

ASPECTOS CONTROVERSOS ACERCA DO IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO DE PARENTES EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Kananda Landim de Almeida¹

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar à luz dos princípios constitucionais e administrativos a possibilidade ou não de participação de parentes em licitação pública, bem como elucidar os impedimentos elencados pela Lei 8.666/93 em seu art. 9º, no tocante a sua interpretação extensiva aos parentes dos agentes políticos e servidores ocupantes de cargo comissionado e de confiança. Nesta senda, concluiu-se que, a ausência de normatização legislativa sobre o tema acarreta em divergência de posicionamentos jurídicos e doutrinários, desencadeando uma instabilidade jurídica e muitas vezes prejuízo ao prosseguimento do procedimento licitatório.

Palavras-chave: Licitação. Impedimento. Princípios. Vínculo de Parentesco. Lei 8.666/93.

1 INTRODUÇÃO

Desde a criação da Lei Federal 8.666, em 1993, ora intitulada como lei de licitações, todos os atos que a partir desse momento fossem praticados pela administração pública, envolvendo o uso da verba pública, devem, obrigatoriamente, seguir e observar o que esta regulamentado pela lei de licitações, no que tange a execução de obras, obtenção de serviços e compras, bem como alienações e locações no âmbito dos poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, em suma, todos os entes que compõe a administração pública.

Dentro desse cenário, após a regulamentação da lei, muitas foram as alterações trazidas pelo legislador, incluídas através de leis, resoluções e portarias, considerando como uma das últimas e mais recentes inclusões legislativas, a alteração realizada no ano de 2017, incluída pela Lei 13.500, no art. 40, §5º, que dispõe sobre a previsão nos editais de licitação um percentual de participação de mão de obra oriundo do sistema prisional brasileiro, como maneira de ressocialização.

Apesar disso, nenhuma alteração foi dada ao artigo 9º da lei de licitações, que tem por finalidade a previsão expressa e taxativa do rol daqueles que são impedidos pelo legislador de

¹ Graduanda do curso de direito do Centro Universitário Jorge Amado – UNIJORGE, cursando o 9º semestre. E-mail: kananda.landim@gmail.com. Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para conquista do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Georges Louis Hage Humbert.

participarem de licitação pública. Vislumbra-se no art. 9º, que estão impedidos de participar, direta ou indiretamente da licitação, o autor do projeto básico ou executivo, sendo ele pessoa física ou jurídica, assim como a empresa que tiver o autor do projeto básico ou executivo como dirigente, gerente acionista ou detentor de mais de cinco por cento do capital social da empresa com direito a voto, além disso, resta como impedido o servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

O que pode ser evidenciado dada a leitura do artigo mencionado, é que não há expressa previsão legal de impedimento de participação em licitação oriunda do vínculo de parentesco, tão pouco de parentes dos agentes políticos e dos servidores ocupantes de cargo comissionado e de confiança, que tenham interesse em participar e ofertar proposta vantajosa a administração pública.

É neste sentido, diante da importância do procedimento licitatório na administração pública que debruça-se este artigo, passando a analisar e questionar os aspectos controversos acerca da participação dos parentes em licitação pública, considerando a possibilidade e impossibilidade à luz dos princípios constitucionais e administrativos da referida participação, e ainda de que maneira isto iria interferir na efetivação dos princípios da isonomia e impessoalidade, bem como no princípio da legalidade e competitividade.

Para que se alcance este objetivo, fez-se necessário ponderar sobre o fundamento jurídico da licitação pública, definindo sua conceituação, seus objetivos e finalidade. Após este momento, fora realizado um estudo minucioso e referencial sobre licitação à luz dos princípios da legalidade e isonomia e seus reflexos nos princípios da moralidade, competitividade, eficiência e impessoalidade a fim de que fossem aduzidas as questões principiológicas que norteiam o procedimento licitatório e o faz ser cheio de regras e diretrizes, capazes, até mesmo, de mensurar quais riscos e desvantagens acometem a administração pública quando esta firma contrato decorrente de licitação com parentes de agentes políticos ou servidores públicos.

Por conseguinte, superadas as reflexões conceituais e principiológicas, refutando ainda como relevante uma abordagem precisa dos impedimentos de participação elencados pela lei 8.666/1993, é que se procedeu a uma análise do art. 9º da citada lei com a finalidade de demonstração dos aspectos impeditivos correlacionando-os com as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, bem como um estudo sobre a (im) possibilidade de participação e contratação de parentes ante os princípios ora arguidos.

Além do mais para que tudo quanto exposto fosse compreensível, foi necessário perpassar por um processo de seleção de escritores que abordavam de forma coesa e crítica o

tema em estudo, tendo como fontes primárias além de doutrinas, os artigos, a legislação, decisões e acórdãos, em especial, o Tribunal de Contas.

Outro fator importante foi a definição do tipo de pesquisa utilizada, escolhendo a exploratória, uma vez que este artigo envolve um levantamento bibliográfico e documental, assim como o estudo do caso elencado e também abordado pelos órgãos que compõe o judiciário brasileiro. Quanto a metodologia usada, fez-se opção pelo método dedutivo. Essa opção se justifica porque o método escolhido permite que a partir de análises específicas como a realizada com o art. 9º da lei de licitações e as decisões judiciais possa se chegar a compreensão de questões pontuais, que no caso em análise, decorrem dos impedimentos e permissibilidades de parentes quando notada a sua participação em licitação pública.

2 FUNDAMENTO JURÍDICO DA LICITAÇÃO PÚBLICA

Para que exista melhor compreensão sobre o tema discutido neste artigo, se faz necessário tecer algumas considerações inerentes ao fundamento jurídico da licitação pública. Como é de público e notório conhecimento, a licitação foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro mediante a contemplação da Lei Federal Nº. 8.666/93, que tem como finalidade principal estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos no que tange a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Desse modo, por ser a licitação o início do nosso estudo, é necessário que se proceda a sua contemplação conceitual, assim, nas lições de Carvalho Filho (2015) a licitação passa a ser definida como um procedimento administrativo por meio do qual os entes da administração pública selecionam a melhor proposta para a celebração do contrato.

No mesmo sentido Mello passa a conceituar a licitação como:

Procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipulada previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados. (2015, p. 538).

Nessa diapasão, por ser a licitação um procedimento administrativo recheada por critérios que objetivam a melhor proposta para celebração de um contrato diante da sua conveniência e em função dos parâmetros antecipadamente definidos e divulgados em edital, é que cabe ressaltar a ponderação de Justen Filho:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzindo por um órgão dotado de competência específica. (2016, p. 335-336).

De pronto, pode-se observar que a diferença entre os conceitos acerca da licitação ora mencionados, concerne ao fato de Justen Filho acrescentar ao seu conceito o objetivo da licitação de promover o desenvolvimento nacional sustentável. Ao chamar atenção deste objetivo ligado a sustentabilidade é que se faz necessário considera-lo a título de compreensão.

