
O PRINCÍPIO DA MORALIDADE E O COMBATE AO NEPOTISMO EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

*THE MORALITY PRINCIPLE IN THE FIGHT AGAINST
NEPOTISM IN PUBLIC BIDDING*

*Guilherme Salgado Lage
Advogado da União, CJU/MG*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O conceito de nepotismo e a Súmula Vinculante nº 13 do STF; 2 Diferenças entre o ato administrativo de nomeação e o processo licitatório – discricionariedade versus legalidade; 3 Da necessidade de garantia dos princípios constitucionais da presunção de inocência, da isonomia, da legalidade e da liberdade de iniciativa; 4 A densidade normativa dos princípios; 5 Análise do Decreto nº 7.203/2010; 6 Análise dos julgados do Tribunal de Contas da União; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo busca analisar a legalidade da inclusão, em Editais de Licitação, de cláusula que proíbe os parentes dos servidores envolvidos no procedimento licitatório de participarem do certame, com fundamento na densidade normativa do princípio da moralidade, na Súmula Vinculante nº 13 do STF, no art. 9º, III da Lei nº 8666/93 e em Acórdãos do Tribunal de Contas da União.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Nepotismo. Princípio da Moralidade.

ABSTRACT: This article seeks to discuss the legality of clause forbidding persons which belongs to the same family of public servants responsible for the bidding process to participate in this process. The clause object of this review is mainly based on the principle of morality normative density, and decisions from the Brazilian Supremo Tribunal Federal and the Brazilian federal court of audit.

KEYWORDS: Bidding. Nepotism. Principle of Morality.

INTRODUÇÃO

A questão da contratação de parentes de dirigentes de entidades públicas tornou-se questão bastante debatida nos últimos anos, tanto no meio popular quanto no meio jurídico, em que a análise gira em torno da legalidade e constitucionalidade das medidas propostas para o combate a tal prática.

A discussão do tema ganhou corpo através da edição de várias normas por órgãos de controle e correicionais, da jurisprudência do Tribunal de Contas da União atinentes ao nepotismo, e em especial, da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal.

O presente estudo tem por escopo investigar aspectos controvertidos do tratamento dado pela questão no âmbito da Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais, órgão da Advocacia-Geral da União responsável pelo assessoramento jurídico de todos os órgãos da Administração Pública Federal Direta sediados naquele Estado, onde desenvolveu-se e tem se fortalecido tese de combate ao nepotismo através da introdução de cláusula no instrumento convocatório de licitações públicas, vedando a participação de parentes de dirigentes e servidores que atuam no certame, ou empresas nas quais tais parentes participem.

A cláusula em questão, reiteradamente proposta e defendida por maior parte dos Advogados da União atuantes no órgão supramencionado¹, em linhas gerais é a seguinte:

Não poderão participar desta Licitação:

I - Servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação;

II - Cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de servidor componente da comissão de licitação ou da equipe do pregão ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

¹ Apenas a título de exemplo, citamos alguns dos pareceres CJU-MG/CGU/AGU em que a cláusula foi proposta: 785/2011, 811/2011, 854/2011, 869/2011, 873/11, 881/2011, 903/2011, 938/2011, 939/2011, 999/2011, 1048/2011, 1052/2011, 1121/2011, 1140/2011, 1145/2011, 1157/2011, 1168/2011, 1169/2011, 1191/2011, 1199/2011, 1234/2011, 1269/2011, 1295/2011, 1296/2011, 1300/2011, 1310/2011, 1324/2011, 1333/2011, 1334/2011, 43/2012, 75/2012, 76/2012, 81/2012, 89/2012, 100/2012, 101/2012, 123/2012, 136/2012, 137/2012, 145/2012, 152/2012, 185/2012, 208/2012, 252/2012, 291/2012, 293/2012, 304/2012, 307/2012, 317/2012, 319/2012, 322/2012, 344/2012, 405/2012, 422/2012, 435/2012, 457/2012, 488/2012, 489/2012, 500/2012, 532/2012, 560/2012, 613/2012, 624/2012.

III - Sociedade que tenha em seu quadro de administração quaisquer das pessoas indicadas nos subitens anteriores.

IV - No caso do subitem anterior, a restrição poderá ser afastada caso comprovada, no caso concreto, a ausência de ofensa aos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade.

Relevante fundamento da tese é a Súmula vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal, que traz vedação à nomeação de parentes em cargos de livre preenchimento e exoneração, também denominados cargos “*ad nutum*”, e serviria como demonstração da densidade normativa² do princípio da moralidade, tendo em vista que foi criada sem lei expressa que traga os comandos ali expostos. Além disso, os

2 Neste sentido, transcrevo o seguinte trecho do Parecer nº 101/2012/CJU-MG/CGU/AGU, de lavra da Dra. Rafaela Oliveira Carvalhaes:

7. Questão polêmica, que tem despertado acalorados debates dentro desta Consultoria, diz respeito à inclusão da cláusula anti-nepotismo nos nossos editais, independentemente de lei ou ato normativo infraconstitucional.

8. Conforme lições de Gustavo Binbenojm, a Constituição, e não mais a lei, passa a se situar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade (Souza, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado de Direito. In Advocacia de Estado. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça).

9. Seguindo essa nova visão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 579.951-4, sedimentou o entendimento segundo o qual o princípio da moralidade, previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal, tem densidade normativa e, portanto, eficácia imediata para toda Administração Pública. Com base nesse entendimento, o Tribunal vedou a prática de nepotismo no âmbito dos três Poderes da República.

10. O Tribunal de Contas da União, por sua vez, através do Acórdão nº 1170/2010, manifestou-se a favor da aplicação dos princípios constitucionais, entre eles, o da moralidade e impessoalidade, com o fim de vedar a prática de nepotismo nas licitações. Sobre o assunto, transcrevo trecho do voto, verbis:

25. Assim, a interpretação da lei deve levar em conta os princípios que embasam e orientam o ordenamento jurídico, usualmente consagrados em normas constitucionais, como os que acabamos de mencionar. Mas esses princípios não se limitam a orientar a interpretação da lei ou suplementá-la em pontos omissos. Ao contrário, têm a força de autênticas normas jurídicas, que não necessitam ser “densificadas” sob a forma de lei para adquirir normatividade. Além disso, por constituírem autênticos pontos cardeais do ordenamento jurídico, em torno dos quais gravitam todas as demais normas, não se postam simplesmente ao lado, mas sim acima destas.

11. Acrescenta-se a isso, o alerta para o papel disciplinador a cargo do Tribunal de Contas da União também trazido pelo referido voto:

30. Assim, se o órgão de controle não rechaçar, com veemência, o tipo de situação detectada na referida concorrência, que afrontou princípios como o da moralidade e o da legitimidade, pode-se dar um ar de legalidade a comportamento que atenta contra a seriedade que deve cercar as relações entre o Estado e a iniciativa privada e que pode dar margem, como nefasta consequência, a todo tipo de acordo, manipulação de resultados e favorecimentos os mais diversos possíveis, que podem ter início até mesmo no momento em que se estabelecem cláusulas em editais de licitação, termos de referência e minutas de contratos.

limites de parentesco apontados na vedação trazida por tal súmula são analogicamente aplicados à cláusula proposta.

Além disso, segundo os defensores da cláusula em questão, “muito embora a Lei 8.666/93 em seu art. 9º não preveja expressamente a vedação proposta, a mesma decorre da aplicação dos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e isonomia na licitação”, insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93, e “trata-se de vedação de caráter objetivo pela simples existência do grau de parentesco societário, não dependendo de comprovação de eventual favorecimento, no que decorre a necessidade de vedação prévia de participação”³.

O Acórdão nº 1170/2010⁴ do Plenário do TCU é o julgado mais citado na fundamentação da tese, em face de acalorada defesa

12. Por estar fundada nos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade e, conseqüentemente, ser inegável o seu caráter normativo, manifesto-me favorável à introdução da cláusula anti-nepotismo nos editais desta Consultoria [...]

3. Citação do Parecer nº 613/2012-CJU-MG/CGU/AGU, de lavra do Dr. Marcos Roberto Alcoforado Kuntz.

4. Os trechos do Acórdão nº 1170/2010-Plenário, citados em defesa da implementação da cláusula anti-nepotismo, são os seguintes:

[...]RELATÓRIO

34. A nosso ver, como já indicamos, a falta de comprovação de efetivo favorecimento não exclui a violação ao princípio da moralidade, que ocorre com a simples participação em certame licitatório de pessoa estreitamente vinculada à Administração. De qualquer modo, é desejável, justo e jurídico vedar essa mesma conduta, por encerrar altíssima probabilidade de violação aos demais princípios mencionados. Não é isso, a propósito, o que faz o próprio art. 9º da Lei de Licitações? Não há como negar que, em tese, o autor do projeto, por exemplo, pode ser inteiramente isento em sua elaboração, de modo a não lograr qualquer vantagem caso venha a participar do procedimento licitatório instaurado para executar o serviço projetado. No entanto, é tão grande a probabilidade de que ocorra o contrário, é tão próprio da natureza humana tentar tirar vantagem dessa situação, que a lei houve por bem evitar a mera possibilidade de que isso ocorresse. Diante do dano quase certo, é melhor evitar desde logo sua ocorrência, em vez de, depois, ter de remediar suas conseqüências.

35. Por conseguinte, a participação do recorrente deveria ter sido vedada pelo DNIT e deve ser vedada agora por instigação desta Corte, por encerrar violação ao princípio da moralidade e flagrante potencial de violação aos princípios da isonomia e da impessoalidade.

36. A validade desse raciocínio foi chancelada por ninguém menos que o Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE 579.951-4, o STF decidiu vedar a prática do chamado nepotismo nos três Poderes da República, conquanto só houvesse norma nesse sentido aplicável ao Poder Judiciário. Ao justificar esse posicionamento, declarou expressamente que não era necessária a edição de lei formal para coibir a prática do nepotismo, já que tal medida decorria diretamente dos princípios inscritos no art. 37 da Constituição Federal.

[...] VOTO DO RELATOR:

22. Assim, qualquer situação que não esteja prevista na lei, mas que viole o dever de probidade imposto a todos os agentes públicos ou pessoa investida desta qualidade, deve ser proibida, por ser incompatível com os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade.

