

Nº REGISTRO 01864750427 **VIGÊNCIA** 20/09/2021 **1ª HABILITAÇÃO** 17/04/1993

OBSERVAÇÕES
 A :
 EXERCE ATIV REMUNERADA:

Jose Derlon Maia Chaves
 ASSINATURA DO PORTADOR

LOCAL RUSSAS, CE **DATA EMISSÃO** 29/09/2016

[Assinatura]
 ASSINATURA DO EMISSOR 15448274039
 CE155511084

DETAN - CE (CEARA)

VÁLIDA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL
 1351763564

PROIBIDO PLASTIFICAR
 1351763564





ANEXO II

FICHA FUNCIONAL DE SERVIDOR E DOCUMENTOS



ESTADO DO CEARÁ
PREFEITURA MUNICIPAL DE TABULEIRO DO NORTE
e-mail: seadmtab@hotmail.com

FICHA FUNCIONAL DE PROFISSIONAL CONCURSADO



FF - FICHA FUNCIONAL

DEPARTAMENTO DE RECURSOS HUMANOS

NOME: ELISGARDÊNIA MOREIRA MAIA	MAT. Nº 2388	LOTAÇÃO: SEC DE SAÚDE
CONCURSADO EM: 6/7/2006	ATO NOMEAÇÃO	CARGO OU FUNÇÃO / Nº CART ESPECIALIZAÇÃO
		ALMOXARIFE
		DATA SAÍDA

ENDEREÇO: **RUA MANOEL FRANKLIN, 4438 A - CENTRO - TABULEIRO DO NORTE**
 FILIAÇÃO: **PAI: POMPEU MOREIRA MAIA** MÃE: **DULCINEIA JERONIMO DE LIMA**
 ESTADO CIVIL: **CASADA** GRAU DE INSTRUÇÃO: **ENS MÉDIO** DATA NASCIMENTO: **17.10.1967**

DOCUMENTOS

PROFISSIONAL Nº: 020387	SERIE 00036 CE	EMIÇÃO: 18.01.1994	ESTADO: CE
IDENTIDADE: 108794286	ORG. EXP: SSP-CE	NATURALIDADE: TABULEIRO DO NORTE	ESTADO: CE
TÍT. ELEITOR Nº: 261.951.307-52	ZONA: 091	SEÇÃO: 0001	CAT
PASEP: 1.704.144.488-9	CPF: 316.248.473-16	OBS	

BENEFICIARIOS		GRAU DE PARENTESCO	DATA NASC.	OBS.
1				
2				
3				
4				
5				
6				
7				
8				
9				
10				





ESTADO DO CEARÁ
PREFEITURA MUNICIPAL DE TABULEIRO DO NORTE
SECRETARIA DE ASSUNTOS POLÍTICOS
E-MAIL: saptab@hotmail.com



ATO N ° 371/2006

06 DE JULHO DE 2006.

O PREFEITO MUNICIPAL DE TABULEIRO DO NORTE, no uso de suas atribuições legais e de conformidade com o Art. 84, IX e art. 110, II, "a", da Lei Orgânica do Município, combinada com a Lei Municipal n° 844, de 21.11.2005, e considerando a homologação do Concurso Público pela Prefeitura Municipal de Tabuleiro do Norte,

RESOLVE:

NOMEAR, em caráter efetivo a Sra. **ELISGARDÊNIA MOREIRA MAIA**, para exercer a função de Almoxtarife, Simbologia ANM-1, com carga horária de 40 h/s, pertencente à Estrutura Administrativa da Secretaria de Saúde - SEMS, deste Município.

PUBLIQUE-SE, REGISTRE-SE, CUMPRA-SE.

PALÁCIO DO TAMARINDO PREFEITO RAIMUNDO RODRIGUES CHAVES, em 06 de julho de 2006.

Prefeito Municipal
Raimundo Dinardo da Silva Maia



PALÁCIO DO TAMARINDO PREFEITO RAIMUNDO RODRIGUES CHAVES
RUA: PADRE CLICÉRIO, 4605 - FONE (88) 3424.3100
BAIRRO SÃO FRANCISCO - CEP: 62.960-000
TABULEIRO DO NORTE - CEARÁ

Get emando e em o pice



ANEXO III

JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAIS DE CONSTAS

PARECER EM CONSULTA 0002/2019

Processo: 08763/2018-9
Classificação: Consulta
UG: PMBSF - Prefeitura Municipal de Barra de São Francisco
Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo
Consulente: ALENCAR MARIM

AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS (ESTABELECIMENTOS EMPRESARIAIS) CUJO SÓCIO OU PROPRIETÁRIO É CÔNJUGE OU COMPANHEIRO DE SERVIDOR PÚBLICO QUE ATUA NA CHEFIA DO ÓRGÃO CONTRATANTE NÃO ESTÁ IMPEDIDO DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO E FIRMAR CONTRATO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SALVO LEGISLAÇÃO MUNICIPAL EM CONTRÁRIO. PORÉM, O SERVIDOR CUJO CÔNJUGE É SÓCIO OU PROPRIETÁRIO DE SOCIEDADE QUE LICITA E/OU CONTRATA COM A ADMINISTRAÇÃO É IMPEDIDO DE PARTICIPAR, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE LICITAÇÃO, CONTRATAÇÃO E EXECUÇÃO CONTRATUAL QUE ENVOLVAM SEU CÔNJUGE, INDEPENDENTE DO REGIME DE BENS.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

1 RELATÓRIO

Tratam os autos de Consulta formulada pelo **Sr. Alencar Marim**, Prefeito Municipal de Barra de São Francisco, nos seguintes termos:

Assinado digitalmente
SERGIO MARIM NADIR
BORGES
01/04/2019 16:52
Assinado digitalmente
SEBASTIAO CARLOS RANNA
DE MACEDO
01/04/2019 18:52
Assinado digitalmente
ODILSON SOUZA BARBOSA
JUNIOR
01/04/2019 19:03
Assinado digitalmente
SERGIO ABOUDIB
FERREIRA FINIO
02/04/2019 08:35
Assinado digitalmente
RODRIGO FLAVIO FREIRE
FARIAS CHAMOUN
02/04/2019 11:11
Assinado digitalmente
RODRIGO COELHO DO
CARMO
02/04/2019 12:41
Assinado digitalmente
LUCIANO VIEIRA
02/04/2019 14:06
Assinado digitalmente
JOAO LUIZ COTTA
LOVATTI
02/04/2019 14:18
Assinado digitalmente
MARC ANTONIO DA SILVA
04/04/2019 14:52

O estabelecimento empresarial cujo proprietário ou sócio é cônjuge de servidor ocupante de cargo de chefia no órgão contratante, está impedido de participar de procedimento licitatório e de contratar com o referido órgão? O regime de bens possui alguma relevância para a ocorrência do impedimento?