Aproveitando os seus ensinamentos, entendeu Justen Filho sobre desenvolvimento nacional sustentável, o seguinte:

O desenvolvimento nacional sustentável significa o crescimento econômico norteado pela preservação do meio ambiente. Portanto, a licitação deve ser estruturada de modo a promover o crescimento econômico nacional em termos compatíveis com a proteção ao meio ambiente. (2016, p. 338).

Além do procedimento licitatório preocupar-se com questões ligadas a melhor proposta e promoção do desenvolvimento sustentável, é considerado como o procedimento a ser seguido de forma obrigatória. Assim, obrigatoriamente, as contratações públicas são geridas e desempenhadas mediante o cumprimento das especificações previstas na Lei 8.666 de 1993, intitulada como Lei de Licitações, que passou a estabelecer as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos no que tange a realização de obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

A obrigatoriedade de licitar estampa-se no art. 37, XXI, da Constituição Federal, a fim de que todos os atos praticados pela administração pública, bem como as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, perpassem pelo procedimento licitatório, uma vez que o fundamento da licitação se baseia em princípios constitucionais.

Além do que, é dever da administração pública destinar de maneira justa e sem prejuízos o dinheiro público, uma vez que todos os seus atos devem ser observados e vislumbrados de forma coletiva, e da mesma forma são refletidos os seus prejuízos, alcançam toda a coletividade. É nesse sentido que posicionou-se Carvalho (2014, p. 417) ao mencionar que o ente público tem “a tarefa árdua de manter o equilíbrio social e gerir a máquina pública”.

Sendo este maior motivo pelo qual necessita-se que o ente público seja obrigado a licitar, uma vez que não pode o legislador deixar ao bel prazer do administrador a escolha de quem e com quem contratar, conforme corroborou Carvalho (2014, p. 417) ao afirmar “por essa razão, não poderia deixar a critério do administrador a escolha de pessoas a serem contratadas, porque

essa liberdade daria margem a escolhas improprias e escusas, desvirtuadas do interesse coletivo”.

É perfazendo esta noção de obrigatoriedade de licitação, que sempre que a administração pública resolver realizar compras, adquirir obras ou serviços e alienar bens deve submeter-se a um procedimento administrativo licitatório, no mesmo sentido deslindou Meirelles, os seguintes termos:

A Administração Pública, por suas entidades estatais, autárquicas e empresariais, realiza obras e serviços, faz compras e aliena bens. Para essas atividades precisa contratar, mas seus contratos dependem, em geral, de um procedimento seletivo prévio, que é a licitação. (1999, p. 21).

Saliente-se ainda, por oportuno, que o administrador deve observar as hipóteses de dispensas e inexigibilidade de licitação, e só assim deflagrar o início da licitação, posto que “a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo” (MEIRELLES, 1999, p. 22).

Isto ocorre em detrimento da ausência de disponibilidade do patrimônio público, ao revés do que acontece com o patrimônio particular, como acentua Reinaldo Couto:

Os particulares podem, em regra, escolher os seus fornecedores de bens e serviços, pois tem plena disponibilidade sobre o seu patrimônio; podem, inclusive, aceitar propostas desvantajosas sem que haja qualquer violação ao ordenamento jurídico. A Administração Pública não pode, pois está limitada pelos princípios estabelecidos na Carta Maior. (2015, p. 281).

Ademais, conta a administração pública com a priori necessidade de contornar os riscos que poderia incorrer o legislador realizando escolhas improprias e escusas, desvirtuando-se do interesse coletivo. Dessa maneira é interessante acrescentar o posicionamento de Carvalho sobre a exigência de licitação como forma de buscar a prevenção de futuros erros e riscos que possam incorrer o legislador:

A exigência de um procedimento licitatório busca contornar esses riscos, por ser um procedimento que antecede o próprio contrato, onde várias pessoas podem concorrer isonomicamente e a Administração Pública ganha escolhendo a proposta mais vantajosa, além de atuar na busca do Desenvolvimento Nacional. (2014, p. 417).

Esta preocupação insurge-se, por ser a licitação o meio técnico legal capacitado para a verificação das propostas vantajosas, para que a execução de obras ou serviços, compras e alienação de bens públicos, ocorra nas melhores condições, e dentro do formato, que fora inicialmente pensado pela administração pública, atendendo assim a sua finalidade, que é a seleção da proposta mais vantajosa em detrimento do objeto almejado.

Apesar do poder público não escolher diretamente seus fornecedores, ele o faz de forma indireta escolhendo dentre os interessados a proposta mais vantajosa, conforme acentua

Meirelles (1999, p. 23) “Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”.

No entanto não pode o ente público escolher a proposta mais vantajosa ao seu interesse esquivando-se da licitação, diante dessa priori necessidade dispõe Santos (2012, p. 511) que “a Administração Pública somente poderá realizar tais providencias através do procedimento administrativo prévio denominado licitação”.

Isto ocorre em razão do caráter obrigatório que permeia a realização da licitação pública. Além do mais, cabe a administração pública, nos dizeres de Carvalho (2014, p. 419) “permitir que qualquer pessoa tenha condições de participar das contratações públicas, desde que preencha os requisitos legais”.

Pode-se perceber que a deflagração do procedimento licitatório não depende apenas da vontade do poder público, uma vez que carece do interesse de particulares que queiram participar e oferecer a melhor proposta. Assim, qualquer pessoa que detenha interesse e preencha os requisitos de participação listados pela administração, podem contratar com o poder público, desde que se consagrem vencedoras.

O entendimento de mutuo interesse entre poder público e particular acima mencionado, assim como o dever que tem a administração de promover condições para que exista a participação de interessados é algo sedimentado por Di Pietro (2017, p. 402) ao considerar que “a licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual”.

À vista disso, tem-se como principal objetivo da licitação a seleção da melhor proposta que atenda aos interesses da coletividade e possibilite ainda a garantia de igualdade de condições aos interessados em prol da isonomia. A igualdade de condições conforme acentua Meirelles (1999) é assegurada dentro dos padrões previamente estabelecido pela administração, o que garante uma atuação eficiente e moral nos negócios administrativos.

No que concerne a escolha da melhor proposta tem-se um entendimento sedimentado por doutrinadores, e pelo próprio instituto da licitação, ao entenderem que a proposta mais vantajosa para a administração é, como regra geral, e assim deve ser seguida, aquela proposta que tiver o menor preço. Neste sentido elucidou Justen Filho (2016) que a proposta mais vantajosa é aquela que corresponde à situação de menor custo, sem deixar de lado o maior benefício para a administração que trata-se do objeto, bem ou serviço licitado.

Assim, diante de tudo que foi transcrito, pode se considerar a licitação um pressuposto constitucional imposta a toda administração pública, dado o entendimento de Alexandre Aragão

no tocante a licitação como uma regra imposta por todos os entes da administração direta e indireta, conforme pode-se observar:

Em seu art. 37, XXI, a CF impõe a necessidade de prévia licitação para contratação por todos os entes da Federação e suas entidades da Administração Indireta. A nosso ver a licitação não é um princípio, mas sim uma regra, impositiva de obrigação de fazer, que densifica os princípios da igualdade, moralidade, impessoalidade e economicidade em relação aos contratos do Estado. (ARAGÃO, p. 288).