23. A propósito, nessa esteira já decidiu esta Corte de Contas, por meio do Acórdão n. 1.632/2006 – Plenário, segundo o qual “A existência de grau de parentesco entre membro da Comissão Permanente de

dos princípios da moralidade e da impessoalidade, promovida em tal julgado. Tal Acórdão analisa caso concreto no qual foi verificado que dois representantes de um consórcio de empresas particulares, autor do Termo de Referência de Edital de Concorrência do DNIT, eram também sócios de empresa do Consórcio que sagrou-se vencedor naquele certame, caracterizando-se os vínculos técnico, econômico e comercial a que se refere o §3º do art. 9º da Lei 8666/92⁵, havendo também vínculos

Licitação e proprietário de firma participante de certames no órgão configura afronta à Lei n. 8.666/93 e aos princípios da moralidade e da impessoalidade que devem nortear a atuação dos gestores públicos.

24. No Voto condutor do supramencionado Acórdão, o eminente Ministro Relator Marcos Bemquerer ressaltou, verbis:

“11. A irregularidade é grave, pois afronta os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade que devem orientar a atuação da Administração Pública. É patente que há conflito de interesses na situação em que o pai participa de processo licitatório no qual o filho atua como membro da Comissão Permanente de Licitação.

12. Mesmo que a Lei n. 8.666/1993 não possua dispositivo vedando expressamente a participação de parentes em licitações em que o servidor atue na CPL, entendo que foi cristalina a intenção do legislador, com as disposições do art. 9º da indigitada Lei, em vedar a prática de conflito de interesses nos certames da Administração”.(grifei)

[...]

34. O item 35 do Voto condutor do acórdão recorrido também deixa claro que não foi indagado nos autos a existência ou não de direcionamento ou favorecimento ao consórcio vencedor, sendo condição suficiente os vínculos de parentesco, societários e profissionais constatados no certame em questão para macular, de forma definitiva, a licitação. O eminente Relator a quo acrescenta, inclusive, que não há como garantir a lisura no resultado final da licitação, diante da constatação dessas relações pessoais, conforme transcrição a seguir:

39. [...] se a licitação deve ocorrer sob o pressuposto de que há isonomia no tratamento a ser dado aos licitantes, que implica em igualdade de condições de concorrer entre todos os interessados; de que não há qualquer relação de parentesco, profissional ou societária entre gestor(es) do órgão que promove o certame, empresa terceirizada que atua em diversas fases da licitação e qualquer das licitantes; que há impessoalidade no trato entre a Administração e as empresas que concorrem entre si; e que todos os procedimentos devem seguir a estrita legalidade, então só se pode concluir que, se ao menos uma dessas condições – todas de índole constitucional – for desrespeitada, não há como garantir que houve lisura no resultado final da licitação”

35. Diante da situação específica em que se encontravam os agentes envolvidos, que teriam condições suficientes de frustrar a competitividade, produzindo benefícios indevidos e reprováveis em todas as fases do procedimento licitatório (preparação do edital, análise de habilitação e das propostas técnicas e análise dos recursos), coaduno-me com o entendimento do Relator a quo no sentido de que a existência dos vínculos pessoais detectados não garante que a execução da licitação em comento tenha observado os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e isonomia, não sendo necessário, portanto, a ocorrência de efetivo dano para se anular a licitação.

5 Conforme itens 9 e 19 do voto do relator Benjamin Zymler, no Acórdão nº 1170-2010/TCU-Plenário:

9. “De acordo com o quadro constante do Voto condutor do acórdão recorrido, que resumiu os relacionamentos profissionais, societários e de parentesco entre a Administração do Dnit, o Consórcio STE/Siscon e o Consórcio Geohidro/Consultfer/Magna: (i) o Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, então diretor da Diretoria de Infra-Estrutura Ferroviária, tem como enteado o Sr. Evandro Klauss Torres Brígido, um dos sócios da empresa Consultfer; (ii) o Sr. Mário Antônio Garcia Picanço, então coordenador

de parentesco entre integrantes da Administração e os dois consórcios de empresas envolvidos.

São citados ainda, em diversos pareceres favoráveis à tese, os seguintes Acórdãos do Plenário do Tribunal de Contas da União, em que há passagens semelhantes às do julgado já mencionado: 284/2003, 1000/2005, 1893/2010, 2063/2010, 2922/2010, 607/2011.

O autor da tese, Advogado da União Marcos Roberto Alcoforado Kuntz, em sua Nota nº AGU/CGU/NAJ/MG-0518/2010-MRAK, ainda sustenta que o art. 8º, item 5, bem como o art. 9º, item 1 c, do Decreto nº 5687/2006⁶, oriundos da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, impõem ao governo brasileiro a tomada de medidas efetivas para estabelecer critérios adequados de contratação pública, em conformidade com os princípios fundamentais da nação, evitando que o servidor se valha de tal condição para obter benefícios e também a fixação de critérios objetivos e pré-determinados para fundamentar as decisões versando sobre contratação pública, razão pela qual a cláusula anti-nepotismo, a seu ver, seria indispensável nos Editais de licitações públicas promovidas no país.

Ressalto ainda que a limitação da vedação apenas ao caso de parentes de dirigentes e membros da comissão de licitação (e não a

técnico do Consórcio STE/Siskon, além de ser sócio da empresa Consulfer até 26/10/2006, é pai de outros dois sócios desta empresa (Srs. Renato Proença Picanço e Régis Proença Picanço); (iii) o Sr. Fábio Araújo Nodari é sócio tanto da empresa STE quanto da empresa Consulfer. [...]

19. Considerando que o coordenador técnico do consórcio responsável pelo Termo de Referência (Consórcio STE/Siskon), Sr. Mário Antônio Garcia Picanço, era sócio da empresa Consulfer e considerando, ainda, que o Sr. Fábio Araújo Nodari era sócio tanto da empresa STE quanto da Consulfer, restam caracterizados os vínculos técnico, econômico e comercial a que se refere o § 3º do art. 9º da Lei 8.666/92. Dessa forma, não há como se negar a possibilidade de influência do Consórcio STE/Siskon, ao estabelecer as diretrizes do objeto contratado, no resultado da licitação, produzindo distorções incompatíveis com os princípios da isonomia e da moralidade.”

6 Artigo 8

Códigos de conduta para funcionários públicos
[...]

5. Cada Estado Parte procurará, quando proceder e em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, estabelecer medidas e sistemas para exigir aos funcionários públicos que tenham declarações às autoridades competentes em relação, entre outras coisas, com suas atividades externas e com empregos, inversões, ativos e presentes ou benefícios importantes que possam dar lugar a um conflito de interesses relativo a suas atribuições como funcionários públicos. [...]

Artigo 9

Contratação pública e gestão da fazenda pública

1. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, adotará as medidas necessárias para estabelecer sistemas apropriados de contratação pública, baseados na transparência, na competência e em critérios objetivos de adoção de decisões, que sejam eficazes, entre outras coisas, para prevenir a corrupção. Esses sistemas, em cuja aplicação se poderá ter em conta valores mínimos apropriados, deverão abordar, entre outras coisas: [...]

c) A aplicação de critérios objetivos e predeterminados para a adoção de decisões sobre a contratação pública a fim de facilitar a posterior verificação da aplicação correta das regras ou procedimentos; [...]

qualquer servidor), e apenas às empresas que possuíssem tais pessoas em seus quadros de administração (não bastando ser mero sócio), bem como a inclusão de dispositivo dando à comissão de licitação o poder discricionário de afastar a restrição imposta pela cláusula anti-nepotismo, são alterações promovidas na proposta originária de redação da cláusula, decorrentes de argumentação trazida pelo Advogado da União Luciano Medeiros de Andrade Bicalho, através da Nota N° CJU-MG/CGU/AGU-0031/2011-LMAB, que sustenta o seguinte:

[...] a aplicação de vedação de qualquer parente de qualquer servidor praticamente inviabiliza a participação em licitação de sociedades anônimas. Nos dias de hoje, grande parte da população brasileira possui ações de empresas que negociam em bolsa de valores, e, grande parte das empresas hoje possuem ações negociadas em bolsa. Apenas para que se possa visualizar a situação: empresas como Petrobrás S/A, Banco do Brasil S/A, TIM S/A, EMBRATEL S/A, MANESMANN S/A, Vale Do Rio Doce S/A estariam praticamente impedidas de participar de licitação realizada por órgãos da União, uma vez que dificilmente não haveria ao menos um servidor que possuísse um parente sequer proprietário de ações dessas empresas.

Feitas as devidas considerações, apresentados os fundamentos em que se baseiam os defensores da cláusula anti-nepotismo acima transcrita, passaremos, ao longo deste estudo, a analisar de forma detalhada cada um dos argumentos apresentados em sua defesa, buscando verificar a plausibilidade jurídica da inserção de tal regra em editais de licitação pública.

1 O CONCEITO DE NEPOTISMO E A SÚMULA VINCULANTE N° 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para a adequada compreensão do tema, indispensável conhecermos, primeiramente, o significado do termo nepotismo. Segundo consulta ao dicionário priberam⁷, nepotismo é considerado o “valimento de que gozavam junto de certos papas os seus sobrinhos ou parentes”, ou o “favoritismo excessivo dado a parentes ou amigos por pessoal altamente colocada”.

O primeiro significado decorre da própria origem da palavra. Conforme o Wikipédia⁸, o termo “aplicava-se exclusivamente ao âmbito

7 Dicionário Priberam – busca: “nepotismo”. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

8 Wikipédia – busca: “nepotismo”. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Nepotismo>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

das relações do *papa* com seus parentes - particularmente com o *cardeal-sobrinho* - (em *latim*: *cardinalis nepos*; em *italiano*: *cardinale nipote*).”

Ainda segundo tal fonte, nepotismo “atualmente é utilizado como sinônimo da concessão de privilégios ou cargos a parentes no *funcionalismo público*. Distingue-se do *favoritismo* simples, que não implica relações familiares com o favorecido”.