Em breve exame dos autos, verifiquei que o documento autuado demonstra atender aos requisitos que autorizam o processamento do feito, nos termos do art. 233 do RITCEES, e encaminhei os autos à área técnica para análise.

O Núcleo de Jurisprudência e Súmula (NJS), por meio do **Estudo Técnico de Jurisprudência ETJURISP 28/2018**, concluiu pela existência de deliberações sobre a matéria neste Tribunal, quais sejam: **Parecer em Consulta TC 035/2013** (TC 8986/2010), bem como o **Acórdão TC 479/2013** (TC 2235/2013) e o **Acórdão TC-428/2018 - Segunda Câmara** (TC 3048/2014).

Desta forma, os autos foram encaminhados à Secex Recursos que elaborou a **Instrução Técnica de Consulta 58/2018**, com opinamento de mérito sobre a matéria questionada e no mesmo sentido opinou o Ministério Público de Contas, por meio do **Parecer 6050/2018**.

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Verifico estarem presentes os **requisitos de admissibilidade** da consulta e a observância de todas as formalidades processuais.

O artigo 122 da Lei Complementar nº 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo) dispõe:

Art. 122 [...]

§ 1º A consulta deverá conter as seguintes formalidades:

I - ser subscrita por autoridade legitimada;

II - referir-se à matéria de competência do Tribunal de Contas;

- III - conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada;
- IV - não se referir apenas a caso concreto;
- V - estar instruída com parecer do órgão de assistência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente.

No tocante ao requisito constante do art. 122, § 1º, I, acima transcrito, verifica-se que a definição de autoridade competente encontra as suas balizas nos incisos I a VII, do *caput* do mesmo dispositivo, que assim dispõe:

Art. 122. O Plenário decidirá sobre consultas quanto às dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

- I - Governador do Estado e **Prefeitos Municipais**; [grifo nosso]
- II - Presidente da Assembleia Legislativa e de Câmaras Municipais;
- III - Presidente do Tribunal de Justiça e Procurador Geral de Justiça;
- IV - Procurador Geral do Estado e Defensor Público Geral do Estado;
- V - Secretário de Estado;
- VI - Presidente das comissões permanentes da Assembleia Legislativa e das Câmaras Municipais;
- VII - Diretor presidente de autarquia, fundação pública, empresa estatal e de sociedade de economia mista cujo controle societário pertença ao Estado ou aos Municípios.

O consulente subscritor é o senhor **Alencar Marim**, Prefeito Municipal de Barra de São Francisco, portanto autoridade legítima para formular a presente consulta. Assim, encontra-se atendido o primeiro requisito.

Quanto à matéria suscitada pelo consulente, entende-se que há **pertinência com a atuação deste Tribunal** (artigo 122, §1º, II), bem como a consulta contém a **indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada** (artigo 122, § 1º, III).

Verifica-se que a presente consulta atende o disposto no inciso IV, § 1º, do artigo 122, da LOTCEES, uma vez que **não se refere a caso concreto**.

Constata-se que possui **relevância jurídica, econômica, social e repercussão** no âmbito da administração pública com reflexos para a Administração Pública Direta e Indireta do Estado e dos Municípios, atendendo ao requisito contido no § 2º do artigo 122 da legislação aplicada, que assim estabelece:

Art. 122 [...]

§ 2º Além dos requisitos objetivos, o conhecimento da consulta dependerá da **relevância jurídica, econômica, social** ou da **repercussão da matéria no âmbito da administração pública**, com conteúdo que possa ter reflexos sobre a administração direta e indireta do Estado ou dos Municípios. [grifo nosso]

Resta comprovado também que o feito **se encontra devidamente instruído com parecer jurídico** do órgão de assistência jurídica da autoridade consulente, observado o disposto no art. 122, § 1º, V, da LOTCEES.

Assim, uma vez atendidas todas as formalidades previstas em lei, opina-se pelo **conhecimento** da presente consulta.

Quanto ao **MÉRITO**, acompanho integralmente a Instrução Técnica de Consulta 58/2018, que transcrevo a seguir:

"[...]

II – MÉRITO

Questiona-se, na presente consulta, sobre possível impedimento de sociedade empresária¹, cujo sócio ou proprietário é cônjuge de servidor ocupante de cargo de chefia e ligado ao setor da execução do contrato, de licitar e contratar com o Poder Público, e sobre a relevância do regime de bens nesses casos. Tendo em vista os três elementos da pergunta (*i* - impedimento em razão da relação pessoal; *ii* - chefia de setor relacionado à execução do contrato; *iii* - regime de bens), o presente exame será dividido em tópicos.

II.1 – IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR EM RAZÃO DE SER CÔNJUGE DE AGENTE PÚBLICO

A questão dos impedimentos para participar de licitação, e, conseqüentemente, contratar com a Administração Pública é um tema controverso na doutrina e na jurisprudência. Há duas posições divergentes sobre o tema: uma no sentido de que o art. 9º, Lei 8.666/93, é exemplificativo e outra, de que suas hipóteses são

¹ No questionamento, o consulente utiliza a expressão "estabelecimento empresarial". Embora essa expressão seja utilizada cotidianamente para se referir a empresária ou sociedade empresária, o estabelecimento é definido como o complexo de bens organizados para o exercício da empresa, na forma do art. 1.142, CC, não possuindo, portanto, personalidade jurídica para licitar ou contratar.

taxativas. Em que pese a autoridade das vozes que defendem a primeira corrente, o entendimento de que o art. 9º, Lei 8.666/93, deve ser lido restritivamente é a interpretação que melhor se coaduna com o sistema jurídico e com as regras hermenêuticas. Essa conclusão será explicada abaixo, após o delineamento da controvérsia jurídica sobre o tema.

O art. 9º, Lei 8.666/93, enumera algumas hipóteses em que a lei presume a quebra da impessoalidade, isonomia, moralidade e ampla competitividade caso determinadas pessoas ou sociedades participem da licitação. Dentre as situações arroladas no dispositivo, não constam parentes, cônjuges e companheiros de servidores públicos. No entanto, parte da doutrina e da jurisprudência entendem que o artigo comporta interpretação extensiva, uma vez que seu rol é exemplificativo. Nesse sentido, Marçal Justen Filho² ao tratar da participação indireta prevista no art. 9º, §3º, Lei 8.666/93:

7) Participação indireta

O vínculo do autor do projeto pode, inclusive, configurar-se de modo "indireto", tal como previsto no § 3.º. **A regra legal é ampla e deve reputar-se como meramente exemplificativa.** O texto chega a ser repetitivo, demonstrando a intenção de abarcar todas as hipóteses possíveis.