Diante disso, sendo a licitação um procedimento administrativo imposto a todos os entes da administração direta e indireta, quando estiverem a precípua finalidade de celebração de contrato administrativo mediante a escolha da melhor proposta dentre os interessados, deve-se observar para tanto os princípios constitucionais e administrativos, previstos tanto na lei de regência como na constituição federal. Sendo assim, diante da extrema importância que passam os princípios a serem analisados no tópico seguinte.

3 LICITAÇÃO A LUZ DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E ISONOMIA E SEUS REFLEXOS NOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, COMPETITIVIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE

Não se pode falar em licitação sem mencionar a sua aplicabilidade quanto aos princípios administrativos e constitucionalmente previstos. Pode afirmar, no entanto que todo procedimento, seja ele com viés jurídico ou administrativo, deve ter uma origem principiológica, uma vez que os princípios se consagram como verdadeiras diretrizes a serem seguidas. É por este motivo que devem ser minuciosamente elucidados, principalmente no tocante a licitação pública.

Para Carvalho Filho (2015, p. 18) os princípios administrativos “são postulados fundamentais que inspiram o modo de agir da administração pública”. Nesta senda, os princípios são verdadeiros norteadores das atividades administrativas, não sendo possível validar, tão pouco efetivar nenhuma atividade do administrador que não esteja respaldada pelos princípios.

Dada a importância dos princípios no tocante a constituição e execução de atividades administrativas, tal como a licitação, é que se passa a analisar os princípios constitucionais e administrativos e seus reflexos no procedimento licitatório.

Desta forma, elucidada Marçal (2016, p. 61) que “os princípios apresentam enorme relevância no âmbito do direito administrativo”. Uma vez, que a atividade administrativa, traduz o exercício de poderes-deveres, o que para ele significa a vinculação quanto ao fim a ser

atingido. Assim, sabendo o administrador o fim que deseja almejar, quanto ao exercício do seu poder, deve ao mesmo tempo, valer-se dos princípios como instrumento normativo para evitar escolhas inadequadas.

Na mesma esteira pondera Meirelles (1999) que toda licitação está sujeita a determinados princípios irreligáveis no seu procedimento, sob pena de ser descaracterizado o certame licitatório bem como invalidar seu resultado. Ainda, resume os princípios em: “procedimento formal; publicidade de seus atos; igualdade entre os licitantes; sigilo na apresentação na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo; adjudicação compulsória ao vencedor” (1999, p. 26).

No entanto, a lei de regência, em seu art. 3º, indica os princípios básicos a serem observados em toda licitação, sendo-os, o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo. Deve-se salientar ainda, que reza o art. 37, caput, da Constituição Federal, que a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, deverá, precipuamente, obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Isto posto, pode-se vislumbrar que tanto a lei 8.666/93, em seu art. 3º como a Constituição Federal em seu art. 37, somados as ponderações de Meirelles, consideram, basicamente importantes os mesmos princípios, guardadas as suas divergências.

Não sendo todos os princípios consagrados pelo art. 3º da lei 8.666/93 importantes para o apresso deste estudo, passaremos então a verificação pormenor da licitação à luz dos princípios da legalidade e isonomia e seus reflexos nos princípios da moralidade, competitividade, eficiência e impessoalidade.

Neste ínterim, o princípio da legalidade tem previsão no art. 5º, inciso II, da Carta Magna, quando diz que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei”, estando, deste modo, o administrador subordinado à lei, apenas podendo realizar as atividades autorizadas por lei. No mesmo sentido dispõe Meirelles (1999, p. 34) ao conceituar o princípio da legalidade indicando que o mesmo “significa que toda atividade administrativa está sujeita aos mandamentos da lei e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de invalidade”.

Mello ao tratar do princípio da legalidade define os seguintes termos:

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a administração pública nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a administração, só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde administrar é prover aos

interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. (2014, p. 108).

De modo igual, Carvalho Filho (2015) entende que o princípio da legalidade é a diretriz básica que permeia a conduta dos agentes na administração. Assim sendo, pode-se concluir que qualquer atividade administrativa deve estar autorizada por lei. Esta é a principal diferença, conforme colaciona Mello (2014) entre o ente público e o particular, já que o último pode fazer tudo que a lei não proíbe.

Por força do princípio da legalidade, as atividades administrativas devem ter respaldo em lei, e por consequência do princípio da isonomia é vedado ao agente público, nas lições de Di Pietro (2017), o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes. Do mesmo modo destacou de forma expressa o art. 37, XXI, da Constituição Federal ao assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes. Equitativamente acentuo Carvalho Filho (2015, p. 249) “a igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a administração devem competir em igualdade de condições”.

Nesta esteira, a igualdade aqui tratada implica na ausência de oferecimento de vantagem ou tratamento diferenciado a algum participante que não se estenda ao outro, podendo, no entanto, o administrador enunciar as regras do procedimento administrativo, segundo pensamento de Carvalho Filho (2015). Diante disso, é importante salientar que, por vezes, o princípio da isonomia diz-se mitigado quando a administração pública tem que escolher a proposta mais vantajosa. Ocorre que, como ponderou Justen Filho (2016) a proposta mais vantajosa deve ser selecionada, mas, devem ser respeitados os princípios regentes, em especial o da isonomia.

No tocante a escolha da proposta mais vantajosa:

Há equívoco em supor que a isonomia veda que a Administração Pública adote tratamento discriminatório entre os particulares que pretendem contratar com ela. Quando a Administração escolhe alguém para contratar, está efetivando uma diferenciação entre os interessados. Não se admite, porém, a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 338).

Assim, a seleção da proposta mais vantajosa é importante, visto ser um dos objetivos do certame licitatório. Entretanto, deve ser realizada primando pelos princípios condutores do procedimento licitatório, em especial o princípio da isonomia que veda o tratamento desigual entre os participantes.

Realça Carvalho Filho (2015) que o princípio da isonomia, sem pairar dúvidas denota-se intimamente ligado ao princípio da impessoalidade. Posto que, ao oferecer oportunidades iguais aos interessados, a administração pública oferece também um tratamento impessoal.

Aproveitando o raciocínio correlato entre os princípios é que se passa a deslindar o princípio da impessoalidade. Ao tentar traduzi-lo apontou Mello, o seguinte:

Nele se traduz a ideia de que a administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. (2015, p. 117).

Corroborando com o entendimento de Carvalho Filho (2015) acerca da similitude entre o princípio da isonomia e impessoalidade, Mello ainda destacou:

O princípio em causa não é senão o próprio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, caput, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5, caput), a fortiori teriam de sê-lo perante a Administração. (2015, p. 117).

Assim, com ênfase ao princípio da impessoalidade, acentua Di Pietro (2017) que deve a administração pautar-se de critérios objetivos, ignorando as condições pessoais dos licitantes bem como as vantagens por ele oferecidas. Conceituando ainda, Di Pietro (2017, p. 99) destaca que “a administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear seu comportamento”.