De fato, verifica-se, ao longo de toda a história do Brasil que a nomeação de parentes de autoridades públicas é praxe no âmbito da Administração Pública municipal, estadual e federal, conduta essa incentivada pela possibilidade de livre nomeação de servidores em cargos comissionados e em razão do tratamento normativo do nepotismo ter evoluído muito pouco ao longo de toda a história brasileira.

Observa-se que em nenhuma das Constituições do Brasil sequer constou o termo nepotismo, nem para vedá-lo, nem para autorizá-lo, como assevera Ivan Barbosa Rigolin⁹:

Nem uma breve referência a esse tema consta de modo explícito, ou mesmo implícito, da Carta de 1988. O assunto é-lhe por completo estranho e inusitado — como de resto o é desde a primeira Constituição brasileira, que como todas até o presente jamais se abalçou a restringir nepotismos na Administração.

A escassez normativa sobre o tema dura até hoje, sendo que o nepotismo passou a ser abordado apenas mais recentemente, de forma esparsa e pontual, em resoluções do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público, Regimentos Internos de Tribunais e Estatutos de Servidores Públicos de entes federativos, sem aplicabilidade geral.

O Supremo Tribunal Federal, no exercício de seu papel de intérprete oficial da Constituição da República, diante da lacuna legislativa existente, buscou sistematizar a questão do nepotismo na Administração Pública, editando súmula vinculante impondo significativas restrições à sua prática:

Súmula Vinculante nº 13: 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,

9 RIGOLIN, Ivan Barbosa. Sobre o nepotismo: uma reflexão sobre moralidade e moralismo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 7, n. 80, p. 10-15, out. 2007.

compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Observa-se que o posicionamento do STF se emparelha com a noção popular da questão, ao associar diretamente o nepotismo à imoralidade, sem qualquer ressalva às peculiaridades da situação na qual ocorre, como bem esclarece Ivan Barbosa Rigolin¹⁰:

A primeira vocação do cidadão, o seu primeiro ímpeto ou o seu arroubo inercial é a de convictamente entender que sempre qualquer nepotismo é inadmissível e inaceitável por imoral por injustamente personalístico, anti-isonômico. E conhecendo um pouco a espécie humana tristemente reiteramos: é mais forte aquele reproche espontâneo quando o nepotismo é alheio e beneficia a outrem, exatamente como asseverava o conhecido moralista profissional que não suportava privilégios, muito em especial quando deles não participava. Assim, se para cada parente beneficiado mil cidadãos não o são, natural resulta que a opinião pública seja a dos mil e não a do único — e tenderá a ser desfavorável à prática.

Todavia, analisando-se detidamente a súmula, abstenho-me de tecer maiores comentários acerca da adequação ou não do entendimento do STF, verifica-se com clareza que, a despeito de todas as críticas existentes^{11,12}, a

¹⁰ RIGOLIN, ob. cit.

¹¹ Roberto Wanderley Nogueira, ao analisar a Súmula Vinculante nº 13 do STF, assevera: Com efeito, se se quiser de verdade eliminar da cena institucional brasileira a prática do nepotismo só há duas alternativas igualmente esclarecidas e potencialmente eficazes a seguir: a primeira delas diz respeito à eliminação, na estrutura funcional do Estado, em todos os seus segmentos e hierarquias, da figura jurídica do “cargo comissionado” ou “de confiança” [...]. In NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Constituição federal não veda a prática do nepotismo. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-30/constitucao_federal_nao_proibe_pratica_nepotismo>. Acesso em: 16 nov. 2012.

¹² De acordo com Alice Barroso de Antônio: Indevida a presunção de que todo parente de agente público ingressa em cargos de comissão ou funções de confiança, apenas em virtude de seu vínculo familiar, sem preencher qualquer outra condição para o exercício do serviço público. Tal análise é preconceituosa, taxando, de antemão, de corruptos, todos os parentes de agentes públicos, e exclui da Administração Pública pessoas competentes, por mero laço consanguíneo ou de afinidade. Exonerar servidores públicos e vetar a contratação de pessoal, em virtude de relações de parentesco ou de afinidade com ocupantes de cargos públicos, acarreta inegável discriminação, consubstanciando afronta ao princípio da isonomia, bem como violação ao princípio da universalidade de acesso dos brasileiros aos cargos e funções públicas. Considerando-se, aprioristicamente, toda nomeação de parentes de agentes públicos como inconstitucional, constituir-se-á uma sociedade em que ser parente de autoridade pública seja mácula impeditiva ao acesso à Administração Pública, mesmo nas hipóteses previstas em lei. A família, que hoje é vilipendiada em vários aspectos, passaria a ter mais um perverso obstáculo à sua reafirmação. In: ANTONIO, Alice Barroso de. O nepotismo sob

conduta considerada contrária à Constituição, por aquela corte, é apenas a nomeação, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública Direta ou Indireta, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor público da mesma Pessoa Jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento.

Em respeito ao princípio da universalidade de acesso aos cargos e funções públicas, aqueles nomeados para exercer cargos de provimento efetivo ou contratados por concurso não foram mencionados pelo texto sumular, mesmo que sejam cônjuges, companheiros ou parentes até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor público investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento da mesma Pessoa Jurídica. Tampouco há qualquer vedação à participação de parentes de servidores em licitações, de forma semelhante à pretendida pela cláusula anti-nepotismo objeto do presente estudo, ou qualquer outra espécie de processo seletivo em que todos os cidadãos possam participar em igualdade de condições, sem possibilidade de interferência lícita da autoridade responsável pelo procedimento.

Por fim, destaca-se que, tendo em vista o posicionamento firmado pelo STF, o Presidente da República editou o Decreto nº 7.203/2010, que não apenas reafirma o posicionamento daquele tribunal, mas também evidencia a impossibilidade de se fazer qualquer interpretação extensiva sobre a questão, como melhor veremos mais adiante.

2 DIFERENÇAS ENTRE O ATO ADMINISTRATIVO DE NOMEAÇÃO E O PROCESSO LICITATÓRIO – DISCRICIONARIEDADE VERSUS LEGALIDADE

Celso Antônio Bandeira de Melo¹³¹⁴, dentre as classificações possíveis de se atribuir aos atos administrativos, quanto ao grau de

a ótica da Súmula Vinculante nº 13 do STF: críticas e proposições. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 10, n. 31, jan./mar. 2009. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_07/anexos/sumula_vinculante_nro13.pdf> Acesso em: 22 nov. 2012.

131 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.395.

14 De forma semelhante, leciona José dos Santos Carvalho Filho:

4.2. Discricionariedade e Vinculação: Tendo em conta o tipo de situação por força do qual o ato é praticado, classifica-se o motivo em *motivo de direito* e *motivo de fato*. Motivo de direito é a situação de fato eleito pela norma legal como ensejadora da vontade administrativa. Motivo de fato é a própria situação de fato ocorrida no mundo empírico, sem descrição na norma legal.

Se a situação de fato está delineada na norma legal, ao agente nada mais cabe senão praticar o ato tão logo já está delineada na norma legal, ao agente nada mais cabe em virtude do princípio da legalidade que norteia a Administração. Caracterizar-se-á desse modo, a produção de *ato vinculado* por haver estrita vinculação do agente à lei.

‘Diversa é a hipótese quando a lei não delinea a situação fática, mas, ao contrário, transfere ao agente a verificação de sua ocorrência atendendo a critérios de caráter administrativo (conveniência e oportunidade). Nesse caso é o próprio

liberdade da Administração em sua prática, difere atos administrativos discricionários e vinculados da seguinte maneira:

d) Quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática:

77. (1) Atos ditos *discricionários* e que melhor se denominariam *atos praticados no exercício de competência discricionária* – os que a Administração pratica dispendo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo. [...]

(2) Atos *vinculados* – os que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos.

Segundo ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹⁵ diferentemente dos atos vinculados, em que cabe ao gestor apenas seguir a lei, os atos discricionários dão maior espaço à atuação em desconformidade com o princípio da moralidade:

2.5 A moralidade como limite à discricionariedade administrativa:[...] É principalmente no âmbito dos atos discricionários que se encontra campo mais fértil para a prática de atos imorais, pois é neles que a Administração Pública tem a liberdade de opção entre várias alternativas; todas elas válidas perante o direito. Ora, pode perfeitamente ocorrer que a solução escolhida pela autoridade, embora permitida pela lei, em sentido formal, contrarie valores éticos não protegidos diretamente pela regra jurídica, mas passíveis de proteção por estarem subjacentes em determinada coletividade. [...]

Pode-se argumentar que nem sempre é fácil identificar esse senso moral subjacente em determinada sociedade; e realmente não é, pois os valores são variáveis no tempo e no espaço e nem sempre os padrões de conduta

agente que elege a situação fática geradora da vontade, permitindo, assim, maior liberdade de atuação, embora sem afastamento dos princípios administrativos. Desvinculado o agente de qualquer situação de fato prevista na lei, sua atividade reveste-se de discricionariedade, redundando na prática de *ato discricionário*. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.93).

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2001. p.161-164.

adotados pela maioria seguem os valores ideais. Mas não há dúvida de que é fácil identificar pelo menos aquelas situações extremas em que, indubitavelmente, se pode afirmar que a conduta é moral ou imoral, segundo a ética da instituição.

Por isso mesmo, a discricionariedade administrativa, da mesma forma que é limitada pelo Direito, também o é pela Moral; entre as várias soluções legais admissíveis, a Administração Pública tem de optar por aquela que assegure o “mínimo ético” da instituição.

[...] a lei, em inúmeros casos, deixa que a Administração extraia da norma suas consequências, segundo juízo de valor a ser feito em cada caso concreto; nessa apreciação, terão que prevalecer os valores éticos da instituição, que constituem limites à discricionariedade administrativa, os quais, se transpostos, ensejam correção pelo Poder Judiciário.

Tal diferenciação é relevante para a análise da questão ora proposta, tendo em vista que a licitação é um procedimento que, em sua fase aberta, pressupõe a realização de vários atos previstos num instrumento convocatório, sendo a maioria deles vinculados. Ressalvado o caso da modalidade convite, não é possível ao gestor sequer saber com antecedência quem serão os possíveis participantes do processo licitatório.