7.1) A existência de vínculos específicos

Deve-se nortear a interpretação do dispositivo por um princípio fundamental: existindo vínculos entre o autor do projeto e uma empresa, que reduzam a independência daquele ou permitam uma situação privilegiada para essa, verifica-se o impedimento. Por isso, a vedação aplicar-se-á mesmo quando se configurar outra hipótese não expressamente prevista. Isso se dará em todas as hipóteses em que a empresa estiver subordinada à influência do autor do projeto. **Assim se poderá configurar, por exemplo, quando o cônjuge do autor do projeto detiver controle de sociedade interessada em participar da licitação.**

Em suma, sempre que houver possibilidade de influência sobre a conduta futura de licitante, estará presente uma espécie de "suspeição", provocando a incidência da vedação contida no dispositivo. A questão será enfrentada segundo o princípio da moralidade. **É desnecessário um elenco exaustivo por parte da Lei.** O risco de comprometimento da moralidade será suficiente para aplicação da regra.

[...]

7.2) A questão dos vínculos familiares

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentário à lei de Licitações e contratos administrativos [livro eletrônico]. 2 ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 2016.

O TCU tem ampliado a vedação legal para alcançar as hipóteses em que existam vínculos familiares entre diversos sujeitos envolvidos no certame.

(g.n.)

Esse entendimento também está presente na jurisprudência do Judiciário e de Tribunais de Contas do país, como os excertos abaixo ilustram:

TCU:

13. A princípio, ressalto que o § 3.º transcrito confere ao caput do art. 9.º amplitude hermenêutica capaz de englobar inúmeras situações de impedimento decorrentes da relação entre autor do projeto e licitante ou entre aquele e executor do contrato. Nesse sentido, a norma, ao coibir a participação de licitante ou executor do contrato que possua 'qualquer vínculo' de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista com o autor do projeto, elasteceu as hipóteses de impedimento, uma vez que não se faz necessária a existência de vínculo jurídico formal, mas, tão somente, uma relação de influência entre licitante ou executor do contrato e autor do projeto.

(...) 37. Além disso, o art. 9.º da Lei 8.666/1993 é claro ao dispor, independentemente da ocorrência efetiva do dano, que não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários as pessoas elencadas nos incisos deste artigo e em seu § 3.º, no qual estão abrangidos os vínculos constatados nestes autos. É suficiente, portanto, a mera suspeição para provocar a incidência das vedações contidas nesse dispositivo e, por conseguinte, anular o certame que ofender a essas regras. (Acórdão 1.170/2010, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler).

TCU:

9. A despeito de não haver, na Lei 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. Além dos Acórdãos 1.632/2006 e 1.893/2010, ambos do Plenário, mencionados pelo titular da Secex/MG, essa posição foi adotada em diversas outras deliberações. (Acórdão 1.941/2013, Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro).

TRF – 1ª Região:

6. Apesar da inexistência de vedação legal expressa, haja vista não constar a regra impugnada entre as hipóteses de impedimento previstas no art. 9º da Lei 8.666/1993, entendo que se ela deve ser interpretada em consonância com os princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência inscritos no art. 37 da Constituição Federal.

[...]

8. Por outro lado, não prevalece o argumento da agravante de que os funcionários que possuem grau de parentesco com seus sócios não atuam na área responsável pela demanda, o que faz incidir ao caso, em princípio, a regra do § 3º do art. 3º do Decreto 7.203/2010, segundo o qual [...] uma vez que pelo menos um dos referidos funcionários ocupa o cargo comissionado de analista pleno da GIHAB

– Gerência Executiva de Habitação – Aracaju/SE, e o edital tem como objeto a contratação de empresas para a prestação de serviços técnicos na área de

Avaliação de Imóveis e Outros Bens e Atividades Correlatas; Análise de Projeto Habitacional, Comercial, Institucional ou Industrial [...].

9. Assim, se um funcionário ocupa cargo comissionado na Gerência Executiva de Habitação, em princípio ele atua na área responsável pela demanda.

TCE-PR:

Posteriormente, outrossim, nos autos de Consulta n.º 22816-7/10, esta C. Corte votou, por unanimidade e, conseqüentemente, com efeito vinculante 7 , em responder ao questionamento formulado pelo Município de Arapongas:

"...pela impossibilidade de empresa participar de licitação se o sócio, cotista ou dirigente for servidor do órgão licitante, ou cônjuge, companheiro, parente em linha reta e colateral, consanguíneo ou afim de servidor público do órgão ou entidade licitante, que nele exerça cargo em comissão ou função de confiança, seja membro da comissão de licitação, pregoeiro ou autoridade ligada à contratação."

Diante de todo o exposto, verifica-se que a decisão contida no Acórdão combatido não padece de qualquer vício, mostrando-se absolutamente correto o entendimento nela esboçado, visto que, do confronto dos fatos ofertados na Denúncia com o entendimento vinculante deste E. Tribunal, de forma clarividente e objetiva, houve nepotismo na contratação da [...], em decorrência da afronta aos princípios da impessoalidade - em decorrência da contratação de sociedade empresarial do cunhado do vice-prefeito à época dos fatos [...]. (Acórdão 6.166/2016 – Tribunal Pleno).

Nesse sentido, este TCE-ES também já se manifestou, como se observa do Parecer em Consulta 04/2012, proferido no proc. TC 2942/2009:

III MÉRITO [...] 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. [...] 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.

No âmbito desta Corte Estadual, o entendimento acima foi superado, como se verifica do Parecer em Consulta 35/2013 (proc. TC 8986/2010), bem como dos Acórdãos 379/2013 (proc. TC 2235/2013) e 428/2018 (proc. TC 3048/2014), mencionados no Estudo Técnico de Jurisprudência 28/2018-8. Nesses julgados, este TCE-ES entendeu que o art. 9º, Lei 8.666/93, deve ser interpretado restritivamente por tratar de restrições. Desse modo, segundo esta Corte, não estando listados os parentes e cônjuges ou companheiros de agentes públicos nos impedimentos do dispositivo, forçoso concluir que não estão impedidos.

