



O Advogado-Geral do Estado, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:

“De acordo. Em 11/11/2008”

Procedência: Secretaria de Estado de Saúde

Interessado: Assessor Jurídico Chefe

Número: 14.883

Data: 11 de novembro de 2008

EMENTA:

LICITAÇÃO - EXEGESE DO INCISO III DO ART. 9º DA LEI 8.666/93 - MORALIDADE DOS NEGÓCIOS ADMINISTRATIVOS - APLICAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DIRETA – CASO CONCRETO - NÃO INCIDÊNCIA DA VEDAÇÃO.

## RELATÓRIO

O Assessor Jurídico Chefe da Secretaria de Estado de Saúde, Ricardo Assis Alves Dutra, por meio do Ofício/AJ/ nº 645/2008, solicita análise e manifestação a respeito de questionamento apontado pela Auditoria Setorial com relação à incidência ou não do art. 9º, III, da Lei nº 8.666/93, no processo referente à contratação da Fundação de Assistência Social de Janaúba/FUNDAJAN.

Conforme apontado pelo expediente, um dos diretores da FUNDAJAN é membro da defensoria pública do Estado de Minas Gerais e, *“por pertencer aos quadros do funcionalismo estadual, supostamente poderia, se considerado seu cargo público, estar na condição de servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação”*.

Acompanha a consulta parecer emitido pela Assessoria Jurídica da Pasta consulente, conclusivo no seguinte sentido:

*“Diante do exposto, entendemos que a expressão órgão ou entidade não poderiam ser interpretadas de forma extensiva, situação em que colocaria este órgão na posição do próprio ente federativo estadual, o que não parece ter sido a pretensão do legislador, pois, caso fosse, não o teria distinguido das entidades.*



*Sendo assim e, considerando a própria autonomia conferida a órgãos como a SES/MG e a DPMG, não parece haver possibilidade de violações ao princípio da moralidade, isonomia e impessoalidade no presente processo de contratação, a despeito da situação funcional de um dos diretores da contratada. Entendemos, assim, que mens legis da vedação disposta no art. 9º, III da Lei nº 8.666/93, não atingiria a situação tratada no caso em tela, ficando preservada a incolumidade dos princípios norteadores dos certames públicos.”*

É o breve relatório. Passo a analisar.

### PARECER

A Constituição da República proclama, no art. 22, XXVII, ser da União a competência privativa para legislar sobre “*normas gerais de licitação e contratação*”.

A norma que rege as licitações e contratos no âmbito da Administração Pública é aquela veiculada na Lei 8.666/93, que dispõe especificamente em seu artigo 9º, a respeito das pessoas - físicas ou jurídicas - impedidas de participar dos procedimentos licitatórios.

No âmbito administrativo impera o princípio da legalidade, de forma que a Administração Pública não tem vontade própria, podendo agir apenas dentro dos limites legais, posto não haver liberdade para fugir das normas que regem as contratações no âmbito administrativo, sendo que a lei deve ser aplicada rigorosamente.

Cinge-se a questão em saber, como externado na consulta, se um servidor da Defensoria Pública Estadual que também atua como diretor da Fundação de Assistência Social de Janaúba – FUNDAJAN, fundação essa a ser contratada por meio de inexigibilidade de licitação, “*poderia, se considerado seu cargo público, estar na condição de servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação*”.

O art. 9º, inciso III da Lei de Licitações, prevê em seu corpo:

*“Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a ele necessários: (...)*

*III – servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.”*



O escopo do legislador ao instituir a norma acima foi, decerto, assegurar a estrita observância aos princípios constitucionais da igualdade e da moralidade, tanto no procedimento licitatório, quanto na execução contratual, independente da natureza dessa contratação.

Caso seja identificado quando do exame documental preliminar, que o candidato interessado incide na vedação legal, o mesmo será afastado do certame.

O alcance do artigo atinge ainda a fase de execução contratual, posto que aquele que incidiu na vedação legal não poderá ser subcontratado pelo vencedor do certame.

Na hipótese da consulta, pelo que deixa transparecer a Pasta consulente, a FUNDAJAN teria sido contratada, por meio de inexigibilidade de licitação, pela Pasta consulente. No entanto, chegou ao conhecimento que um dos diretores da contratada é servidor público estadual lotado na Defensoria Pública.

Em análise perfunctória, chama a atenção para o fato de que o órgão em que está lotado o servidor, não figura como contratante ou contratado, o que de pronto afastaria a incidência da vedação em face da fundação contratada.

Além disso, é cediço que a preocupação erigida pelo legislador quando da elaboração da norma insculpida pelo art. 9º da Lei de Licitações, foi de evitar que os candidatos ao certame obtivessem informações privilegiadas, sendo assim favorecidos. A norma de caráter geral e de cunho restritivo, abarca tão somente as hipóteses ali elencadas, e no caso em estudo, o servidor não pertence aos quadros de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Noutras palavras, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais não figura como contratante e sequer é responsável pela licitação em andamento.