No que se refere ao princípio da moralidade, paralelo aos princípios da legalidade, isonomia e impessoalidade, salienta Justen Filho (2016, p. 65) que “a moralidade consiste na exigência de compatibilidade da atividade administrativa com os valores éticos genericamente considerados. A moralidade reside no respeito à identidade, à autonomia e aos interesses de terceiros”.

Semelhante a Marçal é o posicionamento de Mello (2015, p. 552) quando aduz que: “O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte em parte.”

Por conseguinte, resta como notória a compreensão de que o procedimento licitatório deve se desenvolver de acordo com os valores éticos genericamente considerados, cabendo tão somente ao administrador, como acentua Carvalho Filho (2015) a averiguação dos critérios de justiça em suas ações, sabendo distinguir o que é honesto do que é desonesto.

Últimos e ímpares para a constituição e deflagração do procedimento licitatório, são os princípios da competitividade e eficiência. Sabe-se, por oportuno, que toda a licitação se pauta em competição entre os interessados, acirrada a partir da demonstração da proposta mais vantajosa aos olhos da administração pública.

Sendo assim, por princípio da competitividade, destaca José dos Santos o seguinte:

Significa que a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Em outras palavras, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se faça da melhor forma possível. (2015, p. 252).

Deste modo não há como consagrar probo um procedimento administrativo que não tenha acirrado competição entre os interessados, podendo ainda, a ausência de competitividade comprometer o princípio da igualdade, conforme dispõe Carvalho Filho (2015), ao apontar que possibilitar confronto entre os licitantes desencadeia uma seleção melhor, ou seja, mais vantajosa para a administração pública.

Assim sendo, a competição entre os participantes é revelada com grande importância no prosseguimento do certame licitatório, tendo em vista que a partir do impulso acirrado pela competição é que boas vantajosas propostas serão direcionadas ao poder público.

No tocante ao princípio da eficiência é importante destacar a análise que faz Justen Filho (2016, p. 342-343) ao compreendê-lo da seguinte maneira: “A eficiência consiste em considerar a atividade administrativa sob prisma econômico, político, ambiental e social. Como os recursos públicos são escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos”.

Com característica de ampliar a visão da atividade administrativa, apontando-a para questões econômicas, políticas, ambientais e sociais é que acentua Justen Filho (2016) que não basta honestidade e boas intenções, quesitos consagrados pelos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade, mas ainda, devem ser pensados aspectos que demonstrem soluções mais eficientes e conveniente sob o ponto de vista da gestão de recursos públicos.

Após esta compreensão de princípio da eficiência, ainda que inovadora e pouco debatida nos manuais é que se encerra as ponderações e reflexões sobre os princípios elencados pela lei 8.666/93 e a Constituição Federal e os utiliza como base para obter melhor compreensão sobre a maneira que poderá ocorrer a participação tão logo a contratação, de parentes em licitação.

Não obstante ser a possibilidade ou a impossibilidade de participação de parentes em licitação o arcabouço do nosso estudo, deve-se por oportuno e contundente considerar o art. 9º da lei de licitações com o intuito de analisá-lo minuciosamente. Posto que, a partir da sua

redação é que se pode vislumbrar o nascimento do impedimento de participação em licitação pública.

4 ANALISE DOS IMPEDIMENTOS DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO ELENCADOS PELO ARTIGO 9º DA LEI 8.666/1993

A priori, é necessário entender as impossibilidades de participação em licitação elencas pela lei 8.666/93, mais precisamente pelo art. 9º da referida lei, para que se consiga estabelecer um parâmetro legal daqueles que foram taxativamente impedidos de participarem do procedimento licitatório. Afinal, só desta maneira poderá ser propiciado melhor entendimento e vislumbre do ponto chave deste artigo, que é a análise da possibilidade ou não de participação de parentes em licitação ante os princípios constitucionais.

Sendo assim, conforme visto, o impedimento de participação em licitação nasce com o art. 9º, da lei de regência, ao apontar em seu caput o que “não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários”. Este artigo atribui rol taxativo, afinal elenca minuciosamente aqueles que são impedidos de participarem de licitação, comprometendo as contratações para obras e serviços de um particular com a administração pública.

Segundo Bulos (2008) vislumbra-se como taxatividade o fato de nenhuma outra possibilidade de impedimento poder ser considerada, salvo as expressas no art. 9º da lei, uma vez que, como dito, o legislador teve o cuidado de fazer menção expressa daqueles que, em sentido estrito, até poderão ter interesse em participar do certame público, mas não estão por lei permitidos.

Foi pensando tão somente em dar ampla efetividade aos princípios constitucionais, em especial ao princípio da isonomia, que o legislador procedeu a vedação da participação de algumas pessoas do certame público, imaginando que as mesmas poderiam receber algum privilégio em razão do cargo ou função que ocupava. Mesmo sabendo que é de sua competência agir de forma isonômica para com todos, sendo-lhe piamente vedado agir de forma discriminada entre os particulares, ainda que lhe fosse possível escolher com quem contratar os princípios da impessoalidade e da isonomia estariam sendo violados, de igual modo sustenta Couto:

Caso fosse outorgada ao agente público a possibilidade de escolher com que contratar, não somente os princípios da impessoalidade e da isonomia seriam maculados, haveria violação também às normas constitucionais que estabelecem a titularidade da coisa pública. (2015, p. 282).

Da mesma maneira compreendeu Mendes acentuando o seguinte:

Verifica-se que os impedimentos nele insculpidos referem-se tanto à participação na licitação como à execução do contrato. Em se tratando de licitações, essa assertiva funda-se na presunção de que tanto nas aludidas situações poderá haver infringência aos princípios da isonomia, da moralidade e da impessoalidade de modo que a restrição apresenta-se como pressuposto da lisura do certame. (2013, p. 182).

Sendo assim, além da obrigatoriedade de primar pelo tratamento isonômico, o administrador deve ponderar seus atos com respaldo nos princípios da impessoalidade e moralidade, quem em suma, objetivam os mesmos requisitos que ampara o princípio da isonomia. Atendo-se a estes pressupostos é que a vedação de participação em licitação elencada pelo art. 9º da lei, recai sobre aqueles que de certa maneira, no uso de suas atribuições funcionais, auferem vantagens e privilégios.

Conforme elucida Meirelles (1999), o princípio da impessoalidade exige tratamento sem perseguições e sem favorecimentos, e o princípio da moralidade confere elemento necessário à legitimidade dos atos administrativos. Assim, deve o administrador, além de tratar à todos sem distinção, ater-se a desvinculação de situações que ensejem perseguição e favorecimentos, sob pena de os serem considerados impessoais e imorais, de forma a conferir legitimidade aos seus atos.

Diante disso, pode-se vislumbrar que a ânsia do legislador é afastar da participação do procedimento licitatório aqueles em decorrência da sua função, podem de alguma forma angariar vantagens em detrimento dos demais interessados, como é o caso do impedimento trazido pela lei quanto ao autor do projeto básico ou executivo, vislumbrando que o mesmo tem participação na formação do certame licitatório.

