

PESSOAS IMPEDIDAS DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO

SERVIDORES EFETIVOS, CARGOS EM COMISSÃO, FUNÇÕES DE CONFIANÇA, VEREADORES – PROPRIETÁRIOS DE EMPRESA/COMÉRCIO OU PARTICIPAÇÃO EM SOCIEDADE

Trata-se de solicitação a nós formulada, questionando o impedimento das pessoas acima elencadas em contratar com o poder público. De início, colacionamos o disposto no art. 9º, da Lei nº. 8.666/93, que diz:

Art. 9º. Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

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

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

§ 3º. Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

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

Em relação aos cargos comissionados e às funções de confiança, temos como aplicável a regra contida no art. 9º, inciso III, da Lei de Licitações. O impedimento de participação em licitação, ou na execução da obra ou serviço e do fornecimento de bens, é aplicável ao servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante, que no caso específico seria a municipalidade. Dai porque não se pode admitir que o servidor público, seja ele efetivo ou ocupante de cargo em comissão/função gratificada, firme contratos com o poder público. Se está impedido até mesmo de participar da licitação, não pode firmar contrato com o órgão público contratante.

De outro lado, note-se que a vedação diz servidor ou dirigente, não dizendo se efetivo ou comissionado (ou função de confiança). Tem-se, portanto, que o vocábulo utilizado pelo legislador é de amplitude tal que seja capaz de abranger não somente os cargos em comissão e funções de confiança, como também os servidores efetivos. Quisesse fazer distinção entre os efetivos e àqueles ocupantes de cargo em comissão, certamente traria especificado dentro do corpo da lei essa diferenciação. Não o fez, devendo o impedimento estender-se a todos os servidores, sejam comissionados ou efetivos, inclusive àqueles que exercem função de confiança.

Aliás, ainda mais impedidos estão os ocupantes dessas funções de confiança e os cargos em comissão, considerando-se a proximidade ainda maior que detém do chefe do Poder Executivo, e o exercício de funções de chefia e assessoramento dentro do órgão público, podendo trazer à tais pessoas privilégios diversos em relação aos demais licitantes. Estar-se-ia ferindo tanto o princípio da igualdade, como também da moralidade e da impessoalidade.

Aliás, sobre o tema ponderou Marçal Justen Filho:

“8) Impedimento do servidor e o princípio da moralidade

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 pressuposto necessário da lisura da licitação e contratação administrativa. A caracterização de participação indireta contida no § 3º aplica-se igualmente aos servidores e dirigentes do órgão” (**Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10ª edição. São Paulo: Dialética, 2004 – p. 191).

Neste sentido já se posicionou o Tribunal de Contas da União – TCU, com o seguinte teor:

“não passa pela avaliação de saber se os servidores (...) detinham ou não informações privilegiadas para que esteja impedido de participar, direta ou indiretamente, de licitação por ele realizada” (Decisão nº. 133/1997, Plenário, Rel. Min. Bento José Bulgarin).

Noutra decisão, também do Tribunal de Contas da União - TCU, entendeu-se que, apesar de o sujeito

“não ocupar cargo público ou função de confiança, ao representar o ... como dirigente de um programa do Ministério, passou a exercer um múnus público que o obrigava a atuar de acordo com o interesse público e, conseqüentemente, o impedia de contratar com a Administração Pública” (Acórdão nº. 601/2003, Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

Há, ainda, outras decisões do TCU no sentido de tratar como impedidas de contratar com a Administração Pública ocupantes de cargos comissionados/funções gratificadas, bem como servidores em geral que, mesmo quando não desempenham tais cargos, ostentam maior conhecimento do objeto licitado que os demais participantes:

A demissão do cargo em comissão ocupado por dirigente que participou diretamente da fase interna da licitação não impede a incidência da vedação contida no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/93, uma vez que, embora perdendo a capacidade de influir no resultado da licitação, remanesce a vantagem do maior conhecimento acerca do objeto licitado em relação aos potenciais concorrentes (**Acórdão nº. 1.448/2011, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes**).