Trata-se de interpretação que também encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência. Seguindo essa corrente, citam-se os seguintes julgados:

TCE-SC:

Prejulgado 143 - O artigo 9º, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93, não veda a participação em processo licitatório de parente de servidor lotado no órgão ou entidade contratante. Os vícios constatados no competitivo podem ensejar a sua invalidação por duas vias, pelos recursos inerentes à licitação ou pela ação popular, quando afrontado os princípios insculpidos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, princípios estes que não obstam a participar de parentes de servidores em licitação promovida pelo órgão ou entidade onde esteja lotado. (Processo nº CON-TC0017546/37. Parecer nº COG-619/93. Origem: Prefeitura Municipal de Guaraciaba. Data da Sessão: 13/10/1993).

Prejulgado 1415 É permitida a participação do cônjuge de servidor (a) em processo licitatório, salvo vedação em lei municipal. (Origem: Prefeitura Municipal de Paraíso. Relator: Conselheiro Otávio Gilson dos Santos. Processo nº 02/10855363. Parecer nº COG091/03. Decisão nº 2336/03. Sessão: 21/07/2003).

TJ-RS:

Ao contrário do entendimento esposado pela municipalidade, é possível constatar, pela análise da legislação supra, que o impedimento quanto à contratação pelo poder público não abrange a empresa que tenha em seu quadro parente de servidor.

Isso porque o objetivo do legislador, quando da edição da norma em comento, era impedir a obtenção de qualquer vantagem às empresas que

tivessem alguma relação – direta ou indireta – com a própria Administração.

Assim, os impedimentos de participação previstos na legislação específica estarão configurados quando restar constatada a evidência do favoritismo ilegítimo ao licitante. E na hipótese dos autos, saliento que a esposa do sócio apelante ocupa o cargo de enfermeira do Município, não havendo qualquer ocupação de natureza gerencial, a influenciar no procedimento licitatório por ocasião do parentesco, como afirma o Município. (Voto da Relatora na Apelação e Reexame Necessário Nº 70060719390, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 06/05/2015.)

TCE-MG:

Em consulta ao TCE/MG, foi proposta a seguinte pergunta: **É possível um município contratar, mediante procedimento licitatório, parentes do prefeito, em linha reta ou colateral e, por afinidade, até o terceiro grau?** Em parecer aprovado por unanimidade, o Relator respondeu que “o Tribunal Pleno consignou, nas respostas às Consultas nº 646.988, 448.548, 162.259 e 113.730, **não existir óbice legal para a contratação, por meio de processo licitatório, de parentes de servidores ou de agentes políticos, desde que observados, estritamente, os princípios da Administração Pública e as regras dispostas na Lei 8.666/93**”, porém, “**o administrador deve demonstrar, no certame, ter promovido a maior competitividade possível, a partir da mais cuidadosa e detalhada demonstração de lisura**”. Assim, segundo o Tribunal, “embora seja possível, em tese, a contratação de parentes próximos de servidores ou agentes políticos, por meio da participação em procedimento licitatório, 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 demonstre, nos autos do procedimento licitatório, de forma consistente, que foram respeitados os aludidos princípios, de modo a se afastarem possíveis questionamentos sobre a ocorrência de influências nocivas na condução dos certames”. (Grifamos.) (TCE/MG, Consulta nº 862.735, Cons. Rel. Sebastião Helvecio, j. em 18.04.2012.) (extraído de www.leianotada.com)

Na doutrina, tem-se a posição de Uadi Lamêgo Bulos³ também pela taxatividade do dispositivo. Sua interpretação pode ser sintetizada na forma do seguinte trecho de seu muito citado artigo sobre o tema:

Mas, afinal, qual o alcance do art.9º, da Lei 8.666/1993?

Conforme dissemos, tal preceptivo, lista, *taxativamente*, as hipóteses em que pessoas físicas ou jurídicas não podem participar de licitações.

Acontece, porém, que o ato interpretativo não possui o condão de alargar as hipóteses legais enunciadas no art.9º, da Lei 8.666/1993, sob pena de o intérprete substituir o próprio Poder Legislativo do Estado brasileiro.

³ BULOS, Uadi Lammêgo. Licitação em caso de parentesco. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1855, 30 jul. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11555/licitacao-em-caso-de-parentesco/2>. Acesso em 28, nov., 2018.

Dito de outro modo, compete, privativamente, a União legislar sobre normas gerais de licitação, observado o disposto no art.37, XXI, da Carta de Outubro (CF, art.22, XXVII).

Significa dizer que existe uma reserva de lei em sentido formal, pois só ao Poder Legislativo, e a mais ninguém, compete regular a matéria (CF, art.22, XXVII).

Com efeito, essa segunda corrente, que defende uma interpretação restritiva do art. 9º, Lei 8.666/93, de modo a não englobar pessoas ali não previstas, é a mais acertada juridicamente. No Direito, conforme a lição de Ronald Dworkin⁴, os princípios, por expressarem normas reconhecidas socialmente e pela comunidade jurídica, servem para direcionar a interpretação no seu sentido, mas não para reescrever contratos, por exemplo. Com base nesse norte que os princípios dão, mas sem suplantam os textos existentes, o jurista Lenio Streck defende que “os princípios não abrem a interpretação, e sim fecham/limitam”⁵ – o que, nesse caso, inclusive, coincide com a máxima hermenêutica de que se interpretam as restrições restritivamente. Donde se conclui que os princípios da moralidade, da isonomia, da livre iniciativa não servem para estender o rol do art. 9º, Lei 8.666/93, para situações nele não previstas, mas para firmar que os casos nele não expressos não podem ser extrapolados sem ferir a integridade do Direito.

Nesse sentido, o Advogado da União Guilherme Salgado Lage, no artigo intitulado “O princípio da moralidade e o combate ao nepotismo em licitações públicas”⁶, trata da dinâmica de interação dos princípios administrativos e do rol exaustivo do dispositivo em questão. Como ele desenvolve, o rol desse artigo é *numerus clausus*, somente podendo ser ampliado por força de lei, não com base em princípios. O autor suscita, dentre outros, os princípios da presunção de inocência e da livre iniciativa, mas também o princípio da isonomia, que é frequentemente invocado para abrir a interpretação do art. 9º, Lei 8.666/93. Segundo Lage, ao criar restrições não expressamente previstas em lei,

há também uma violação às avessas do princípio da isonomia, pois, tratando a licitação de um processo visando a escolha objetiva da melhor proposta, o ato de proibir a participação de quem quer que seja por conta de

⁴ DWORKIN, Ronald. The Model of Rules. *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, n. 28, 1967-1968, p. 14-.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, n. 7, 2013, p. 358.