Assim, muito embora o procedimento licitatório, em sua fase interna, dê certa margem de discricionariedade para que o gestor defina o objeto da contratação da forma que melhor atenda ao interesse público envolvido, não há como saber de imediato se as escolhas na elaboração do instrumento convocatório irão ou não beneficiar alguém, posto que, face ao princípio da vinculação ao edital, a escolha do licitante vencedor se dará em razão dos critérios objetivos previamente definidos em edital, ao final do procedimento ali estabelecido.

Mesmo as decisões discricionárias do gestor, feitas no momento da elaboração do instrumento convocatório, devem ser devidamente justificadas e devem estar amparadas nos diversos princípios e normas que regem tal procedimento, de forma que, ao seu final, verificando-se que tais escolhas discricionárias restringiram a competitividade e a busca pela melhor proposta, beneficiando indevidamente o licitante vencedor, não só pode como deve o procedimento licitatório ser anulado¹⁶.

16 8.1) A exaustão da discricionariedade – Cada fase da licitação culmina com uma decisão. Mesmo nas fases ditas internas (tais como “definição do objeto a ser licitado” e “elaboração do edital”), são tomadas decisões fundamentais para definir a futura contratação. Existe uma “especialização” em cada fase da licitação. Ou seja, em cada fase, a atenção se dirige a um certo aspecto do problema. Cuida-se de um ângulo específico da

Observo que, quando necessária a anulação de certame na qual verificada a restrição indevida de competitividade, tal medida deve ser adotada independentemente de quem seja o licitante vencedor. Haja ou não relação de parentesco, verificada alguma irregularidade no processo, tendo em vista as normas e princípios que regem tal procedimento, caracterizado o vício do procedimento, deve ele ser revisto.

Como veremos mais adiante, em todos os julgados do Tribunal de Contas da União utilizados para defender a viabilidade de cláusula anti-nepotismo, ainda que o princípio da moralidade seja argumento usado para determinar a anulação de contratação de parentes, nunca foi este o motivo único da medida, havendo sempre a comprovação de algum fato relevante que, por si só, seria suficiente para invalidar o processo com base em outra premissa legal.

Situação diferente ocorre quando a contratação decorre de uma escolha discricionária do Administrador, feita através de um único ato, como no caso da nomeação de ocupantes de cargos comissionados de livre nomeação e exoneração, ou mesmo nos casos de contratação direta, sem licitação, em que há enorme discricionariedade do gestor para escolher os potenciais contratados. Considerando-se que do ato administrativo discricionário de nomeação tem-se como resultado imediato e, portanto, previamente conhecido por seu autor, o ingresso do nomeado na Administração Pública, a despeito das críticas existentes, torna-se perfeitamente plausível a interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal em sua Súmula Vinculante nº 13, segundo a qual, nesta situação, a contratação de parentes se afigura, *a priori*, inadequada.

Há de se ressaltar também a duvidosa legalidade da subcláusula proposta pelos ilustres Advogados da União da Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais, que atribui à equipe de servidores, responsável por conduzir a licitação, poder discricionário de, já na fase aberta do procedimento, permitir ou proibir a participação de cidadão ou sua empresa no certame, sem qualquer previsão legal ou critério exato e

questão a ser decidida. De outro lado, cada decisão condiciona o seguimento do processo licitatório. Assim, quando se define o objeto a ser licitado, está se condicionando o conteúdo do edital. O conteúdo do edital restringe as possibilidades dos concorrentes e delimita as propostas que serão apreciadas etc. Daí aludir-se ao princípio da vinculação ao edital, para indicar o exaurimento da competência discricionária. Ao produzir e divulgar o ato convocatório, a Administração exercita juízos de conveniência e oportunidade sobre o objeto a ser contratado, os requisitos de participação, os critérios de seleção do vencedor. Se a Administração identificar, posteriormente, algum defeito na sua atuação anterior, ser-lhe-á assegurada a faculdade de rever o edital – mais isso importará a invalidação do certame e a renovação da competição. No curso de uma licitação, é vedado alterar os critérios e as exigências fixadas no ato convocatório. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. d. São Paulo: Dialética, 2005. p.47)

objetivo para tal, fundando tal poder apenas nos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade.

Segundo Marçal Justen Filho¹⁷, quando “se define o objeto a ser licitado, está se condicionando o conteúdo do edital”. Para o autor, “o conteúdo do edital restringe as possibilidades dos concorrentes e delimita as propostas que serão apreciadas”, razão pela qual alude-se “ao princípio da vinculação ao edital, para indicar o exaurimento da competência discricionária” do administrador público.

Face à sua relevância para o ordenamento jurídico, os princípios devem servir de norte ao assessor jurídico responsável pela análise do instrumento convocatório, no momento de avaliar a adequação das cláusulas propostas pelo Administrador Público. Todavia, face à sua vagueza e amplitude, não devem os princípios, por si só, servirem como critério para que a comissão de licitações, normalmente formadas por servidores leigos em direito, tomem suas decisões sem sequer verificar circunstância caracterizadora de violação ao princípio que fundamenta o ato a ser praticado.

Ao exercer seu poder discricionário, na fase interna da licitação, o gestor deve firmar critérios objetivos de julgamento, mas não deve atribuir, por mero ato de vontade sem fundamento legal expresso, um novo poder discricionário à administração, a ser aplicado no transcorrer do processo, ainda mais quando sem limites objetivos de aplicação, sob pena de viabilizar uma atuação arbitrária da Administração.

3 DA NECESSIDADE DE GARANTIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DA ISONOMIA, DA LEGALIDADE E DA LIBERDADE DE INICIATIVA

Considerando-se que, como já esclarecido, o procedimento licitatório, em sua fase aberta, não dá ao gestor margem de discricionariade para escolher o licitante a ser contratado, e que mesmo as escolhas discricionárias feitas quando da elaboração do Edital devem observar os princípios gerais que regem a Administração Pública, bem como os princípios licitatórios, visando sempre a obtenção da melhor contratação, não há como se beneficiar quem quer que seja sem que se promova um indevido direcionamento do resultado da licitação, que resulta numa ilegalidade, e até em possível crime, tipificados no art. 90 da lei nº 8666/93:

17 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 47.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Em razão do princípio da presunção de inocência insculpido no art. 5º, LVII da Constituição, a má-fé, o conluio, ou qualquer outro estratagem ilícito não se presumem, devendo ser comprovados pela Administração.

Ademais, ainda que não estivéssemos falando duma situação cuja verificação configurar-se-ia como fato típico criminoso, apesar da literalidade do texto do art. 5º, LVII da Constituição referir-se apenas ao processo penal, tal princípio tem maior amplitude, alcançando também o processo administrativo, conforme já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no RMS 13546/MA¹⁸.

Desta forma, a inserção de cláusula anti-nepotismo, à medida que visa prevenir a prática de um ato ilegal e criminoso, pelo risco potencial de prática de conduta que favoreça ilicitamente os parentes dos servidores responsáveis pelo certame, acaba padecendo do vício de

18 RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXCLUSÃO DE CANDIDATO, EM VIRTUDE DE AÇÃO PENAL CONTRA ELE INSTAURADA. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ART. 5.º, INC. LVII, DA CF/88.

1. O Supremo Tribunal Federal formou compreensão segundo a qual: "Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5.º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória". (AgRg no RE 559.135/DF, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 12/6/2008)

2. Seguindo a mesma linha de raciocínio, em acórdão relatado pela em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura nos autos do Recurso em Mandado de Segurança n.º 11.396/PR (DJe 3/12/2007), asseverou este Superior Tribunal de Justiça que: "Por força do disposto no artigo 5.º, inc. LVII, da CR/1988, que não limita a aplicação do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade ao âmbito exclusivamente penal, também na esfera administrativa deve ser referido princípio observado".

3. Desse modo, incorre em manifesta inconstitucionalidade o ato que, por motivos de inidoneidade moral lastreados na existência de ação penal, afastou o impetrante do concurso de que participava, impedindo-o de prosseguir nas etapas restantes.

4. Registre-se, por necessário, que, no caso específico dos autos, subsiste nos autos a comprovação de que a referida ação penal foi julgada, tendo o juízo criminal proclamado a absolvição do impetrante, sem qualquer insurgência recursal do Ministério Público.

5. Sendo assim, como bem pontuou o em. Ministro Marco Aurélio de Mello, ao relatar o Recurso Extraordinário n.º 194.872-8/RS (DJ 02.02.01), "Vê-se, portanto, o quanto é sábia a cláusula constitucional que reflete a presunção do ordinário, ou seja, da ausência de culpa".

6. Recurso em mandado de segurança a que se dá provimento, para conceder a ordem e, nessa medida, garantir ao impetrante a participação nas restantes etapas do concurso público a que se submeteu, devendo a Administração providenciar os atos necessários a esse propósito. (RMS 13546/MA)

inconstitucionalidade, à medida que resulta numa presunção absoluta de má-fé e de culpa daqueles impedidos de participar do certame.

Além disso, há também uma violação às avessas do princípio da isonomia, pois, tratando a licitação de um processo visando a escolha objetiva da melhor proposta, o ato de proibir a participação de quem quer que seja por conta de situação pessoal inafastável, deixa tal cidadão cujo direito foi restringido em desvantagem em relação aos demais interessados na licitação.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹:

63. O princípio da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração firma a tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade.

Com efeito, sendo encarregada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa.

Não sendo o interesse público algo sobre que a Administração dispõe a seu talante, mas pelo contrário, bem de todos e de cada um, já consagrado pelos mandamentos legais que o erigiram à categoria de interesse desta classe, impõe-se, como consequência, o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico que deve o Poder Público dispensar a todos os administrados.

Uma vez que os interesses que lhe incumbe prosseguir são pertinentes à Sociedade como um todo, quaisquer atos que os órgãos administrativos pratiquem devem, necessariamente, refletir, na medida do possível, a igualdade de oportunidades para todos os administrados. “Todos são iguais perante a lei[...]”, proclamam habitualmente as Constituições. A *fortiori* todos são iguais perante a Administração e seus atos, uma vez que esta nada mais faz senão agir na conformidade das leis.

64. Vários institutos de Direito Administrativo refletem claramente a importância deste princípio. Aplicação dele encontra-

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 71-72.

se, por exemplo, nos institutos da licitação e do provimento de cargo público mediante concurso.