Como visto no relatório precedente, nesta representação aprecia-se irregularidade consistente na contratação de sociedade empresária cujo sócio-cotista era, à época da licitação, servidor do órgão licitante, o que configura violação ao art. 9º, inciso III, da Lei nº. 8.666/1993.

(...).

5. A instrução da unidade técnica fundamenta-se em entendimento doutrinário e jurisprudencial para rejeitar os elementos de defesa. Conclui que a situação fática se subsume à hipótese vedada pela Lei de Licitações e independe da situação do servidor, se sócio-cotista ou sócio-gerente. Afasta, também, o argumento relativo à procuração assinada em 6/6/2006 com base no documento acostado à fl. 51, o qual evidenciaria a participação efetiva do responsável numa das contratações decorrentes dos certames acima mencionados.

6. Pelos seus cristalinos argumentos, entendo procedentes as razões defendidas pela unidade técnica. Os fatos não deixam dúvidas acerca do vício de legalidade.

7. Todavia, entendo que, ante a inexistência de dano ao erário, a jurisdição do TCU não alcança o servidor público para efeito exclusivo de imposição de sanção, porque não geriu recursos públicos ou deu causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que tenha resultado prejuízo aos cofres públicos. O rol do art. 5º da Lei nº 8.443/1992 é taxativo e não abarca o caso concreto.” (**Acórdão nº. 934/2011, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes**)

Frise-se, aliás, que há posição do Superior Tribunal de Justiça – STJ entendendo que, mesmo em caso de servidor licenciado, aplica-se a ele o impedimento de participação na licitação contido no art. 9º, inciso III, da Lei nº. 8.666/1993. Diz o precedente o seguinte:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO - EMPRESA - SERVIDOR LICENCIADO - ÓRGÃO CONTRATANTE. Não pode participar de procedimento licitatório, a empresa que possuir, em seu quadro de pessoal, servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação (Lei nº 8.666/93, artigo 9º, inciso III). O fato de estar o servidor licenciado, à época do certame, não ilide a aplicação do referido preceito legal, eis que não deixa de ser funcionário o servidor em gozo de licença. Recurso improvido. (STJ – REsp 254115/SP, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2000, DJ 14/08/2000, p. 154).

E, no voto do Ministro Relator do precitado julgado, é possível colher a seguinte passagem:

“(…). O fato de o servidor citado estar licenciado, à época da licitação, é irrelevante porque não deixou ele de ser funcionário da SABESP, de ter vínculo com esta. Atenta contra o princípio da moralidade pública admitir a participação de servidor licenciado da administração, em licitação. Com isso, estaria sendo atingido o princípio da igualdade que deve imperar no certame. É verdade que o art. 84, *caput*, da mencionada normal legal [Lei nº. 8.666/1993], considera como servidor público aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função, ou emprego público, mas isso não quer dizer que o servidor licenciado deixe de ser servidor, porque ele continha vinculado à administração. Seu contrato de trabalho está apenas interrompido ou suspenso, mas em vigor (STJ – REsp 254115/SP, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2000, DJ 14/08/2000, p. 154 – trecho do voto).

Assim, tem-se que servidores efetivos, ocupantes dos cargos em comissão ou mesmo de função de confiança não podem contratar com o Poder Público do qual fazem parte, seja por meio de empresa/comércio próprio, ou por meio de sociedade que integrem. Ainda que proprietários de empresas ou que tenham participação em sociedade, não podem sequer participar do processo de licitação, menos ainda firmar contrato com o Poder Público, considerando que a execução contratual sucede a própria participação na licitação.

O mesmo pode ser dito em relação aos vereadores, já que a eles aplica-se a regra contida no art. 54, incisos I, alínea “a” e II, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988. Com efeito, diz o art. 29, inciso IX, da CF/1988:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e aos seguintes preceitos:

(...);

IX – proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembleia Legislativa;

Pois bem. Aplicando-se a vedação à vereança trazida a membros do Congresso Nacional, tem-se como aplicável a regra contida no art. 54 da Constituição Federal de 1988, que tem a seguinte previsão:

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I – desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

(...).

II – desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

Anoto, ainda, o impedimento aos vereadores fixado na própria Lei Orgânica da Prefeitura da Estância Turística de Presidente Epitácio, e que se encontra prevista no art. 36, com a seguinte redação:

Art. 36 – É vedado ao Vereador:

I – desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com o município, com suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedade de economia mista ou com suas empresas, concessionárias de serviços públicos, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

(...);

II – desde a posse:

(...);

c) ser proprietário, controlador ou diretor de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público do município, ou nela exercer função remunerada;

A Lei Orgânica da Estância Turística de Presidente Epitácio coaduna-se com a regra constitucional anteriormente citada, na medida em que traz a mesma proibição aos vereadores criada pela regra constitucional, e que se aplica por extensão. Desta forma, evidente que há vedação específica aos vereadores, não podendo firmar contrato com as entidades referidas no art. 36, inciso I, alínea “a”, e inciso II, alínea “c”, da Lei Orgânica da Estância Turística de Presidente Epitácio. A vedação, aliás, atende à mandamento constitucional.

EXTENSÃO DA VEDAÇÃO À PESSOAS COM GRAU DE PARENTESCO/AFINIDADE COM OS CARGOS ANTERIORMENTE DESCRITOS:

Somos consultados, ainda, se as vedações elencadas anteriormente são extensíveis à pessoas com grau de parentesco com os cargos descritos (cargos em comissão, função de confiança e vereadores). Entendemos, com o devido respeito à divergência, que a vedação acima mencionada aplica-se, da mesma forma, às pessoas com grau de parentesco em relação àquelas anteriormente citadas (cargos em comissão, função de confiança e vereadores).

De início, cumpre-nos citar o art. 3º, § 3º, do Decreto Federal nº. 7.203/2010, que estabelece regras vedando o nepotismo no âmbito da Administração Pública Federal, trazendo a seguinte previsão:

Art. 3º. No âmbito de cada órgão e de cada entidade, são vedadas as nomeações, contratações ou designações de familiar de Ministro de Estado, familiar da máxima autoridade administrativa correspondente ou, ainda, familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de direção, chefia ou assessoramento, para:

(...).

§ 3º. É vedada também a contratação direta, sem licitação, por órgão ou entidade da administração pública federal de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação ou de autoridade a ele hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão e de cada entidade.

No âmbito federal, veda-se a contratação direta, e sem licitação, por órgão ou entidade da administração pública, de pessoa jurídica em que haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de detentor de cargo em comissão ou função de confiança, atuante na área responsável pela demanda ou pela contratação. Há, acreditamos, pecado na regra, que poderia ter sido ainda mais ampla e completa, porquanto a vedação tem o justo propósito de impedir a contratação de empresas dirigidas por familiares de funcionários que ocupam cargos em comissão ou função de confiança.

Analizando a regra, Marçal Justen Filho ponderou:

“Lembre-se que o art. 2º, inc. II, do referido Dec. 7.203 define familiar como ‘o cônjuge, o companheiro ou o parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau’.

O dispositivo veda a contratação direta de empresa cujo administrador ou sócio com poder de controle seja familiar ou de agente titular de cargo em comissão ou função de confiança em setor envolvido na contratação ou de autoridade hierarquicamente

superior. Em outras palavras, a existência de vínculo familiar entre o sujeito com poder de influência na empresa e o sujeito com poder de influência na entidade administrativa cria impedimento à contratação” (**Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10ª edição. São Paulo: Dialética, 2004 – p. 193).

Há, evidentemente, extensão do impedimento quanto à pessoas com grau de parentesco aos cargos em comissão, funções de confiança e até mesmo vereadores. Nesse sentido, aliás, já se posicionou o STJ – Superior Tribunal de Justiça, da seguinte forma:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE SÓCIA DA EMPRESA CONTRATADA E O PREFEITO DO MUNICÍPIO LICITANTE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO MÍNIMO PARA CONVOCAÇÃO DOS LICITANTES. VIOLAÇÃO DO ART. 21, § 2º, DA LEI 8.666/93.