Ao tratar de afastamento de outrem de participação em licitação, é interessante elucidar posicionamento de Meirelles que entende ser este momento respaldado pelo princípio da isonomia, veja-se:

O que o princípio da igualdade entre os licitantes veda é a cláusula discriminatória ou o julgamento faccioso que desigual os iguais ou iguala os desiguais, favorecendo uns e prejudicando a outros, com exigências inúteis para o serviço público, mas com destino certo a determinados candidatos. (MEIRELLES, 1999, p. 28).

Esse afastamento, é considerado um impedimento preliminar, sem que exista ou seja demonstrado dano potencial suficiente para a insurgência da lei. Conforme acentuou Justen Filho (2016), a simples potencialidade do dano é suficiente para que a lei de acautele, agindo o legislador previamente a fim de prevenir danos à licitação bem como lesão ao erário.

É por este motivo que, por muitas vezes, o judiciário tem anulado licitações em que são descobertos atos violação ao art. 9º da lei, até porque, quando há desobediência do rol taxativo

trazido pela lei, situações de favoritismo ou até mesmo perseguições podem ser evidenciadas, consoante posicionamento de Meirelles nos seguintes termos:

[...] Razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre perseguição ou favoritismo administrativo, desigualando os proponentes por critérios subjetivos de predileção ou repúdio pessoal do administrador, mas sem nenhum motivo de interesse público e sem qualquer vantagem técnica ou econômica para a Administração. (1999, p. 28).

Em virtude de tudo que foi aduzido acima e com o intuito de assegurar os princípios administrativos é que no inciso primeiro e segundo do artigo 9º da lei a 8.666/96, o legislador comprometeu a participação do autor do projeto básico ou executivo, bem como a empresa responsável pela elaboração do projeto ou aquela cujo sócio é o autor do projeto básico ou executivo.

A decisão de excluir a permissibilidade de participação em licitação do autor do projeto, teve como base a possibilidade de imposição de restrições ou benefícios, conforme prescreveu Mendes (2013, p. 181) “[...] quem define a solução ou descreve o objeto tem a possibilidade de impor, de forma proposital, determinadas restrições ou mesmo estabelecer um direcionamento capaz de beneficiá-lo”.

Em outro momento, o julgamento do Acórdão nº 9.917/2016 pela Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União – TCU, ao discutirem representação formulada pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (TCM/GO) sobre irregularidades na condução dos Convites, firmados pelo Município de Estrela do Norte/GO, quando identificado vínculo existente entre o autor dos projetos básicos dos Convites e a empresa licitante, desencadeando em situação que colocou em dúvida a lisura da licitação.

Em síntese, o Ministro João Augusto Ribeiro Nardes, relator do acórdão, acentuou que “[...] a lei não oferece margem de dúvida à interpretação de que qualquer vínculo existente entre a empresa licitante e o autor do projeto, tanto os diretos como os indiretos, já configura situação de impedimento a sua participação em certame licitatório público” (2015, p. 4). Com isso, resta claro que este ato configurou grave desobediência à disposição legal, bem como a violação dos princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da isonomia, estampados no art. 37, XXI, da Constituição Federal, uma vez que a participação do autor do projeto básico ou executivo é eivado de notório privilegio e favorecimento.

No tocante a moralidade pública, atenuou segundo Carvalho Filho, que:

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. (2015, p. 22).

Diante disso, cabe ao administrador discernir em suas ações os critérios que passa a adotar, para que assim não se afaste de preceitos éticos que devem ser compatíveis com seus atos. Ressalte-se que, conforme alusão do §1º, do art. 9º, da lei 8.666/96, só é permitida a participação do autor do projeto ou da empresa como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

Pode ser percebido mediante a leitura do dispositivo arguido, que quando é permitida a participação do autor do projeto ou da empresa que o executou, desde que esta participação seja utilizada em benefício da administração.

Logo em seguida, revestido por aspectos predominantemente morais, ligados a critérios de conveniência e justiça das ações, a fim de discernir o administrador atos honestos dos desonestos, como frisou Carvalho Filho (2015), ficam impedidos de licitar o servidor ou dirigente de órgão, entidade contratante ou responsável pela licitação, conforme predispõe o inciso terceiro do art. 9º da lei.

Note-se que, tomado pela abrangência, o legislador aufere amplitude, abrangendo não somente os servidores efetivos, como também os cargos em comissão e funções de confiança. Estes últimos, exercem função de chefia e assessoramento dentro do órgão público e são considerados próximos do poder executivo, conforme asseverou Padovan:

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. (2013, p. 2).

Com isso, a simples e pura participação de servidor em certamente licitatório é suficiente para que seja deflagrado nulo o procedimento licitatório, não sendo considerados a título de avaliação o nível de conhecimento que detinha o servidor, para que fosse de alguma forma justificada a permissibilidade de sua participação. Pois que, não obtendo grandes informações não teria como ser privilegiado. Ocorre que, a existência de lei em sentido impeditivo é suficiente para que não seja consentida a participação de servidor público em certame licitatório.

Esta questão demonstra que no campo das licitações o administrador deve ater-se as regras traçadas para o procedimento licitatório, a fim de garantir a aplicabilidade do princípio da legalidade e o devido processo legal, sendo este o entendimento de Carvalho Filho (2015, p. 248) quando aponta que “o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal.”

Sendo está uma garantia que tem o particular que o administrador não pode fazer prevalecer, em hipótese alguma, a sua vontade.

Além do rol impeditivo elencado pela lei de regência, são impedidos pela Constituição Federal, em seu art. 29, IX bem como o art. 54, II, alínea “a”, os vereadores, deputados e senadores, desde que estejam em pleno exercício do cargo político.

Nada seria mais obvio que afastar da participação de licitação os agentes políticos que estão em exercício pleno da sua função, uma vez que foi o art. 9º da lei 8.666/93 redigido e complementado pelos art. 29, IX e 54, II, alínea “a” da Constituição com o principal intuito de impossibilitar a participação em licitação destes que, motivados por sua função política, poderiam de alguma forma contrair para si benefícios no certame público.

Isto reluz do preceito máximo usado pelo legislador ao formular o art. 9º que é distanciar da licitação todos que poderiam insurgir-se contra os princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade bem como dos preceitos que constituem o procedimento licitatório público, como a maneira mais eficaz que tem a administração pública de adquirir a melhor proposta para o fim que almeja com igualdade e impessoalidade.

Deste modo, vistos e relatados os impedimentos elencados pelo art. 9º da lei 8.666/93, passa a compreensão da possibilidade ou não de participação de parentes em licitação pública, uma vez que, não há nenhum óbice no supramencionado artigo, já que o mesmo é responsável em destacar taxativamente aqueles que estão impedidos, ainda que interessados, de firmar contrato com o poder público mediante licitação.

5 (IM) POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO E CONTRATAÇÃO DE PARENTES EM LICITAÇÃO ANTE OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E CONSTITUCIONAS

Apesar da característica taxativa que acompanha o rol elencado pelo art. 9º da lei de licitação ao dispor expressamente acerca daqueles que devem, por impedimento legal, afastar-se da participação de licitação pública, muito tem se discutido sobre a possibilidade de se incluir como impedimento de participação a existência de parentesco entre o particular que participa da licitação e os membros da entidade que promovem o certame.