A Administração direta ou indireta não pode distribuir como benesses as vantagens econômicas dos negócios em que tenha de intervir ou os cargos e empregos em seus vários órgãos. Justamente porque nenhum destes bens tem o cunho de propriedade particular utilizável ao alvedrio do titular, a Administração, que gere negócios de terceiros, da coletividade, é compelida a dispensar tratamento competitivo e equitativo a todo administrado.

A exigência de licitação para a realização de negócios com os particulares não traduz apenas o desejo estatal de obter o melhor produto ou serviço com menores ônus. Implica, também, a obrigação de oferecer aos particulares, que se dispõem a fornecer o bem ou o serviço, a oportunidade de disputar em igualdade de condições. Assim, o instituto da licitação não tem em mira, apenas, os cômodos do Estado, mas também, encarece interesses dos particulares em face dele.

Desta forma, se os demais licitantes têm o direito de serem tratados de forma isonômica em relação aos parentes dos servidores dos órgãos licitantes, de forma que não estes não tenham qualquer tipo de privilégio, a recíproca é verdadeira, de modo que tais parentes também têm o direito de não sofrer qualquer tipo de restrição ao seu direito de participar numa licitação, que é um instrumento criado exatamente para garantir a igualdade de oportunidades dentro os interessados em contratar com a Administração.

A limitação de direito do cidadão sem previsão legal expressa viola também o princípio da legalidade, garantia fundamental estabelecida no art. 5º, II da Constituição da República, segundo a qual, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

O princípio da legalidade é um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito. Segundo lição de Hely Lopes Meirelles²⁰:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1994. p.83.

ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Melo²¹, “somente a lei cria, modifica e extingue direitos e obrigações ou estabelece restrições a igualdade, a liberdade e a propriedade ou alteração no estado das pessoas.”

A inclusão de cláusula anti-nepotismo em Editais de licitação, como regra geral e abstrata a ser aplicada independentemente das peculiaridades do caso, resultaria na criação de regra geral de licitação pelo administrador público, sendo que, conforme art. 22, XXVII²² da Constituição Federal, tal tarefa é constitucionalmente delegada ao poder legislativo, mediante a criação de lei.

Uadi Lamêgo Bulos²³ sintetiza bem as ideias aqui invocadas:

O art.9º, da Lei 8.666/1993 lista, taxativamente, o rol de hipóteses, com base numa ordem *numerus clausus*, pelas quais pessoas físicas ou jurídicas encontram-se impedidas de participarem, direta ou indiretamente, de licitações, nos termos ali previstos. Neste particular, só o Poder Legislativo, e mais ninguém, poderá regular a matéria, sob pena de ofensa direta ao disposto no art.22, XXVII, do Texto Magno. Assim, presentes os pressupostos lógico – pluralidade de objetos e de ofertantes; jurídico – atendimento ao interesse público; e fático – presença de vários interessados em disputar o certame, nada poderá invalidar, do ponto de vista jurídico, a licitude e a legitimidade do certame licitatório. O contrário disso seria empreender interpretação inconstitucional de leis constitucionais.

Certamente, o mero parentesco não se afigura argumento idôneo para se firmar a presunção de que a moralidade, a impessoalidade, a isonomia etc., foram, necessariamente, malsinadas.

21 Citação extraída da Ementa do Acórdão do TRF proferido na AMS 8901090554 (DJ 15/10/1990) que, por sua vez, cita a seguinte fonte: BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. v.1. 2. ed. São Paulo: Forense, 1979. p.360.

22 CR/88 - Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

23 BULOS, Uadi Lammêgo. Licitação em caso de parentesco. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1855, 30 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11555/licitacao-em-caso-de-parentesco>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

Neste mesmo sentido, ensina Carlos Pinto Coelho Motta²⁴:

Os impedimentos à participação na licitação acham-se delineados nos arts. 9º e 33, IV, da Lei 8.666/93; no art. 19, IV, da Lei 8.987/95; e no art. 31 da Lei 9.704/95. Não podem ser estendidos ou alterados.

O direito a participar de licitação não pode ser restringido por regra editalícia, pois o instrumento convocatório não cria, e tampouco inova, no mundo jurídico. Tais atribuições só se deferem à lei. [...]

As vedações previstas no art. 9º da Lei nº 8.666/93 tem o claro intuito de preservar os princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade. Nas situações ali previstas, o legislador traz uma presunção absoluta de que a participação das pessoas ali arroladas em procedimentos licitatórios viola aos princípios em questão.

Observe-se que nossa Corte de contas, desde há muito tempo, como se pode ver, por exemplo, em sua Decisão nº 877/1998 – Plenário²⁵, também tem entendido que o vínculo de parentesco com servidores do órgão não criaria um impedimento apriorístico à participação em licitação, conforme se subsume do seguinte trecho do referido julgado:

24 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficiência nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Ry, 2005. p. 141.

25 Decisão nº 877/1998 – Plenário – TCU:

Classificação de empresa pertencente à irmã do prefeito municipal “Quanto à classificação da empresa Comercial de Alimentos Lumari Ltda., parece-nos não haver restrições na Lei nº 8.666/93. Cabe observar que a restrição contida no § 3º do art. 9º da citada norma, considera 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 e obras, incluindo-se os bens e serviços a estes necessários’ (grifo nosso). O referido dispositivo legal acha-se inserido na Seção III da Lei nº 8.666/93, cujo título é ‘Das Obras e Serviços’.

Cabe destacar, ainda, que o próprio texto da lei delimita a restrição aos vínculos existentes entre, de um lado, o autor do projeto, deixando claro aplicar-se a obras e serviços, e de outro lado ‘o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os bens e serviços a estes necessários’.

Não se pretende aqui olvidar os riscos potenciais que laços familiares existentes entre fornecedores de bens e responsáveis na Administração podem representar à lisura de um procedimento licitatório. Contudo, não se pode, aprioristicamente, declarar imoral ou ilegal a existência desta relação.

O que se deseja é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, respeitadas as exigências do edital. Caso o legislador tivesse a intenção de, genericamente, impedir parentes de participarem de fornecimento de bens à Administração, isto estaria claramente explicitado em lei. Em não o fazendo, o legislador igualou o familiar de responsável a outro licitante qualquer. Portanto, os esforços no sentido de se impedir favorecimentos, decorrentes das relações de parentesco entre fornecedores de bens e responsáveis na Administração, estão restritos à análise do caso concreto.”

Não se pretende aqui olvidar os riscos potenciais que laços familiares existentes entre fornecedores de bens e responsáveis na Administração podem representar à lisura de um procedimento licitatório. Contudo, não se pode, aprioristicamente, declarar imoral ou ilegal a existência desta relação.

Em decisão mais recente, *in casu*, o Acórdão nº 2575/2009 – Plenário TCU, o Tribunal foi enfático ao sustentar a taxatividade do art. 9º da Lei nº 8.666/93 e a violação ao princípio da legalidade ao se restringir abstratamente a participação em licitação de familiares de servidores do órgão licitante:

2.1. DA INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS COM SÓCIOS QUE TENHAM VÍNCULOS SUBJETIVOS

O art. 3º, § 1º, I, da Lei 8666/93, veda que se estabeleçam nas licitações preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. Pois bem!

Desde quando vínculo subjetivo entre sócios de empresas diferentes é relevante para a contratação com a Administração Pública? O que importa é o cumprimento do contrato e em condições vantajosas para a administração.

Por outro lado o art. 5º, XIII, da CF/88 assegura a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Então, não se pode impedir que pessoas, mesmo com “vínculos subjetivos”, formem empresas distintas e estatui o art. 9º da Lei nº 8.666/93 as seguintes vedações que são taxativas:

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.

Como se vê, não se enquadra a empresa, ora defendente, em qualquer das hipóteses previstas no dispositivo legal acima, motivo pelo qual é inquestionavelmente regular sua participação nos certames.

Julgar de modo diverso importaria ferir explicitamente o consagrado inciso II do art. 5º da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

Art. 5º, [...] II - “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”. [...]

As vedações existentes são as expressamente contidas na lei, voltadas unicamente e exclusivamente aos agentes administrativos, como forma de preservar a eleição dos contratados. (M. SEABRA FAGUNDES apud MARÇAL JUSTEN FILHO, in: Curso de Direito Administrativo, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 319).

O dispositivo deve ser objeto de interpretação estrita, eis que se trata de norma limitadora de direitos e disciplinadora de atividades.

Por fim, a Defendente demonstrou reunir os requisitos mínimos para integrar os certames licitatórios. São os seguintes, na lição de HELY LOPES MEIRELES: capacidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade fiscal e regularidade trabalhista. (Direito Administrativo Brasileiro. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 293).

Conforme se vê no Acórdão acima, o direito do cidadão de participar em licitações, além de insculpido no art. 5º, II da Magna Carta, decorre também dos princípios econômicos da livre iniciativa e livre concorrência. Em lição de José Afonso da Silva²⁶, a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio e a liberdade de contrato.

Assim, pode o cidadão contratar com qualquer um, e qualquer restrição a tal liberdade precisa ser expressamente prevista na lei,

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 710.

considerando-se como tal as normas primárias constantes do art. 59 da Constituição Brasileira, conforme prevê o parágrafo único do art. 170²⁷ da Constituição, que também erigiu a livre iniciativa a princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

4 A DENSIDADE NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Não há controvérsia quanto ao fato de que interpretação e aplicação das leis deve levar em conta os princípios que embasam e orientam o ordenamento jurídico, usualmente consagrados em normas constitucionais, tais como o princípio da moralidade. Além disso, os princípios não se limitam a orientar a interpretação da lei ou suplementá-la em pontos omissos, tendo força de autênticas normas jurídicas, que não necessitam ser “densificadas” sob a forma de lei para adquirir normatividade.

Entretanto, para os defensores da cláusula anti-nepotismo, por constituírem autênticos pontos cardeais do ordenamento jurídico, em torno dos quais gravitam todas as demais normas, os princípios constitucionais devem se postar acima das regras jurídicas ordinárias, sendo-lhes garantida uma eficácia máxima, a ponto de possibilitar a criação da cláusula editalícia proposta, mesmo que inexista dispositivo legal que a ampare de forma clara e expressa.