1. Procedimento licitatório (tomada de preços) realizado pelo Município de Resende Costa-MG, visando à contratação de empresa para a prestação de serviços com a finalidade de implantar programa de saúde familiar.

2. A principiologia do novel art. 37 da Constituição Federal, impõe a todos quantos integram os Poderes da República nas esferas compreendidas na Federação, obediência aos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade, eficiência e publicidade.

3. O princípio da impessoalidade obsta que critérios subjetivos ou anti-isonômicos influam na escolha dos candidatos exercentes da prestação de serviços públicos, e assume grande relevância no processo licitatório, consoante o disposto no art. 37, XXI, da CF.

4. A ratio legis indicia que: "A lei configura uma espécie de impedimento, em acepção similar à do direito processual, à participação de determinadas pessoas na licitação. Considera um risco a existência de relações pessoais entre os sujeitos que definem o destino da licitação e o particular que licitará. (...) O vínculo do autor do projeto pode, inclusive, configurar-se de modo 'indireto', tal como previsto no § 3º. 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. 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 se aplicará mesmo quando se configurar outra hipótese não expressamente prevista. (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo, Dialética, 2004, p. 124/126).

5. Consectariamente, a comprovação na instância ordinária do relacionamento afetivo público e notório entre a principal sócia da empresa contratada e o prefeito do município licitante, ao menos em tese, indica quebra da impessoalidade, ocasionando também a violação dos princípios da isonomia e da moralidade administrativa, e ao disposto nos arts. 3º e 9º da Lei de Licitações. Deveras, no campo da probidade administrativa no trata da coisa pública o princípio norteador é o do in dubio pro populo.

6. O § 2º, III, do art. 21 da Lei 8.666/93 estabelece o prazo mínimo de 15 (quinze) dias para o recebimento das propostas na tomada de preços.

7. A finalidade do legislador ao estabelecer os prazos mínimos do art. 21, foi assegurar a publicidade da licitação para garantir a participação nesta de amplo número de interessados, assegurando, assim, a obediência ao princípio da competitividade, motivo pelo qual a inobservância do prazo de 15 (quinze) dias do art. 21, § 2º, III, da Lei de Licitações acarreta a invalidade do procedimento licitatório.

8. Ausência de prequestionamento dos arts. 27 e 30 da Lei de Licitações.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(STJ – REsp 615432/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 27/06/2005, p. 230).

Resta mais do que evidente a quebra dos princípios da isonomia e impessoalidade permitir que pessoas afetivamente ligadas aos cargos de chefia e assessoramento participem do processo licitatório. Inadmissível, pois, permitir que pessoa ligada aos cargos em comissão e função de confiança, e até mesmo aos vereadores, possa participar do certame licitatório sem se falar em vilipêndio aos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade, tais que devem nortear a atuação do administrador no trato da coisa pública.

Pedimos vênia para transcrever posição jurisprudencial do Tribunal de Contas da União – TCU, sobre o tema específico:

O presente processo de representação foi criado a partir de elementos apartados do TC-030.223/2007-4 (por determinação do Acórdão nº 673/2008-Plenário), que tratou de irregularidades em licitações realizadas pela Prefeitura Municipal de Conceição/PB. Estes autos cuidam, especificamente, da Tomada de Preços nº 04/2007, cujo objeto era a construção de dois açudes com recursos federais.

(...).

4. No tocante à Tomada de Preços nº 04/2007, objeto deste processo, foram duas as irregularidades verificadas.

5. A primeira delas refere-se ao fato de que o pai do autor dos projetos dos dois açudes era, na época dos acontecimentos, sócio, na Construtora Pau D'Arco Ltda., de dois dos proprietários da vencedora da Tomada de Preços nº 04/2007, a Construtora Terra Forte Ltda. Essa situação configura a hipótese prevista na Lei nº 8.666/1993, art. 9º, inciso I e § 3º, que veda a participação indireta do autor do projeto na licitação ou na execução da obra. A esse respeito, cabe esclarecer que o mencionado dispositivo é bastante abrangente ao definir o tipo de vínculo que caracteriza a participação indireta (de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista), não deixando dúvida, a meu ver, da ocorrência da irregularidade no caso em apreço.