⁶ LAGE, Guilherme Salgado. O Princípio Da Moralidade E O Combate Ao Nepotismo Em Licitações Públicas. *Publicações da Escola da AGU*, v. 1, n. 30, 2013, p. 157 e 162-163.

situação pessoal inafastável, deixa tal cidadão cujo direito foi restringido em desvantagem em relação aos demais interessados na licitação.

[...]

[...] o direito do cidadão de participar em licitações, além de insculpido no art. 5º, II da Magna Carta, decorre também dos princípios econômicos da livre iniciativa e livre concorrência. Em lição de José Afonso da Silva, a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio e a liberdade de contrato.

Assim, pode o cidadão contratar com qualquer um, e qualquer restrição a tal liberdade precisa ser expressamente prevista na lei, considerando-se como tal as normas primárias constantes do art. 59 da Constituição Brasileira, conforme prevê o parágrafo único do art. 170 da Constituição, que também erigiu a livre iniciativa a princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

A possibilidade geral e abstrata de sociedades empresárias cujos sócios sejam parentes, cônjuges ou companheiros de servidores não significa que, havendo indícios de irregularidade, esse fator não possa ser levado em conta. Havendo indícios de que houve alguma espécie de favorecimento decorrente da relação pessoal, essa contará para caracterizar o ilícito, dadas as circunstâncias do caso. Ao interpretar o art. 9º, Lei 8.666/93, restritivamente, o que se alcança é a não criação de uma regra apriorística de impedimento não prevista em lei.

Por todo o exposto, verifica-se que, **nos termos da Lei 8.666/93, não há impedimento para que sociedade empresária, cujo sócio ou proprietário é cônjuge, companheiro ou parente de servidor, participe de licitação e assine contrato com a Administração Pública.** Se, porventura, o município tiver lei específica que estabeleça esse impedimento – o que é constitucional (Recurso Extraordinário 423.560) –, a regra municipal será aplicável, impedindo-se a contratação da sociedade ou do empresário.

II.2 – DA CHEFIA DO SETOR/ÓRGÃO LIGADO À CONTRATAÇÃO

Conforme a questão posta a esta Corte, o consulente não procurava esclarecimento quanto à situação de todo e qualquer servidor público, mas restringiu sua hipótese à circunstância em que o cônjuge agente público chefiaria o órgão ligado à contratação. Nos termos da petição inicial,

Realizei consulta junto a procuradoria deste município sobre a possibilidade de participação, em processo licitatório, de licitante cujo sócio ou proprietário seja cônjuge de servidor ocupante de cargo de chefia no órgão

da administração municipal que busca a contratação (p. ex. Secretaria Municipal de Saúde), sendo este um dos executores do contrato que se originara da licitação como, por exemplo, ocorre com aqueles servidores (p. ex. médicos) que são responsáveis por solicitar a realização de exames laboratoriais, na rede privada, em pacientes da rede pública de saúde.

Nessas circunstâncias, não há, como desenvolvido acima, um impedimento para o particular licitar e contratar, mas há para o servidor atuar, em razão dos impedimentos de sua ação, com base nos princípios da impessoalidade e da moralidade. Esses princípios não são protegidos ao se estender a interpretação do art. 9º, da Lei 8.666/93, aprioristicamente, como visto acima, mas pela observância de diversas regras, como a da descrição precisa e suficiente do objeto licitado, do julgamento objetivo, e da imparcialidade dos agentes públicos envolvidos. Nesse sentido, cite-se, mais uma vez, Guilherme Salgado Lage⁷:

Porém, diante da impossibilidade de criação de regra geral e abstrata e da já verificada taxatividade do art. 9º da Lei 8.666/93, como preservar os princípios da moralidade e da impessoalidade em licitações, sem gerar tal conflito com outros princípios igualmente relevantes?

[...]

Desta forma, podemos concluir que, para a adequada aplicação do princípio da moralidade às licitações, cabe ao Administrador e aos órgãos de controle, ponderando os valores envolvidos, verificar, no caso concreto, se há indícios de ação ou omissão do servidor (ou pessoa que tenha poder de mando sobre ele, como um político, por exemplo), ocorrida a em qualquer momento do procedimento, desde a fase interna até o encerramento do certame, que possa ter influído ilícitamente no resultado da licitação, beneficiando licitante com quem o servidor mantenha relação de parentesco. Pode-se verificar, por exemplo, se não houve detalhamento excessivo do objeto visando beneficiar parente ou se o servidor cujo parente apresentou proposta omitiu-se no dever de pedir seu afastamento da comissão de licitação, conforme previsto nos artigos 18 a 20 da Lei de processo administrativo, que assim dispõem:

Lei nº 9.784/99:

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

⁷ LAGE, Guilherme Salgado. O Princípio Da Moralidade E O Combate Ao Nepotismo Em Licitações Públicas. *Publicações da Escola da AGU*, v. 1, n. 30, 2013, p. 165 e 168.

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.

Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau. (g.n.)

O impedimento dos servidores que atuam diretamente na licitação de que participa ou no contrato que assina sociedade empresário de que seu cônjuge é sócio, decorre da regra geral que os artigos 18 a 21, da Lei 9.784/99 estatuem. Essa regra consiste na abstenção de participação em processo administrativo no qual possa haver conflito de interesses do servidor ou da autoridade, em homenagem aos princípios da impessoalidade e da moralidade. A Lei 9.784/99, embora se enuncie como de abrangência apenas federal, possui aplicação nacional, seja quando da ausência de lei de processo administrativo do ente, como entende o STJ⁸, mas também quando do estabelecimento de regras gerais pela Lei 9.784/99, como as relativas ao impedimento e à suspeição.

Quanto ao entendimento de que a Lei 9.784/99 é de âmbito nacional em suas regras gerais, confira-se a exposição de Bruno Santos Cunha⁹, fundada no trabalho de grandes administrativistas:

Neste trabalho, no entanto, defende-se uma processualidade administrativa ampla, como parte integrante de uma doutrina processual em caráter ainda mais amplo. Desta feita, vê-se o processo administrativo como subespécie processual capaz de enquadrar-se no gênero processo emanado a partir das competências de âmbito nitidamente nacional encartadas no já citado art. 22, I, da Constituição Federal de 1988. Na mesma linha, Carolina Caiado Lima aponta que

⁸ “[...]tendo em vista a coexistência de inúmeros entes federativos na República Federativa brasileira, sendo que muitos deles ainda não exercitaram sua competência de elaboração de uma legislação geral sobre o processo administrativo a ser aplicado naquela esfera federativa, constatou-se que a omissão legislativa desses entes gerava graves inconvenientes jurídicos. Inclusive em prejuízo do cidadão, que muitas vezes se via impedido de exercitar adequadamente suas prerrogativas jurídicas em face da Administração Pública por inexistir um regramento adequado sobre o processo administrativo local. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem superado este problema ao assentar o entendimento de que a Lei nº 9.784/99 possui aplicabilidade subsidiária aos entes da federação que não disponham de legislação própria. Trata-se de solução jurisprudencial adequada, inclusive, por viabilizar a concretização do princípio da segurança jurídica e da boa-fé, que nada mais são do que uma manifestação do princípio da moralidade administrativa, insculpido no art. 37, caput, da Constituição, haja vista que o cidadão não pode ficar à mercê da boa vontade dos legisladores locais para a confecção de normativa específica.”