Todavia, vejamos as lições de Walter Claudius Rothemburg, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos acerca dos princípios:

Os princípios são dotados de vagueza, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico. Trata-se da expressão de valores principais de uma concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de

27 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam determináveis em concreto.²⁸

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003, p.150) apresentam três critérios para distinguir princípios de regras: 1) conteúdo; 2) a estrutura normativa; 3) as particularidades da aplicação. Quanto ao conteúdo, os princípios têm por objeto valores ou fins, enquanto as regras descrevem uma conduta. No que toca à estrutura normativa, os princípios não descrevem condutas, cabendo ao intérprete estabelecer quais ações devem ser tomadas, enquanto as regras já trazem os atos a serem praticados diante de um fato preestabelecido. Os princípios são aplicados através da ponderação diante de um caso concreto, enquanto as regras se aplicam sob a forma do tudo ou nada, mediante subsunção.²⁹

Como se pode ver, há de se considerar que os princípios têm alta abstração e baixa densidade normativa, enquanto que as regras têm baixa abstração e alta densidade normativa, além do fato de que princípios podem ainda conflitar entre si, fazendo com que a criação de cláusula anti-nepotismo em Edital, de forma geral e abstrata, buscando privilegiar os princípios da moralidade e impessoalidade, acabam resultando na violação aos princípios da legalidade, da isonomia, da presunção de inocência e da livre iniciativa, conforme já verificamos no tópico anterior.

Lucas Rocha Furtado, no mesmo Acórdão nº 1170/2010³⁰ do Plenário do TCU, usado em defesa da cláusula anti-nepotismo, ao analisar situação envolvendo relação de parentesco entre dirigente

28 ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 17/18.

29 FAZOLI, Carlos Eduardo Freitas. *Princípios Jurídicos*. *Revista Uniara* nº20. 2007. p.21. Disponível em: <http://www.uniara.com.br/revistauniara/pdf/20/RevUniara20_03.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2012.

30 Acórdão nº 1170/2010 – TCU – Plenário:

“3. Na sessão Plenária de 7/4/2010, coloquei o presente processo em julgamento, sendo adiada sua discussão em face do pedido de vista formulado pelo Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado. Conforme parecer transcrito abaixo, o representante do Parquet especializado manifestou sua concordância com a análise empreendida pela Secretaria de Recursos, propondo a negativa de provimento ao pedido de reexame, verbis: “Formulei pedido de vista, com espeque no art. 112 do Regimento Interno do TCU, a fim de melhor examinar os elementos ressaltados por V. Ex.” acerca de matéria posta em julgamento, na Sessão de 07.04.2010, tratando de questão jurídica que me pareceu merecer análise um pouco mais detida por parte deste Órgão Ministerial. Refiro-me, especificamente, à discussão sobre a juridicidade de procedimento licitatório do qual se sagra vencedor consórcio cujo sócio de uma das empresas consorciadas tem relação de parentesco com dirigente do órgão público responsável pelo certame.

Conforme se verifica dos autos, o Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, diretor de infra-estrutura ferroviária do DNIT, tem como enteado (parente por afinidade em linha reta de 1º grau) o Sr. Evandro Klauss Torres Brígido, sócio da empresa Consulfer, integrante do consórcio vencedor da licitação.

do órgão licitante e sócio da empresa vencedora da licitação, tem entendimento neste mesmo sentido, ao afirmar que o “simples laço de parentesco entre o dirigente do órgão responsável pela licitação e o sócio da licitante vencedora não é suficiente para infirmar o certame” e que “a dita densidade normativa dos princípios não é capaz de criar proibições quando, em abstrato, não se pode dizer que há significativa probabilidade de violação ao valor protegido pelo preceito”.

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

Para responder tal questionamento, transcrevo trecho do brilhante artigo do Juiz Federal George Marmelstein Lima³¹:

Surge, em razão dessa impossibilidade de se aplicar os critérios clássicos para resolver antinomias, no caso de conflito entre princípios, uma tormentosa questão: quid iuris no caso de uma colisão de princípio constitucionais, já que eles possuem a mesma hierarquia normativa e, portanto, devem ser igualmente obedecidos? Escolhe-se o axiologicamente mais importante, afastando integralmente a aplicação do outro? A nosso ver, não é essa, a priori, a melhor solução. Afinal, quem irá determinar qual o princípio “axiologicamente mais importante”? Para o fazendeiro, dono da terra, o princípio mais

Muito embora a análise da questão envolva a interpretação do art. 9º, inciso III, § 3º da Lei nº 8.666/93, infere-se que o acórdão recorrido fundou-se basicamente em argumentos de ordem principiológica para afirmar a invalidade da licitação, e, por conseguinte, o contrato dela derivado, ao argumento de que as irregularidades importaram em inobservância dos princípios da isonomia, legalidade, moralidade e impessoalidade, indicados no art. 37, “caput”, da Constituição Federal.

Manifesto minha concordância com a análise empreendida pela Secretaria de Recursos. Nada obstante, penso oportuno tecer breves considerações adicionais apenas no sentido de reforçar a proposta a que ora anuo.

De início, anoto que o simples laço de parentesco entre o dirigente do órgão responsável pela licitação e o sócio da licitante vencedora não é suficiente para infirmar o certame. Por mais que se pretenda dar efetividade aos princípios estatuidos no artigo 37, “caput”, da Constituição, não vejo como deduzir da generalidade insita aos princípios impedimento ao interessado, na hipótese que ora se coloca, de participar da licitação, pois o vínculo parental pode não representar ameaça ao bem jurídico que a moralidade tenciona proteger.

Digo isso porque se o agente público desempenha suas atribuições em unidade ou setor distinto daquele incumbido de realizar o procedimento licitatório, ainda que no mesmo órgão, como no caso, por exemplo, de um motorista, não seria razoável admitir, só com supedâneo na relação familiar, ofensa à lisura e à competitividade do certame que impeça, sem proibição legal expressa, o irmão do citado servidor de participar da licitação. Daí resulta que a dita densidade normativa dos princípios não é capaz de criar proibições quando, em abstrato, não se pode dizer que há significativa probabilidade de violação ao valor protegido pelo preceito.”

31 LIMA, George Marmelstein. *A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais*. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=45 >. Acesso em: 14 nov. 2012.

importante certamente será o da propriedade; para o “sem-terra”, o da função social da propriedade.

Duas soluções foram desenvolvidas pela doutrina (estrangeira, diga-se de passagem) e vêm sendo comumente utilizada pelos Tribunais. A primeira é a da concordância prática (Hesse); a segunda, a da dimensão de peso ou importância (Dworkin). A par dessas duas soluções, aparece, em qualquer situação, o princípio da proporcionalidade como “meta-princípio”, isto é, como “princípio dos princípios”, visando, da melhor forma, preservar os princípios constitucionais em jogo. O próprio HESSE entende que a concordância prática é uma projeção do princípio da proporcionalidade.

A nosso ver, essas duas soluções (concordância prática e dimensão de peso e importância) podem e devem ser aplicadas sucessivamente, sempre tendo o princípio da proporcionalidade como “parâmetro”: primeiro, aplica-se a concordância prática ; em seguida, não sendo possível a concordância, dimensiona-se o peso e importância dos princípios em jogo, sacrificando, o mínimo possível, o princípio de “menor peso”. [...] no nosso entendimento, a ponderação de valores, pela carga axiológica mesma inserta nessa atividade, faz com que a decisão do caso concreto dependa sobremaneira da postura ideológica do hermeneuta: é uma “solução de compromisso”. [...] Como diria LOUIS VEUILLOT, publicista do século passado: “quando eu sou o mais fraco eu vos peço liberdade porque tal é o vosso princípio; mas quando eu sou o mais forte, eu vos nego esta liberdade porque tal é o meu”³².

Portanto, somente diante do caso concreto será possível resolver o problema da aparente colisão de princípios, através de um ponderação (objetiva e subjetiva) de valores, pois, ao contrário do que ocorre

³² Até Kelsen, no auge da neutralidade ultra-ideológica contida na sua Teoria Pura do Direito, reconhece que o direito positivo oferece apenas um moldura na qual encontram-se inseridas várias possibilidades de aplicação: “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. [...] Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo” (KELSEN, *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 1995. p. 390).

com a antinomia de regras, não há, a priori, critérios formais (meta-normas) e *standards* preestabelecidos para resolvê-lo.

O intérprete, no caso concreto, através de uma análise necessariamente tópica, terá que verificar, seguindo critérios objetivos e subjetivos³³, qual o valor que o ordenamento, em seu conjunto, deseja preservar naquela situação, sempre buscando conciliar os dois princípios em colisão. É a busca da composição dos princípios.

Nesse caso, a legitimidade da interpretação apenas será preservada na medida em que, em cada caso, informada pelo critério da proporcionalidade, essa composição seja operada³⁴. Ou seja, “a especificidade, conteúdo, extensão e alcance próprios de cada princípio não exigem nem admitem o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, antes reclamam a harmonização dos mesmos, de modo a obter-se a máxima efectividade de todos eles”, conforme a lição de CANOTILHO.

Podemos citar ainda, dentro desta mesma lógica, o magistério de Carlos Ari Sundfeld³⁵:

“Os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão um sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. A enunciação dos princípios de um sistema tem a utilidade de ajudar o ato de conhecimento do sistema jurídico que o ordenam e possuem caráter normativo, pois são usados para resolverem casos concretos.”

33 Nesse sentido, BARROSO: “A impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível. A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos. E é bom que seja assim. A objetividade traçará os parâmetros de atuação do intérprete e permitirá aferir o acerto de sua decisão à luz das possibilidades exegéticas do texto, das regras de interpretação (que o confinam a um espaço que, normalmente, não vai além da literalidade, da história, do sistema e da finalidade da norma) e do conteúdo dos princípios e conceitos de que não se pode afastar. A subjetividade traduzir-se-á na sensibilidade do intérprete, que humanizará a norma para afeiçoá-la à realidade, e permitirá que ele busque a solução justa, dentre as alternativas que o ordenamento lhe abriu. A objetividade máxima que se pode perseguir na interpretação jurídica e constitucional é a de estabelecer os balizamentos dentro dos quais o aplicador da lei exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2. ed. Saraiva, São Paulo, 1998. p. 256).