(...)

9. Por fim, devo destacar, entre as justificativas do ex-prefeito, o argumento em relação à primeira irregularidade citada. Ele afirma que o quadro social da Construtora Pau D'Arco Ltda. foi alterado anteriormente ao certame, com a exclusão do genitor do autor do projeto na licitação. Ocorre que, como bem destacou a unidade técnica, essa modificação realizada às vésperas do certame não descaracteriza a participação indireta; ao contrário, demonstra a intenção nociva de conferir à situação uma aparência de legalidade. Ressalto que a postura leniente do ex-alcaide ante o referido contexto (do qual admite ter ciência desde a época dos fatos) confirma a conivência com os atos das construtoras e robustece a conclusão pela sua responsabilização (Acórdão nº. 2.264/2011, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro).

REPRESENTAÇÃO. DNIT/BA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE SUPERVISÃO DAS OBRAS DE IMPLANTAÇÃO DE CONTORNO FERROVIÁRIO DE SÃO FÉLIX/BA. CONHECIMENTO. IDENTIFICAÇÃO DE RELAÇÃO DE PARENTESCO ENTRE GESTOR DO DNIT E SÓCIO DE EMPRESA INTEGRANTE DO CONSÓRCIO VENCEDOR DO CERTAME LICITATÓRIO. PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO CERTAME LICITATÓRIO. AUDIÊNCIA DOS GESTORES DO DNIT. DELIBERAÇÃO MANTIDA EM GRAU DE RECURSO. ANULAÇÃO DO CERTAME LICITATÓRIO. INSUFICIÊNCIA DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA APRESENTADAS PELO DIRETOR DE INFRAESTRUTURA FERROVIÁRIA DO DNIT. REJEIÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA. ACOLHIMENTO DAS RAZÕES APRESENTADAS PELOS MEMBROS DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO. NOTIFICAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS.

(...).

Em outras palavras, a promiscuidade das relações de parentesco e societárias, envolvendo tanto o dirigente da Diretoria de Infraestrutura Ferroviária do DNIT, bem como sócios e empregados das empresas participantes do consórcio encarregado de elaborar o termo de referência ou projeto básico da Concorrência nº 350/2006, e do consórcio vencedor do referido certame, não garantiu a lisura do procedimento administrativo licitatório, inquinando-o de vícios insanáveis decorrentes da violação dos princípios básicos da Administração Pública e da lei federal de licitações.

(...).

A interpretação sistemática e analógica do art. 9º, inciso III e §§ 3º e 4º da Lei nº 8.666/1993 legitima elastecer a hipótese de vedação da participação indireta de servidor ou dirigente de órgão e entidade com o prestador dos serviços, sem que tal exegese desvirtue a finalidade da norma legal, a saber: a preservação dos princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da isonomia. (...).

(...).

Ora, o comando inscrito no caput do art. 9º, c/c o inciso III, do referido diploma legal proíbe expressamente a participação indireta de servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

O ponto de discussão reside na interpretação que se dá aos §§ 3º e 4º do aludido dispositivo legal. O fato de a lei considerar

participação indireta a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos de obras e bens, incluindo-se, nessa proibição, os membros da comissão de licitação, não exclui a possibilidade de referida vedação ser estendida, por aplicação analógica, ao dirigente que autoriza e homologa o certame licitatório.

É impossível que o legislador ordinário preveja, em normas abstratas e genéricas, todas as situações específicas que podem comprometer a lisura de uma licitação pública. Ao contrário do que defende o justificante, é legítimo e imperativo ao magistrado preencher lacuna da lei, de forma a também ser vedada participação indireta do dirigente da entidade contratante que tenha vínculo de parentesco com sócio da empresa prestadora dos serviços licitados.