Por estas singelas ponderações, já se percebe o norte do entendimento desta Consultoria Jurídica. Neste sentido, entende o renomado **JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR**, “*o rol de pessoas impedidas de participar de licitação deve ser considerado numerus clausus, isto é, a ninguém mais pode ser estendido por ato da Administração.*” (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Ed. Renovar, 7ª Edição, fls. 157).



O autor ainda faz referência à origem da vedação legal, ao citar a Emenda Constitucional nº 19/98: “*lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas (CF, art. 37, §7º).*”

Ora, para dispor de informações desconhecidas dos concorrentes, é certo que o servidor deve atuar em setor que se examine e decida acerca do objeto licitado, tendo, por isso, acesso a informações que o coloquem em posição diferenciada de outros concorrentes. Tal situação não nos parece alcançar o servidor em comento.

E numa interpretação mais conservadora, no sentido de bastar o fato de o servidor ser lotado no órgão contratante, independente do setor de atuação, também não se aplica a proibição legal no caso vertente.

**MARÇAL JUSTEN FILHO** ensina que “*considera 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 distorções incompatíveis com a isonomia. (...) 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.*”, (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 12ª edição, pág. 151/152).

Continua o autor, “*nem se diga que as regras legais restritivas devem ser interpretadas restritivamente. Esse princípio de interpretação não é absoluto, mas é completado por outros princípios. O intérprete deve apurar a extensão da vontade legislativa. Mesmo quando a regra legal tem natureza restritiva, tem de reconhecer-se que abrange a todas as hipóteses a que se destina regular. A interpretação restritiva prevalece quando dúvida invencível se apresentar acerca da extensão da disciplina legal*”.

E conclui: “*é necessário indagar a razão que conduziu a Lei a vedar a participação ou contratação relativamente a dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Certamente, não se trata da mera condição de servidor público. Tanto é verdade que a vedação não abrange todo e qualquer servidor público. Somente apanha o sujeito vinculado ao órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação*”. (obra citada, pág. 156, g.n.).



Tal entendimento é corriqueiro nas decisões do Tribunal de Contas da União, posto que a proibição atinge apenas os servidores públicos da entidade licitante, pois por figurarem em tal posição, poderiam obter privilégio na condução dos trabalhos licitatórios.

Noutros termos, a vedação cinge-se ao âmbito da Administração Pública onde se processa a licitação e posterior contratação, não alcançando outros órgãos ou entidades públicas. O alcance da lei deve estar claramente delineado no atuar do administrador, sob pena de cometer injustiças.

E, no caso em análise, tanto a Pasta consulente quanto a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais são órgãos portadores de autonomia funcional e administrativa, situação bem explorada no Parecer que acompanha a consulta, restando ratificado o entendimento esposado no citado estudo.

A única ressalva que se aponta à conclusão do Parecer, é o fato de que a contratação por meio de inexigibilidade de licitação afastaria por si só qualquer discussão acerca da vedação imposta pelo art. 9º da lei 8.666/93 pela ausência de edital de licitação.

Ora, nesta hipótese é que devem ser redobrados os cuidados quanto à participação de membros da instituição contratante na elaboração do projeto. Voltando ao escopo legal, o que se tenta impedir, é que um interessado no certame, por ter acesso a informações diferenciadas ou mesmo participado do projeto, possa se beneficiar frustrando, destarte, o caráter competitivo da licitação.

Neste íterim, ensina **MARÇAL JUSTEN FILHO**, “*ora, admitir que o sujeito modele o contrato, e desse modo, produza a não-aplicação da licitação seria muito mais ofensivo aos princípios jurídicos que o art. 9º busca proteger. Portanto e como regra, o impedimento previsto no art. 9º aplica-se também aos casos de contratação direta.*” (obra citada, pág, 152).

A única ressalva mencionada pelo citado autor, é a hipótese da causa jurídica da dispensa ou da inexigibilidade existir antes ou independentemente da elaboração do projeto, citando como exemplo, o uso de uma certa tecnologia de titularidade privativa de uma determinada empresa, hipótese do art. 25, inciso I da Lei de Licitações, não se aplicando o impedimento examinado.



## CONCLUSÃO

Por todo o exposto, opina esta Consultoria Jurídica no sentido de que, pela exegese do inciso III do artigo 9º da Lei de Licitações, não incide a vedação legal ali prevista na hipótese da consulta por não se configurar afronta ao interesse maior que o instituto da licitação visa proteger, que é a moralidade dos negócios administrativos.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 07 de novembro de 2008

Ana Paula Muggler Rodarte  
Procuradora do Estado  
Masp 598204.6  
OAB/MG 68.212

“APROVADO EM”: 10/11/2008  
SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO  
Consultor Jurídico Chefe  
Masp 598.222-8 - OAB/MG 62.597