Ao mencionar os membros da entidade que promovem a licitação deve-se pensar sempre naqueles que viabilizam e possibilitam a licitação, ou seja, os gestores e governantes públicos, que exercem a atividade de forma centralizada e direta, atento ainda para com aqueles que

compõe os órgãos da administração pública, que nos dizeres de Carvalho Filho (2015) nada mais são que os Ministérios, as Secretárias e Coordenadorias, e seus respectivos representantes.

Da leitura do artigo supramencionado pode-se perceber, como visto, que o mesmo não faz alusão expressa da hipótese de impedimento relativo ao parentesco existente entre os particulares e os sujeitos da administração pública, motivo pelo qual se fala em incluir mais uma hipótese de impedimento para o rol taxativo do art. 9º da lei, diante das fomentações críticas atinentes a permissibilidade ou não desta participação.

Para Torres (2009) as ressalvas aduzidas pelo legislador tiveram por escopo coibir situações, que em seu entendimento, pudessem implicar em quebra dos princípios da isonomia e da impessoalidade sempre que estivesse em questão a participação de um determinado particular em licitação ou execução de obras.

Nesta perspectiva, as situações que podem comprometer os princípios da isonomia e impessoalidade devem ter previsibilidade do legislador, uma vez que as hipóteses proibitivas figuram como imposições a serem cumpridas no procedimento licitatório deflagrado, assim como na esfera judicial.

Isto pode ser vislumbrado em virtude de todas hipóteses elencadas pelo art. 9º da lei insurgirem-se contra aqueles que diretamente participam da execução do certame público, seja desenvolvendo o projeto básico e executivo ou aquele servidor que é responsável pela licitação, a fim de promover igualdade entre os futuros participantes da licitação, pois se lhes fossem permitido participar, a mesma lógica usada pela constituição em vedar a participação em licitação de vereadores, deputados e senadores estaria sendo flagrantemente violada, posto que, essas pessoas físicas ou jurídicas, poderiam utilizar-se dos seus conhecimentos autorais e dirigentes em favorecimento próprio.

Dessa maneira, todas as justificativas que se instalam com a finalidade precípua de impedir a participação em licitação tem previsão expressa em lei, seja na lei de licitações como na Constituição Federal.

No entanto, quando se buscam justificativas a fim de coibir a participação de parentes dos sujeitos da administração pública em licitação, todas tomam como respaldo a formulação de preceitos com base na mera presunção de possibilidade de violação dos princípios administrativos e constitucionais, em razão do vínculo de parentesco que ligam os sujeitos.

Essa vertente impeditiva é muito a quem da proibição expressa que toca o vínculo de parentesco que fora instaurada pela súmula vinculante nº 13, editada pelo Supremo Tribunal Federal, coibindo a prática de nepotismo, que em síntese, é a prática de favorecimento a partir

do vínculo de parentesco em empregos. Aqui, o exercício de determinada função pública é desencadeado pelo vínculo de parentesco.

A Súmula Vinculante nº 13 do STF prevê o seguinte:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Pode-se vislumbrar que a aplicabilidade da súmula teve origem diante de atos e fatos cometidos pelos gestores públicos em benefício e favorecimento próprio, na medida em que fornece privilégios em detrimento da relação de parentesco sem ater-se a capacidade intelectual e técnica como requisitos suficientes para ocupação de determinado cargo ou função na administração pública.

Frise-se, no entanto, que a Súmula Vinculante nº 13 do STF, que combate ao nepotismo, deflagra a proibição de nítidos favorecimentos empregatícios em razão do vínculo de parentesco, uma vez que deixam de ser observados critérios razoáveis e funcionais para ocupação do cargo, o que, claramente, é diverso das pretensões impeditivas que pairam sobre a participação de parentes em licitação.

Para aqueles que acreditam que deve existir a inclusão do parentesco no rol de impedimentos da lei 8.666/93, com a finalidade de reprimir o nepotismo, por entender que as implicações constitucionais de vedação ao nepotismo vinculadas aos princípios da impessoalidade, moralidade, legalidade e isonomia são extensíveis ao âmbito das licitações públicas, principalmente quando averiguada a participação em licitação de empresas que tem em seu quadro societário a presença de parentes de gestores públicos ou servidores de ocupantes de cargo comissionados ou de confiança, a exemplo do posicionamento de Lima:

O parentesco, apesar de não estar expressamente relacionado na regra, está dentro da zona de certeza positiva do conceito de impedimento aqui tratado, pois implica a presença de um vínculo pessoal, em tese, comprometedor dos propósitos da licitação definidos nas regras-princípio incidentes. (2014, p. 3).

Sintetizou ainda que:

De fato, embora, como já dito, no conceito de impedimento insculpido no Art. 9º da Lei 8.666/93 não haja qualquer referência ao parentesco como requisito de impedimento, seu núcleo conceitual está a indicar esse tipo de vínculo pessoal como elemento comprometedor dos propósitos da licitação e, em última análise, dos princípios republicanos. O vínculo do parentesco, portanto, à luz da incidência do princípio da moralidade e impessoalidade, demanda um

comportamento comissivo das autoridades, ou seja, impeditivo da participação de parentes de agentes públicos em licitações, porque representa uma forte probabilidade de comprometimento da lisura, concorrência/igualdade. (2014, p. 4).

Diante disso, a simples e mera presunção de situações comprometedoras em razão da presença de vínculo de parentesco, para Lima, deve ser vislumbrada como hipótese de impedimento de participação em licitação, visto que ele considera este fato como a certeza de uma participação comprometedora aos propósitos da licitação.

Note-se, por oportuno, que até mesmo a opinião favorável a coibir a participação de parentes em licitação, traz em seu bojo, o fato dessa hipótese não estar expressamente relacionado a regra disposta no art. 9º da lei de licitações. Deste modo, o fato de não existir expressa alusão a esta hipótese de impedimento em lei, aplica-la, estaria visivelmente violando o princípio da legalidade, que tem previsão na Constituição Federal em seu art. 5º, II, dispondo que ninguém será obrigado a fazer tão pouco deixar de fazer aquilo que não estiver previsão em lei.

Quanto a relação que se faz entre o nepotismo e a participação de parentes em licitação, o que fica evidenciado de pronto é que as pretensões impeditivas dos institutos são divergentes. Pois que, o nepotismo implica na vedação de favorecimento através do vínculo de parentesco para com aqueles que não são qualificados em ocupar determinado cargo ou função na administração pública, já a licitação, busca tão somente obter a melhor proposta sobre um determinado objeto, serviço, ou bem a ser alienado.

Sendo assim, se o vínculo de parentesco não está elencado no art. 9º da lei 8.666/93, ao contrário do que acontece com o nepotismo, que está inteiramente previsto na súmula vinculante nº 13, e tem objetivos diversos da proibição feita pelo art. 9º, foge aos olhos qualquer outra justificativa que busque coibir a participação de parentes dos sujeitos da administração pública em licitação que não seja algo formulado com base na mera presunção de uma possível violação dos princípios administrativos e constitucionais.