(PIVETTA, Saulo Lindorfer; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 14, n. 58, Belo Horizonte, out./dez. 2014, p. 107-135.)

⁹ CUNHA, Bruno Santos. Aplicação da lei federal de processo administrativo (Lei Federal nº 9.784/99) a entes subnacionais: uma codificação nacional às avessas? *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 11, n. 45, Belo Horizonte, jul./set. 2011, p. 221- 222.



embora haja entendimentos contrários, entendemos que é possível inserir o processo administrativo no "direito processual" a que se refere o art. 22, I, da Constituição Federal de 1988, o permitira a existência de uma lei geral de processo administrativo, aplicável a todos os entes da federação, e veiculadoras das principais diretrizes regedoras do processo administrativo.

A existência de uma lei geral não violaria o princípio federativo e tampouco impediria a existência de leis específicas sobre processo administrativo, como é o caso da Lei Federal 8.666/1993, que trata dos processos licitatórios.

A prevalecer tal entendimento, o que se pretende é uma valorização do processo administrativo enquanto instrumento de garantia de direitos e interesses fundamentais constitucionalmente elencados, sobretudo no tocante ao inarredável tratamento isonômico a ser dispensado aos cidadãos-administrados em sua relação com a Administração. Assim, uma disciplina nacional da matéria encontraria espaço no afã da uniformização da atuação administrativa, ao menos em suas linhas gerais, tal qual versa a Lei Federal nº 9.784/99, que, sóbria em sua regulamentação, é capaz de abarcar as distintas esferas da federação. Restaria aos entes subnacionais, pois, eventual complementação procedimental, com espeque no art. 24, XI da Constituição Federal. É que, conforme anota Francisco Xavier da Silva Guimarães, "nesse sentido a lei federal tem nítido caráter de lei geral que fortalece a autonomia federativa, preserva a unidade processual sem impedir que situações peculiares e próprias de determinados Estados sejam por eles atendidas procedimentalmente."

E continua o aludido autor, ao dispor que a Lei Federal nº 9.784/99

veio estabelecer regras, a meu sentir, de obrigatória abrangência nacional, portanto, sem as restrições de seu equivocado enunciado ao pretender regular o processo administrativo tão-só no âmbito da Administração Pública Federal. Realmente, as normas constitucionais sobre Direito Processual de competência legislativa exclusiva da União são de eficácia plena e de aplicabilidade ampla a todos os entes federativos, não sendo, portanto, passíveis das limitações que a Lei nº 9.784/99 quer impor ao restringir sua abrangência ao âmbito federal.

Ainda acerca da referida discussão, Maria Sílvia Zanella Di Pietro aponta que, em que pese correta aparência de uma abrangência e aplicabilidade apenas federal dada à Lei nº 9.784/99,

surgiram alguns posicionamentos dando maior amplitude a alguns dispositivos, que têm sido aplicados em âmbito nacional. Tal entendimento merece ser acatado. Note-se que a Lei não estabeleceu procedimento específico a ser adotado pelos órgãos administrativos. Ela estabeleceu normas básicas sobre os processos administrativos em geral. O objetivo da Lei não foi apenas estabelecer normas sobre processo; se fosse o caso, a Lei poderia ser considerada de âmbito federal apenas. Ocorre que ela não se limitou a isso. Ela foi além. O seu principal objetivo foi o de dar aplicação a princípios constitucionais pertinentes aos direitos do cidadão perante a Administração Pública. Ora, quando se fala em princípios constitucionais e em direitos do cidadão, entra-se na esfera de temas de interesse nacional e, portanto, de competência da União.

As regras de suspeição e impedimento garantem o devido processo legal administrativo, ao dar concretude aos princípios da moralidade e da impessoalidade tanto em relação àqueles que decidem os rumos do processo (autoridade) quanto dos que o impulsionam (servidores), garantindo sua higidez em toda a sua tramitação. Nesse sentido, Priscila Sparapani¹⁰:

A disposição contida no artigo 18 da Lei 9.784/99 preocupa-se com o impedimento de servidor ou autoridade no âmbito do processo administrativo. Referida previsão legal relaciona-se com o devido processo legal administrativo, que será ofendido quando a condução do processo e sua decisão forem de atribuição de agentes públicos não isentos ou não desinteressados. Acresça-se a isso, a ideia de que o administrador público, como se sabe, tem o dever de agir de forma impessoal em relação aos administrados, e se estiver impedido, fatalmente ofenderá o primado da impessoalidade administrativa.

A redação legal fala em servidor ou autoridade e, nesse passo, pode-se depreender que: "Se autoridade, por definição da própria Lei 9.784/99, é o agente dotado de poder de decisão, servidor é quem não o teria, mas que também atua no processo administrativo". Desse modo, a neutralidade deve-se fazer presente, seja em relação aos atos instrutórios praticados por servidor, seja em relação ao ato decisório, emanado pela autoridade julgadora.

Some-se a isso que o impedimento do servidor que atua no setor ligado à licitação e ao contrato decorre também da aplicação supletiva e subsidiária das regras e princípios do Código de Processo Civil aos processos administrativos (art. 15, CPC¹¹), nos quais se englobam os que tramitam em âmbito municipal. Dentre essas normas, incluem-se aquelas relativas ao impedimento e a suspeição, estabelecidas no novel Código nos artigos 144 a 148¹².

¹⁰ SPARAPANI, Priscila. Artigos 18 a 21. Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo Lei n. 9.784/99. HEINEN, Juliano; SPARAPANI, Priscila; MAFFINI, Rafael. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2015.

¹¹ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

¹² Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.[...]

Art. 145. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio; III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes. [...]