34 GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo*. Malheiros, São Paulo, 1995. p. 17.

35 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p 176.

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

Lei nº 9.784/99:

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

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

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

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

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

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

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

Neste ponto, destaco importante trecho referente à análise do recurso contra o Acórdão 2.105/2008 - TCU – Plenário, transcrito no Acórdão N° 1170/2010 – TCU – Plenário, que demonstra que aquele tribunal não busca estabelecer norma editalícia geral e abstrata vedando a participação de parentes de servidores em licitações, ou mesmo de dar-se interpretação extensiva ao art. 9º da Lei 8.666/93, mas sim aplicar o princípio da moralidade diretamente ao caso concreto. Vejamos:

Acórdão n° 1170/2010 – TCU – Plenário

III. ANÁLISE DO RECURSO

3.1. Argumentos [...]

10. O próprio TCU e outros tribunais já decidiram que o rol de impedimentos do art. 9º da Lei 8.666/1993 é taxativo. Normas restritivas de direitos devem ser interpretadas restritivamente.

[...]

14. O acórdão considera que os relacionamentos pessoais apontados constituem por si só ofensa aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade. Mas princípios não são violados em abstrato, mas sim por fatos concretos incompatíveis com seu conteúdo. Assim, é preciso demonstrar algum fato real que tenha importado em privilégio para o recorrente. O raciocínio adotado no acórdão engendra subjetividade e relativismo incompatíveis com o Estado de Direito.

15. Não cabe aos tribunais estabelecer norma geral e abstrata sobre o assunto, pois esta é matéria de competência do Legislativo, que não foi omissa. O rol de impedimentos previsto no art. 9º da Lei 8.666/1993 não pode ser expandido.

[...]

3.2. Análise [...]

26. De certo modo, o recorrente tem razão ao defender que *o Tribunal não pode estabelecer norma geral e abstrata sobre o assunto, acrescentando hipóteses àquelas previstas em lei. O problema é que não é disso que se trata. A deliberação recorrida não aplicou a Lei de Licitações de modo extensivo,*

aplicou, sim, princípios constitucionais, diretamente, sem a mediação da norma legal. (grifo nosso)

Como se pode ver, o momento adequado para aplicação dos princípios é concomitante ou posterior à prática dos atos licitatórios, quando se poderá, diante do caso concreto, verificar se há indícios mínimos que demonstrem se a relação de parentesco influenciou ou não no resultado do certame.

5 ANÁLISE DO DECRETO Nº 7.203/2010

O Presidente da República, considerando o teor da Súmula Vinculante nº 13 do STF, editada em agosto de 2008, visando regulamentar a questão do nepotismo no âmbito da Administração Pública Federal, editou em 4 de junho de 2010 o Decreto nº 7.203³⁶, de forma a orientar a atuação de seus subordinados.

Em detida análise de tal norma, verifica-se que em seus artigos 3º e 7º, limita a contratação de parentes apenas em casos em que o responsável pelo ato tem poder suficiente para escolher e nomear ou contratar seu parente, ou solicitar que alguém o faça, como nos caso

36 Decreto nº 7.203, de 4 de junho de 2010:

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:

I - cargo em comissão ou função de confiança;

II - atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público, salvo quando a contratação tiver sido precedida de regular processo seletivo; e

III - estágio, salvo se a contratação for precedida de processo seletivo que assegure o princípio da isonomia entre os concorrentes.

§1º Aplicam-se as vedações deste Decreto também quando existirem circunstâncias caracterizadoras de ajuste para burlar as restrições ao nepotismo, especialmente mediante nomeações ou designações recíprocas, envolvendo órgão ou entidade da administração pública federal.

§2º As vedações deste artigo estendem-se aos familiares do Presidente e do Vice-Presidente da República e, nesta hipótese, abrangem todo o Poder Executivo Federal.

§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. [...]

Art. 7º Os editais de licitação para a contratação de empresa prestadora de serviço terceirizado, assim como os convênios e instrumentos equivalentes para contratação de entidade que desenvolva projeto no âmbito de órgão ou entidade da administração pública federal, deverão estabelecer vedação de que familiar de agente público preste serviços no órgão ou entidade em que este exerça cargo em comissão ou função de confiança.

das nomeações ou designações recíprocas, a que se refere o §1º do Decreto.

Nesta linha, a indicação de familiares é vedada em caso de nomeação para ocupar cargos em comissão, função de confiança, contratação para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, contratação de estagiário, contratação de empregados por empresas de terceirização que prestam serviço à Administração.

Observo que o disposto nos incisos II e III do art. 3º do Decreto deixa clara a intenção de não proibir a contratação de parentes quando há possibilidade de competição pela vaga, através de processo objetivo de seleção, à medida que tais incisos ressalvam expressamente a vedação à contratação de parentes quando a contratação for “precedida de processo seletivo” de forma a assegurar a isonomia entre os concorrentes, lembrando que, como já salientado, tanto o cidadão comum quanto aquele que tenha alguma relação de parentesco com servidor do órgão devem ter respeitados o seu direito a um tratamento isonômico.

Relativamente ao disposto no art. 7º, Juliana Almeida Ribeiro³⁷, ao tratar do tema, faz as seguintes observações:

Quanto à questão específica da terceirização de serviços, tem-se que o art. 7º do normativo prevê a necessidade de os editais de licitação para contratação de empresa terceirizada vedarem expressamente que “*familiar de agente público preste serviços no órgão ou entidade em que este exerça cargo em comissão ou função de confiança*”.

Note-se que a Lei não veda a participação nas licitações de empresas que possuam funcionários parentes de servidores públicos, até porque seria inviável tal proibição. O que a lei veda é que o familiar de agente público preste serviços no órgão ou entidade em que o servidor exerça cargo em comissão ou função de confiança, o que evita favoritismo e tratamento diferenciado ao empregado terceirizado parente do agente público.

Como visto, o nepotismo se manifesta com o favorecimento dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho ou emprego, o que poderia levar, eventualmente, à substituição de uma avaliação

37 RIBEIRO, Juliana Almeida. O nepotismo e a terceirização de serviços na administração pública. Aspectos polêmicos do Decreto nº 7.203/2010. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2812, 14 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18657>>. Acesso em: 30 out. 2012.

isonômica do serviço prestado pela valorização dos laços de parentesco.

Ou seja, colocar uma pessoa para prestar serviço terceirizado em órgão com agente público que seja seu familiar, e que ainda exerça cargo em comissão ou função de confiança, pode levar ao estabelecimento de privilégios em função do parentesco, desconsiderando-se a capacidade técnica da pessoa, pelo que, optou a nova legislação em vedar tais situações passíveis de favorecimento.

Também é vedado o nepotismo em caso de contratações diretas por dispensa ou inexigibilidade, conforme verificado no §3º do art. 3º do Decreto. Tal vedação se justificaria pelo fato de que, em tal situação, embora o gestor necessite seguir um rito processual, fazer pesquisa de mercado e zelar pela busca do melhor preço possível, há enorme possibilidade de direcionamento da contratação, violando-se o princípio da moralidade, diferentemente do que ocorre num processo licitatório. Isso porque a contratação direta, face à maior discricionariedade do gestor em sua atuação, podendo, por exemplo, escolher as empresas junto às quais irá fazer pesquisa de mercado, visando beneficiar a empresa de seu parente, guarda maior semelhança com as demais hipóteses objeto de vedação pelo Decreto do que com o procedimento licitatório.

Importante salientar que, ao prever a vedação aos casos de contratação direta, o Presidente da República deixou claro no §3º do artigo 3º que somente incide a vedação em caso de contrato firmado “sem licitação”, ou seja, não há que se falar em vedação à participação de parentes nos casos em que a contratação for precedida de procedimento licitatório, mesmo quando tratar-se da modalidade carta-convite.

Isso porque, conforme ensina Carlos Maximiliano³⁸, “não se presumem, na lei, palavras inúteis”, segundo princípio basilar da hermenêutica clássica. A meu ver, não seria sequer necessária a inclusão do termo “sem licitação” no referido §3º, posto que a contratação direta a que faz menção a norma, é termo jurídico específico que denota a desnecessidade de licitação. Contudo, a meu ver, tal termo foi utilizado para ressaltar a inaplicabilidade da regra às licitações, ainda que através de interpretação a contrario sensu, posto que interpretar o dispositivo de forma diversa equivaleria a negar utilidade à expressão ali inserida.

38 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. p. 262.

Desta forma, a previsão de cláusula anti-nepotismo nos editais de licitações promovidas pela Administração Pública Federal, além de não encontrar amparo legal em qualquer lei, ainda viola determinação do Presidente da República, fixada através do Decreto nº 7.203 de 2010.

6 ANÁLISE DOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Embora já tenhamos analisado alguns julgados do Tribunal de Contas da União ao longo deste trabalho, torna-se relevante a análise dos principais Acórdãos do Tribunal de Contas apresentados nos pareceres da Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais, como fundamento jurídico da cláusula anti-nepotismo, para que não reste dúvidas quanto à adequação ou não do objeto do presente estudo.

Primeiramente, passemos à análise dos Acórdãos 284/2003, 2922/2010, 607/2011, todos do Plenário do Tribunal de Contas da União, que tem como característica comum o fato de envolver análise de licitação na modalidade convite. Conforme prevê o art. 22, § 3º da Lei nº 8.666/93, convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa. Em tal modalidade, não há publicação de edital, mas apenas a remessa de convite a um mínimo de três empresas do ramo, discricionariamente escolhidas pela Administração, e a afixação da carta-convite em local visível da repartição, para que eventuais interessados possam manifestar interesse em participar do certame.

Diante de tais características, destacando-se o poder discricionário dado ao Administrador, como já mencionado, há enorme possibilidade de direcionamento do resultado da licitação. Muito comum, por exemplo, a contratação com número de habilitados inferior a três, embora o TCU tenha jurisprudência pacífica quanto à ilegalidade de tal modalidade licitatória quando não houver um mínimo de três empresas habilitadas, não bastando que haja apenas três convidadas.

Analisando cada um dos Acórdãos envolvendo análise de licitações por convite, apontados como base de sustentação à tese da viabilidade da cláusula anti-nepotismo, nos deparamos com inúmeras irregularidades identificadas pelo Tribunal de Contas da União.