No caso em análise, não é lícito ao juiz deixar de aplicar o direito sob o argumento do *non liquet* - inexistência de norma legal expressa e específica. A própria Lei de Introdução ao Código Civil autoriza-lhe integrar a norma legal, de maneira a dar-lhe completude e a fim de solucionar a lide. Portanto, a aplicação da interpretação analógica do art. 9º da Lei nº 8.666/1993 e dos princípios gerais da Administração Pública ao caso vertente não configura usurpação de competência do legislador ordinário.

Ao contrário, a *mens legis* implícita na norma legal veda qualquer conduta que, direta ou indiretamente, comprometa a isonomia, a moralidade administrativa e a impessoalidade, princípios esses que devem presidir as licitações públicas.

A propósito, como poderia ao operador jurídico tornar exequível a finalidade ou a teleologia do comando insculpido no caput do art. 9º, c/c o respectivo inciso III, da Lei nº 8.666/1993, se fosse permitido ao dirigente do órgão e entidade e contratante homologar a contratação de consórcio integrado por empresa, cujo sócio é seu parente por afinidade em 1º grau?

Em outras palavras, só porque a referida lei, em seu art. 9º, §§ 3º e 4º, alude à proibição de vínculos entre a empresa autora do projeto básico e a empresa executora da obra, extensível a membros da comissão de licitação, pergunto novamente, é lícito ao dirigente da entidade contratante homologar resultado de licitação pública, mesmo ciente da existência de impedimentos? A resposta é, obviamente, negativa, porquanto a finalidade da norma

legal, baseada em princípios básicos da licitação, continuaria a ser vilipendiados.

(...).

Como bem salientou o Eminentíssimo Relator, Ministro Benjamin Zymler, no voto condutor do Acórdão nº 1.170/2010-Plenário:

"os §§ 3º e 4º transcritos conferem ao caput do art. 9º 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."

14. Corroborando essa tese, Marçal Justen Filho ensina que o citado dispositivo legal é amplo e deve reputar-se como meramente exemplificativo (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 123):

"(...) 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 da 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".

No caso em análise, o então dirigente da Diretoria de Infraestrutura Ferroviária do DNIT, Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, além de ser o padrao de sócio de empresa Consulfer,

que integrou o consórcio vencedor da Concorrência nº 350/2006 (Consórcio Geohidro/Consulfer/Magna), também tinha ciência ou, pelo menos, deveria ter, no ato de homologação do resultado do confronto licitatório, do fato de o autor do projeto básico ou Termo de Referência do certame, Consórcio STE/Sicon, ter como coordenador técnico, o Sr. Mário Antônio Garcia Picanço, o qual também foi sócio da Consulfer, até 26/10/2006, e é pai dos sócios da empresa Consulfer (Renato Proença Picanço e Régis Proença Picanço). (...)

(...). (Acórdão nº. 1.893/2010, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues). (destacamos).

Assim, tomando-se como apoio posição já sedimentada pelos Tribunais (Superior Tribunal de Justiça – STJ e Tribunal de Contas da União – TCU), é possível afirmar que o vínculo de parentesco com ocupantes de cargos em comissão ou função de confiança, bem como de vereadores, configura nítida hipótese de potencial influência sobre a licitante e sobre o próprio resultado dessa licitação, de sorte que se permite a aplicação do disposto no art. 9º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº. 8.666/93.

Registre-se que o interesse público, neste caso, está a autorizar a interpretação ampliativa e extensiva do referido dispositivo legal. Não seria mesmo possível ao legislador ordinário, quando editada a Lei de Licitações, prever a integralidade das relações que dela poderiam surgir. Lembre-se, ainda, que a norma jurídica em comento foi criada no ano de 1993, estando quase vinte anos atrasada em relação às mutações jurídicas ocorridas desde sua edição até os dias atuais. Daí porque o *mens legis* deve-se adaptar a realidade, aplicando-se de forma extensiva com vistas a coibir abusos praticados com a coisa pública.

Elaborado por **SILVIO LUÍS FERRARI PADOVAN**, advogado, inscrito na **OAB/SP nº. 243.613**, em 30 de janeiro de 2013.