Mesmo aqueles que entendem pela possibilidade de extensão do impedimento do art. 9º, Lei 8.666/93, a outras hipóteses, suscitam a questão da atuação no mesmo órgão. Nesse sentido, em nota elaborada por Manuela Martins de Mello, da equipe Zênite¹³, a autora destaca que o impedimento decorrente do Decreto Federal nº 7.203/2010 deve considerar se se trata do mesmo órgão ou não, não alcançando órgãos diferente. *A contrario sensu*, portanto, em se tratando do mesmo órgão, haveria impedimento em razão do perigo de interferência. Em suas palavras:

16269 - Contratação pública – Licitação – Impedimentos – Vínculo de parentesco – Servidores da Administração licitante – Limites

Em vista da finalidade almejada com a instituição da vedação constante no inc. III do art. 9º, tem-se estendido a **impossibilidade de participação no certame às pessoas que mantenham vínculo de parentesco com servidores públicos integrantes da Administração responsável pela licitação**. É o caso do Decreto nº 7.203/10 (aplicável ao âmbito da Administração Pública federal). Contudo, sabe-se que diversos órgãos e entidades públicos subdividem-se em unidades que detêm autonomia para proceder às suas próprias contratações. Nessas hipóteses, os casos de impedimento devem ser avaliados em face da estrutura administrativa da unidade em que o processo de contratação será desenvolvido e concluído. Diz-se isso porque, **havendo independência entre as unidades do mesmo órgão no que tange às contratações, não se pode presumir que servidor de determinada unidade tenha influência ou acesso aos processos de contratação das demais unidades**. Assim, por exemplo, não seria razoável impedir a participação no certame realizado pela unidade X de determinado órgão, localizada em Belém/PA, por pessoas que mantenham vínculo de parentesco com servidores integrantes da unidade Y do mesmo órgão, localizada em Porto Alegre/RS. (Nota elaborada por Manuela Martins de Mello, integrante da Equipe Técnica Zênite.)

Por fim, vale destacar que não só a licitação e a contratação se desenrolam por meio de contrato administrativo, mas também a execução do contrato, que envolve uma sequência concatenada de atos. Nesse tocante, rememore-se que o pagamento aos particulares culmina do desenvolvimento de um processo de despesa (Lei 4.320/1964), que tem sua origem numa ordem de serviço. Por se tratar de processos em todas as fases, o servidor cônjuge está impedido de participar de qualquer ato relativo à contratação, do seu nascimento por meio licitação à sua execução.

Art. 148. Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição:
I - ao membro do Ministério Público; II - aos auxiliares da justiça; III - aos demais sujeitos imparciais do processo.
¹³ Disponível em www.leianotada.com. Acesso em 28 nov. 2018.

A respeito, ressalta-se que a jurisprudência entende não haver indício de irregularidade quando o órgão ou setor em que atua o servidor público é diverso daquele que procede à contratação, mas que há indício de irregularidade quando se trata do mesmo órgão ou setor. Nesse passo, confira-se novamente o Voto da Relatora na Apelação e Reexame Necessário Nº 70060719390, da Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS citado no tópico anterior. Ao seu lado, somam-se os seguintes julgados:

O TJ/RS julgou agravo de instrumento em que se discute a alegada impossibilidade de participação de determinada empresa em licitação diante da "incontroversa existência de relação de parentesco entre o sócio administrador da impetrante e uma servidora ocupante de cargo em comissão que integra o primeiro escalão do Governo Municipal". Alega-se 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, inc. III, da Lei nº 8.666/93". O relator afirmou que **"embora o sócio da empresa impetrante de fato mantenha vínculo de parentesco com a atual Secretária Municipal de Ação Social e Habitação do Município [...] tal circunstância não basta, por si só, a dar margem ao comprometimento da lisura do certame, nem enseja ofensa à moralidade e isonomia do procedimento licitatório instaurado"**. Isso porque "o Edital de Tomada de Preços nº 04/2017 visa à contratação de empresa para execução de serviços de empreitada global, cujo objeto consiste precisamente na 'adequação do acesso frontal do prédio da Secretaria Municipal da Saúde', atividade sem qualquer correlação com as afetas às atribuições da Secretaria Municipal de Ação Social e Habitação", na qual atua a irmã do sócio da empresa licitante. Diante disso, o julgador asseverou que, no caso em exame, inexistiu risco de ingerência direta da servidora pública sobre os rumos da licitação ou indícios de favoritismo indevido, não havendo de se cogitar do afastamento da empresa licitante por afronta aos princípios administrativos. (Grifamos.) (TJ/RS, AI nº 70074586207, Rel. Miguel Angelo da Silva, j. em 14.12.2017.)¹⁴ (Grifos no original.)

Em parecer fls. 396/397, o titular da Unidade Técnica assim se manifestou:

[...]

Evidentemente, não seria razoável pretender, com isso, a vedação generalizada à participação de parentes de todo e qualquer servidor da entidade contratante. Isso, aliás, já foi assentado por esta Corte, como informa a instrução. Discrimen no mesmo sentido é feito por Carlos Ari Sundfeld, para quem a vedação deve ser estendida a "todas as componentes da linha hierárquica que vai do órgão licitador ao dirigente máximo da entidade" (Licitação e Contrato Administrativo. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 120 apud Marçal Justen Filho, op. cit.).

No caso em exame, a vedação inequivocamente se materializou em face da estreiteza do vínculo existente entre o Sr. [...] e um dos sócios do consórcio vencedor, seu enteado, combinada com a posição por ele ocupada na estrutura do DNIT - diretor da DIF, precisamente a unidade da autarquia

¹⁴ Resumo do julgado disponível em www.leianotada.com. Acesso em 30 nov. 2018.

diretamente interessada na contratação, com participação ativa tanto na preparação e na condução do procedimento licitatório como na subsequente execução do objeto. (TCU, Acórdão 1.893/2010.) (Itálico no original.)

Portanto, embora a sociedade empresária cujo sócio ou proprietário é cônjuge ou companheiro de servidor público não esteja impedida de licitar e contratar com o Poder Público, **o servidor ou a autoridade cujo cônjuge é sócio ou proprietário de sociedade empresária licitante ou contratada é impedido de atuar nos processos administrativos relativos à licitação, contratação e execução do contrato.**

II.3 – DO REGIME DE BENS

Considerando que qualquer servidor ou autoridade é impedido de participar de processos administrativos que envolvam seus cônjuges, o regime de bens não é relevante para a questão. Como visto acima, o impedimento do servidor público decorre de sua condição de cônjuge (ou companheiro ou parente), não havendo qualquer ressalva quanto ao regime de bens. Sendo suficiente a existência de casamento ou mesmo de união estável, **o impedimento do servidor público de atuar no processo administrativo ocorre em todos os regimes de bens.**

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, opina-se, quanto ao mérito, nos seguintes termos:

As sociedades empresárias (estabelecimentos empresariais) cujo sócio ou proprietário é cônjuge ou companheiro de servidor público que atua na chefia do órgão contratante não está impedido de participar de licitação e firmar contrato com a Administração Pública, salvo legislação municipal em contrário. Porém, o servidor cujo cônjuge é sócio ou proprietário de sociedade que licita e/ou contrata com a Administração, é impedido de participar, direta ou indiretamente, de processos administrativos de licitação, contratação e execução contratual que envolvam seu cônjuge, independente do regime de bens.