Além da tentativa de interligar o nepotismo a participação de parentes em licitação, o mesmo se faz ao relacionar o referido impedimento de participação com o princípio da moralidade. Situação esta que pode ser vislumbrada na decisão do Tribunal de Contas da União, na Denúncia Nº 025.582/2011, que apontou supostas irregularidades cometidas na Prefeitura Municipal de Urucuia/MG, pelo fato do prefeito ter contratado mediante licitação seu pai para o fornecimento de gêneros alimentícios e material de higiene e limpeza.

Nesta decisão, o TCU, posicionou no sentido de impor maior rigor aos impedimentos elencados pelo art. 9º da lei de licitações, de modo a decidir com ênfase em ampliar sua

aplicação aos parentes de gestores públicos com o fito de obstar a violação dos princípios da moralidade e impessoalidade, como pode ser visto no Acórdão 1941/2013 MG prolatado nos autos da Denúncia 025.582/2011, do Tribunal de Contas da União, o seguinte:

A despeito de não haver, na Lei nº 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. (TCU, 2013, p. 6)

No mesmo sentido entendeu o Ministro Joaquim Barbosa, em julgamento no ano de 2012, pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário Nº 423.560/2012, que teve por escopo discernir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei orgânica editada pelo Município de Brumadinho, em Minas Gerais, que prevê a proibição de contratação do município com parentes, afins ou consanguíneos do prefeito, vice-prefeito, vereador e dos ocupantes dos cargos em comissão ou confiança, em suma, de todos os responsáveis pela administração direta do referido município.

A constitucionalidade da citada lei entrou em discussão no Supremo, haja vista que dispõe a Constituição Federal, em seu art. 22, XXVII, que compete a união editar normas gerais de licitação. Assim, flagrante seria a violação a Carta Magna a edição da lei orgânica municipal.

Ocorre que, quando tratou o Ministro Joaquim Barbosa, relator do citado Recurso Extraordinário, da referida situação impeditiva, entendeu o seguinte:

Não obstante, entendo que, em face da ausência de regra geral para este assunto, o que significa dizer que não há vedação ou permissão acerca do impedimento à participação em licitações em decorrência de parentesco, abre-se campo para a liberdade de atuação dos demais entes da federação, a fim de que eles legislem de acordo com suas particularidades locais (no caso dos municípios, com fundamento no art.30, II, da Constituição Federal), até que sobrevenha norma geral sobre o tema.

E dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de questão das mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. (STF, 2012, p. 3)

Pode-se perceber que o Ministro utilizou o princípio da moralidade administrativa para louvar a iniciativa do Município de Brumadinho ao vedar as participações dos parentes dos agentes políticos e dos servidores de cargos de confiança e comissionados. Conforme acentua Justen Filho (2016), o princípio da moralidade tem suma importância no âmbito da administração, uma vez que este deve sempre orientar os atos promulgados pela administração

pública, tendo o administrador o cuidador de ater-se sempre a aquilo que é considerado como ético, probo e moral.

No entanto, quando o assunto é licitação pública, outros princípios devem ser considerados como importantes, assim como a isonomia e competitividade, que asseguram em suma, a igualdade de oportunidades aos participantes e a vedação de tratamento diferenciado entre eles, e ainda a ampla concorrência entre os interessados, pois sem promover a competitividade não há que se falar em obtenção da melhor e menor proposta para a administração pública.

Apointa Bulos (2008) que a licitação tem como objetivo máximo oportunizar que os entes governamentais abram disputa entre os interessados, a fim de construir relação de natureza patrimonial. Em seu entendimento, a boa-fé é sempre presumida entre o poder público e o particular interessado, enquanto que a má-fé deve ser provada, para que isto não cause frustração ao verdadeiro objetivo da licitação que é assegurar ao ente público a melhor proposta para realizar um negócio vantajoso.

Assim, o simples fato de existir vínculo de parentesco não pode ser fundamento caracterizador de atestado de má conduta ou de evidências a fraudes em licitação. Sendo assim, é oportuno destacar posição que teve o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial Nº 1.245.765/2011, que entendeu que o fato da filha do prefeito compor quadro societário de uma das empresas contratadas não constitui improbidade administrativa, pois houve realização de licitação para a contratação, e não existiu prejuízo ao erário bem como não ficou comprovada a existência de dolo ou má-fé. Outra questão preconizada pelo relator Mauro Campbell, é que não foi configurado atos de benefício do prefeito municipal em favor de sua filha, sócia - gerente da empresa vencedora e contratada.

Desta feita, pode-se salutar que a existência de contratação entre parentes, oriundas de um procedimento licitatório que obedece aos critérios de formalização trazidos pela lei 8.666/93, não pode desencadear a qualificação de uma conduta impropria por parte do agente político.

O que deve ocorrer é a devida comprovação e constatação de atos que ensejem privilégios e benefícios a outrem, para que, verdadeiramente possa se falar em violação a princípios constitucionais e administrativos, afinal, situações levadas ao judiciário embasadas em suposições de fraude e privilégios oriundas da participação em licitação de parentes acarretará tão somente em posicionamentos jurídicos divergentes entre si, gerando uma insegurança jurídica, pois não há edição de norma geral sobre o tema em comento.

Posto que, para que seja comprovada a violação dos princípios constitucionais da moralidade e isonomia do certame licitatório, deve haver, no mínimo, o reconhecimento fático de descumprimento da norma imposta.

Em concordância com o que asseverou Carneiro Neto (2008, p. 89) “os mecanismos de determinação formal da verdade são realmente necessários ao Direito, de modo a impedir indesejadas situações de incerteza geradoras de insegurança social.” Assim, é necessário que se busque a verdade sobre o fato apurado para que exista a efetiva existência do direito, a fim de que a incidência de situações não esperadas que geram incertezas e insegurança ocorram. De modo que, todos os fatos arguidos, devem ser oriundos de um lastro probatório mensurável.

Diante disso, afirmar apenas que a relação de parentesco compromete o certame licitatório, sem ao menos, configurar a violação dos pressupostos do procedimento licitatório elencados pela lei 8.666/93, assim como a existência de ofensa aos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e isonomia, só acarreta em fomentar a incidência dos litígios licitatórios, que como visto no Acórdão Nº 194/2013, do Tribunal de Contas da União e o Recurso Especial Nº 1.245.765/2011 do Superior Tribunal de Justiça, discerniram sobre participação de parentes em licitação com base em suposições de violação aos princípios da moralidade e impessoalidade.

Nessa perspectiva, o que se extrai sobre os aspectos atinentes a participação de parentes em licitação quando analisados sobre a ótica dos princípios constitucionais e administrativos, é que primordialmente não pode o judiciário agir com base apenas em meras suposições, ou então, conforme Bulos (2008), o resultado de tudo isso seria a instauração de uma "República de suposições", em que todos são considerados desonestos e corruptos até que prove o contrário, e no caso em apresso, o atestado de má conduta e má-fé advém do vínculo consanguíneo.