Vitória, 30 de novembro de 2018.

[...]

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, corroborando o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, em manifestação da lavra do Excelentíssimo Procurador de Contas Luciano Vieira, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação que submeto à sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

1. PARECER CONSULTA

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, em **conhecer da presente Consulta**, para que no mérito seja respondida de acordo com a **Instrução Técnica de Consulta 58/2018**, nos seguintes termos:

As sociedades empresárias (estabelecimentos empresariais) cujo sócio ou proprietário é cônjuge ou companheiro de servidor público que atua na chefia do órgão contratante não está impedido de participar de licitação e firmar contrato com a Administração Pública, salvo legislação municipal em contrário. Porém, o servidor cujo cônjuge é sócio ou proprietário de sociedade que licita e/ou contrata com a Administração, é impedido de participar, direta ou indiretamente, de processos administrativos de licitação, contratação e execução contratual que envolvam seu cônjuge, independente do regime de bens.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 05/02/2019 - 2ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo (relator), Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Sergio Manoel Nader Borges e Rodrigo Coelho do Carmo.

4.2. Conselheiros em substituição: João Luiz Cotta Lovatti e Marco Antonio da Silva.

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO SERGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO JOÃO LUZ COTTA LOVATTI

Em substituição

CONSELHEIRO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

Fui presente:

LUCIANO VIEIRA

Procurador-geral do Ministério Público Especial de Contas

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das sessões



CONSULTA N. 862.735 || RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO

Contratação de parentes próximos a agentes públicos, por meio de procedimento licitatório, e observância dos princípios constitucionais

DIKOM TCE/MS



EMENTA: CONSULTA — PREFEITURA MUNICIPAL — PROCEDIMENTO LICITATÓRIO REGULAR — VENCEDOR DO CERTAME — PARENTE EM LINHA RETA OU COLATERAL E POR AFINIDADE ATÉ TERCEIRO GRAU DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO — CONTRATAÇÃO — AUSÊNCIA DE ÔBICE LEGAL — LEI N. 8.666/93 — DEMONSTRAÇÃO DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — POSSIBILIDADE

Não há impedimento legal à contratação, decorrente de procedimento licitatório, de parentes próximos de servidores ou agentes políticos, devendo, nessa hipótese, acautelar-se o gestor quanto à demonstração nos autos da observância dos princípios da moralidade, isonomia, impessoalidade e da maior competitividade possível, entre outros.

RELATÓRIO

Trata-se de Consulta protocolada neste Tribunal de Contas sob o n. 00679144/2011, em 06/12/2011, formulada pelo Prefeito de Seritinga, Denys Arantes Carvalho, na qual indaga, a fls. 1-2:

1. Em havendo procedimento licitatório para contratação de prestadores de serviços e/ou empresa para determinado tipo de obras públicas, e, durante o certame o vencedor do concurso, por coincidência, seja uma pessoa ou sócio da empresa que seja parente em linha reta ou colateral e por afinidade até o terceiro grau do Chefe do Poder Executivo, encontra-se impedido de assinar o contrato?
2. Ou pelo fato de estar sendo selecionado o profissional e/ou a empresa por procedimento licitatório, diverso da Carta Convite, encontra-se legal a contratação por estar sendo o certame por concorrência pública ou pregão presencial com ampla divulgação em jornal de circulação regional? (*sic*)



Nos termos do art. 213, I, da Resolução n. 12/08, com a redação dada pela Resolução n. 01/2011, a presente consulta foi remetida à Coordenadoria e Comissão de Jurisprudência e Súmula, que, após o cadastro e levantamento do histórico de deliberações sobre a questão suscitada, produziu o relatório técnico a fls. 9-12.

É o relatório.

PRELIMINAR

O consulente, Denys Arantes Carvalho, Prefeito do Município de Seritinga, é legitimado para formular consulta a este Tribunal, nos termos do art. 210, I, do Regimento Interno, seu questionamento é apresentado em tese, e a matéria insere-se na competência desta Casa.

Presentes os pressupostos, voto pela admissão da consulta.

MÉRITO

O consulente questiona, em síntese, se é possível contratar, mediante procedimento licitatório, parentes do prefeito municipal, em linha reta colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau.

Sobre o questionamento apresentado — em que pese este Plenário ter-se pronunciado, nas Consultas de n. 646.988 (15/12/2001), 448.548 (08/10/1997), 162.259 (15/05/1994) e 113.730 (30/09/1993), que não há óbice legal para a contratação, por meio de processo licitatório, de parentes de servidores ou de agentes políticos, desde que observados estritamente os princípios da administração pública e as regras dispostas na Lei n. 8.666/93 —, entendo que as vedações expressas no art. 9º da Lei n. 8.666/93 retratam uma derivação dos princípios da moralidade, isonomia e impessoalidade.

Ressalto que as ações dos gestores públicos devem pautar-se sempre na busca do atendimento aos princípios norteadores da atividade administrativa e da proteção à isonomia.

Quanto ao impedimento do direito de participar da licitação, Marçal Justen Filho¹ afirma que:

Considera-se um risco a existência de relações pessoais entre os sujeitos que definem o destino da licitação e o particular que licitará. Esse relacionamento pode, em tese, produzir distinções incompatíveis com a isonomia. A simples potencialidade do dano é suficiente para que a lei se acautele. [...] O impedimento consiste no afastamento preventivo daquele que, por vínculos pessoais com a situação concreta, poderia obter benefício especial e incompatível com o princípio da isonomia. O impedimento abrange aqueles que, dada a situação específica em que se encontram, teriam condições (teoricamente) de frustrar a competitividade, produzindo benefícios indevidos e reprováveis para si e para terceiro.

Nesse ponto, o inciso III do art. 9º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos veda expressamente a participação de agente público em licitação e a sua consequente contratação ou de empresa da qual seja proprietário, diretor ou nela exerça função remunerada, com o órgão ou a entidade.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 163.