Nesse giro, outra questão importante é vislumbrar a análise extensiva do art. 9º da lei 8.666/93 à luz do princípio da legalidade, pois, interpretá-la e aplica-la abrangente aos parentes dos agentes políticos e servidores de confiança e comissionados, restaria em flagrante violação ao princípio da legalidade.

Ao final, não se pode deixar de destacar, a importância que tem a competitividade para a promulgação do procedimento licitatório, em razão de não se poder consagrar probo um procedimento administrativo que não tenha acirrado competição entre os interessados, podendo ainda, a ausência de competitividade acarretar impasse ao princípio da igualdade.

Diante disso, o que faria o judiciário, ao decidir contra a participação de parentes em licitação era obstar o prosseguimento da ampla competitividade do certame licitatório entre os interessados, sem ater-se a existência de lastro probatório de violação dos princípios da

moralidade e impessoalidade, levando em consideração tão somente o fato de existir vínculo de parentesco entre o particular e o servidor público. O que restaria aqui, como flagrante violação, é a interpretação extensiva que se faz da lei 8.666/93, em especial o art. 9º, transgredindo a legalidade, assim como a isonomia, pois baseado em suposições fáticas e possivelmente passíveis de serem consideradas perseguidoras, um particular é tratado de forma desigual quando impedido de participar de licitação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa se propôs a analisar questões atinentes a permissibilidade ou impossibilidade de participação de parentes em licitação. Atendo-se ao vínculo de parentesco entre os parentes dos agentes políticos e dos servidores ocupantes de cargos de confiança e comissionado. Dentro dessa perspectiva emergem-se várias opiniões, inclusive jurídicas, o que acarreta em um confronto de ideias sobre a possibilidade ou não desta participação.

Verificou-se os impedimentos de parentes em participação de licitação à luz dos princípios constitucionais da isonomia e moralidade e seus reflexos nos princípios da legalidade, impessoalidade e competitividade, sendo este último, um princípio que compõe as minúcias do procedimento licitatório. Constatou-se que há divergência quanto a possibilidade de participação em licitação ou em que se justifica o seu impedimento, uma vez que não há nada sedimentado em lei.

Ficou evidenciado é que não cuidou o legislador de elencar os parentes dos agentes políticos e servidores comissionados ou cargo de confiança no rol taxativo art. 9º da lei 8.666/93, o que acaba gerando uma instabilidade jurídica, vez que, todo órgão judicial ao prolatar uma decisão ou emitir um parecer tem como base, além dos fatos, os princípios constitucionais e administrativos.

Diante disso, algumas pessoas, ligadas pelo vínculo de parentesco são impedidas de participarem de procedimento licitatório, tomando como base o princípio da impessoalidade e isonomia. Ocorre que, da mesma forma que há posicionamento atinente a impossibilidade de participação à luz destes princípios, alguns outros, a exemplo do firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de julgamento do Recurso Especial Nº 1.245.765/2011 que não considerou improbo o fato da filha do prefeito compor o quadro societário da empresa contratada, uma vez que não restou evidenciado privilégios decorrentes do vínculo de parentesco.

Vislumbra-se que a aplicação prática da vedação do parente em participação deve decorrer de fatos ímprobos devidamente evidenciados no certame licitatório, vez que a lei

8.666/93, cuida e propõe requisitos estritos a serem seguidos por aqueles que se consideram interessados e capazes de proporcionar a administração pública uma proposta vantajosa diante do objeto por ela almejado.

Outra questão que ficou evidenciado é que o pré julgamento existente quando existem parentes concorrendo ou vencedores em procedimento licitatório, também é considerada violadora do princípio da isonomia e legalidade, por se fazer distinções entre os participantes pelo simples fato de existir entre eles e o agente público ou servidor comissionado vínculo de parentesco e ainda por não existir no art. 9º da lei de regência vedação expressa a esta participação, afinal, conforme dita a Constituição Federal, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer aquilo que não estiver previsto em lei.

Ao final, verifica-se que se faz necessário um posicionamento firme e pacificado na doutrina e jurisprudência, pois os posicionamentos colacionados ao discorrer do artigo se mostraram divergentes sempre com base em interpretações principiológicas, esquecendo de embasa-los na lei de licitações em vigor em todo o ordenamento jurídico desde 1993.

Recomenda-se o avanço legislativo no que concerne a alteração do art. 9º da lei, que cuida expressamente em elencar os impedidos de participarem em licitação, seja esta inclusão permissiva ou impeditiva, pois, desta maneira a lacuna legislativa que desencadeia vastas interpretações e opiniões sobre a participação de parentes em licitação iriam vincular ao disposto em lei, dado que, se pensado de todas as formas com base nas disposições principiológicas, sempre haverá violação dos princípios constitucionais e administrativos, conforme ficou claro quando analisados os julgados transcritos no último capítulo.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. [S.l.]: Forense, 2013.

BRASIL. STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 423560 MG**. 2ª Turma. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Dj: 29/05/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193445>>. Acesso em 10 mai. 2018.

BRASIL. STJ. **Recurso Especial 1245765**. 2ª Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ: 28/06/2011. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21102991/recurso-especial-resp-1245765-mg-2011-0040108-7-stj/relatorio-e-voto-21102993?ref=juris-tabs>>. Acesso em 15 mai. 2018.

BRASIL. TCU. **Acórdão 9917/2016**. 2ª Câmara. Rel. Min. Augusto Nardes. Dj: 30/08/2016. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/111/%252a/NUMACORDAO%253A9.917%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

BRASIL. TCU. **Acórdão 1941-25/2013**. Plenário. Rel. Min. José Múcio Monteiro. Dj: 24/07/2013. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ixmR9OoGvKsJ:www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130801/AC_1941_25_13_P.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 06 jun. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. Licitação em caso de parentesco. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1855, 30 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11555>>. Acesso em: 15 de maio 2018.

CARVALHO FILHO, José do Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2014.

CARNEIRO NETO, Durval. **Processo, Jurisdição e Ônus da Prova no Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2008.

COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. [S.l.]: Saraiva, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, Eduardo Sérgio Cabral de. Nepotismo em licitação: o parentesco como impedimento a participação em licitações públicas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3935, 10 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27341>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada: Notas e comentários à Lei nº 8.666/93**. 9. ed. Curitiba: Zenite, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato administrativo**. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

PADOVAN, Silvio Luís Ferrari. **Pessoas Impedidas de Contratar com o Poder Público: Servidores Efetivos, Cargos em Comissão, Funções de Confiança, Vereadores – Proprietário de Empresa/Comércio ou Participação em Sociedade**. [S.l.], 2013. Disponível em:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:UOTWdZ4vnMcJ:www.unirio.br/g econ/outros/ESTUDO%2520TECNICO%2520%2520PESSOAS%2520IMPEDIDAS%2520 DE%2520CONTRATAR.pdf/at_download/file+&cd=1&hl=ptBR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 6 jun. 2018.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito Administrativo**. [edição]. [S.l]: Forense, 2012.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Licitações Públicas Lei nº 8.666/93**. v. 11. Salvador: Juspodivum, 2009.