O Acórdão 284/2003-Plenário³⁹ aponta várias medidas em desacordo às regras previstas no convite e na Lei Geral de Licitações, tais como a emissão de número restrito e direcionado de convites, dentre uma enorme gama de possibilidades de empresas passíveis de serem chamadas a participar do certame, que resultou num número de habilitados inferior ao mínimo exigido pelo tribunal. Todavia, não proibiu a participação de pessoas com relações de parentesco com servidores, recomendando apenas que o órgão se abstinhasse de convidar tais pessoas e suas empresas.

O Acórdão 2922/2010-Plenário⁴⁰ apontou claro direcionamento, pelo fato de apenas empresas de parentes do então prefeito terem sido convidadas, e da enorme semelhança entre as propostas, comprovando-se conluio entre as convidadas.

Por fim, no caso mais recente dentre os ora analisados, envolvendo licitação na modalidade convite, através de seu Acórdão

39 Acórdão 284/2003 – Plenário: 6.3.2.a respeito do Projeto CORE-Empreendedor: [...] j) a Lei 8.666/93 não diz, explicitamente, em lugar algum, que não se pode vedar a participação de parentes em processos licitatórios. No art. 3º, apregoa os princípios da moralidade e da impessoalidade que não foram observados pelo CORE/RS. Se o certame tivesse sido realizado dentro do rito legal, com ampla divulgação e emissão de convites a várias empresas, até se poderia admitir que a empresa do irmão do Presidente participasse do certame. Contudo, foram convidadas somente três empresas, inclusive a “Gerente Impressos” que não é da capital, mas de Canoas/RS. Dessas apenas duas apresentaram propostas, obviamente, com os mesmos preços que são tabelados, fato que a administração não desconhecia. Não foi observado o critério legal de desempate - sorteio. No edital há duas datas diferentes para apresentação das propostas, que foram entregues e rubricados no dia 04/04/2000 (An. I, fls. 221-verso e 222), mas a Ata da reunião realizada em 10/04/2000 (An. I, fl. 217) afirma que “serão rubricados pelos presentes”, sendo fortíssimos os indícios de que a licitação é forjada. Foi inventada uma fase de “apreciação cadastral” posterior a proposta de preços, não prevista no edital e muito menos em lei. Foi descumprido o art. 3º da Lei 8.666/93, não tendo sido observados os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da isonomia entre os licitantes, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. [...]

Acórdão: [...] 9.6. determinar ao CORE/RS que: [...] 9.6.5. abstenha-se de convidar, para participar de certames licitatórios, empresas ou pessoas cujos vínculos de parentesco ou amizade com funcionários ou dirigentes da entidade caracterizem inobservância aos princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia entre licitantes, todos previstos no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; [...]

40 Acórdão 2922/2010-Plenário: Voto [...]

6. Os procedimentos de direcionamento são evidenciados pelo fato de ter sido obstada a ampla competitividade entre os licitantes, na medida em que foram todos regulados por carta-convite, em que foram convidadas para participar dos certames empresas que tinham por sócios-proprietários parentes do então ex-prefeito.

7. Ademais, restou comprovada a enorme semelhança entre as propostas das empresas licitantes - muito além do que se possa admitir para uma simples coincidência - a demonstrar os seguintes fatos: preços praticamente iguais; formatação idêntica das propostas, inclusive com os mesmos erros gramaticais, de ortografia e de impressão; incidência de dizeres idênticos.

8. Três empresas - todas com quadro societário integrado por parentes do ex-prefeito - estão envolvidas nas fraudes examinadas neste processo: Construtel Terraplenagem, JK Construções e Terraplenagem e Construtora Pedra Lisa. [...]

nº 0607/2011 – Plenário⁴¹, dentre outras diversas irregularidades, verificou-se que o sobrinho do prefeito do município licitante foi contratado após licitação na modalidade convite em que apenas a sua empresa foi habilitada.

Observa-se que, mesmo tratando-se de convite, em nenhum dos julgados o TCU proibiu a participação de empresas de parentes, recomendando, quando muito, que o órgão se abstivesse de convidar tais empresas.

Em seu Acórdão nº 1000/2005–Plenário⁴², o Tribunal de Contas da União entendeu que “a execução dos serviços por meio de empresas de familiares do ex-governador caracteriza sua participação indireta”, vedada pelo art. 9º, § 3º da Lei nº 8.666/93. Todavia, nessa oportunidade, não tratava o caso de mera participação de familiares em licitação, pois a empresa vencedora do certame era quem subcontratava empresas pertencentes a familiares do ex-governador, configurando, segundo o tribunal, ilícito desvio de verbas públicas. Tal caso, portanto, se assemelha mais à situação da nomeação de familiares para cargos comissionados, posto que tais empresas subcontratadas sequer participaram de processo licitatório.

Muito embora o Acórdão 1170/2010 – Plenário já tenha sido anteriormente analisado, importante destacar que a Corte

41 Acórdão nº 0607/2011 – Plenário:

43 De qualquer modo, a despeito das irregularidades verificadas no procedimento licitatório, o que mais chama a atenção neste processo é a contratação de empresa de propriedade do sobrinho do então prefeito (irregularidade descrita no item 3.4 desta Proposta de Deliberação), a partir da habilitação de uma única empresa interessada. [...]

58 O que se verifica, portanto, é que tais responsáveis simplesmente ignoraram a relação de parentesco do proprietário da empresa com o então prefeito e realizaram procedimento licitatório com irregularidades desde a habilitação até a homologação, que culminou com a contratação de empresa de propriedade de pessoa do círculo familiar do administrador municipal.

59 Impossível acreditar que a relação de parentesco entre o prefeito e o contratado não teria sido observada pelo presidente da CPL, tampouco pelo procurador municipal, mesmo diante do fato de o contratado possuir o mesmo sobrenome do prefeito. [...]

42 Acórdão nº 1000/2005–Plenário:

29. Conforme esclarecido na instrução, tanto o edital da concorrência como o Contrato nº 034/95 celebrado entre o DER/AC e a empresa sub-rogante eram claros em prever a rescisão contratual em caso de subcontratação total ou parcial não admitidas pelo DER/AC. Diante disso, não procedem as alegações de que o órgão estadual não tinha responsabilidade sob a subcontratação das empresas dos familiares do ex-governador. [...]

62. Por outro lado, a documentação constante às fls. 120/154 [contratos entre a EMSA e as empresas dos familiares do Governador], atestam, de forma insofismável, o verdadeiro paradeiro dos recursos públicos federais transferidos ao Governo do Estado do Acre mediante convênios, ou seja, aos próprios familiares do ex-Governador, Sr. Orleir Messias Cameli, com afronta aos ditames constitucionais (art. 37, caput) e legais (Leis nºs 8.666/93, arts. 3º e 9º, inciso III e 8.429/92, arts. 9º, inciso XII, 10, incisos VIII e XII e 11, incisos I e IV).

de contas, naquela situação, apesar de não ter apontado ato que comprovadamente tenha resultado no direcionamento da licitação, não se limitou a constatar relação de parentesco, identificando efetivo vínculo técnico, econômico e comercial entre os consórcios responsável pelo termo de referência e o consórcio vencedor, posto que tinham integrantes em comum⁴³, conforme já destacado na introdução do presente trabalho, enquadrando-se o caso perfeitamente ao §3º do art. 9º da Lei 8.666/93, sem necessidade de maior esforço interpretativo para invalidar o certame com base em tal norma.

Posteriormente, em seu Acórdão nº 1893/2010 - Plenário, o TCU considerou irregular a participação em concorrência de empresa cujo sócio era enteado de servidor integrante do setor de licitações e responsável pelo certame em análise:

No caso em exame, a vedação inequivocamente se materializou em face da estreiteza do vínculo existente entre o Sr. Luiz Fernando e um dos sócios do consórcio vencedor, seu enteado, combinada com a posição por ele ocupada na estrutura do DNIT - diretor da DIF, precisamente a unidade da autarquia diretamente interessada na contratação, com participação ativa tanto na preparação e na condução do procedimento licitatório como na subsequente execução do objeto.

Porém, naquele caso, a decisão se baseou, sobretudo, na comprovada influência que o servidor teve no direcionamento da licitação. Além disso, o Tribunal de Contas da União não entendeu pela inviabilidade da participação da empresa do parente em questão no certame, apenas condenando o servidor por ter descumprido obrigação de se declarar impedido de participar dos atos decorrentes da licitação⁴⁴, conforme preceitua o art. 19 da Lei nº 9.784/1999. Há de se destacar ainda que

43 Acórdão 1170/2010 – Plenário: Voto do Relator:

19. Considerando que o coordenador técnico do consórcio responsável pelo Termo de Referência (Consórcio STE/Siscon), Sr. Mário Antônio Garcia Picanço, era sócio da empresa Consulfer e considerando, ainda, que o Sr. Fábio Araújo Nodari era sócio tanto da empresa STE quanto da Consulfer, restam caracterizados os vínculos técnico, econômico e comercial a que se refere o § 3º do art. 9º da Lei 8.666/92. Dessa forma, não há como se negar a possibilidade de influência do Consórcio STE/Siscon, ao estabelecer as diretrizes do objeto contratado, no resultado da licitação, produzindo distorções incompatíveis com os princípios da isonomia e da moralidade.”

44 Neste sentido, cito os seguintes trechos do Acórdão nº 1893/2010 – Plenário do TCU:

69. [...] é de se esperar que o responsável tivesse interesse indireto na matéria. Com efeito, é natural que o Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca deseje que seu enteado prospere em todas as esferas, inclusive na

tal Acórdão destaca expressamente a inviabilidade de se estabelecer vedações generalizadas à participação em licitação⁴⁵.

profissional. Trata-se de desejo comumente presente nas relações familiares, em especial nos indivíduos mais próximos, como ocorre na relação padrasto/enteado.

70. Ademais, independentemente dos sentimentos afetivos, não há como dizer que o Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca fosse neutro em relação ao deslinde da matéria, dado o importante e estreito vínculo que existia entre ele e um dos sócios do consórcio vencedor.

71. Portanto, o responsável deveria ter alegado seu impedimento, com fulcro no art. 18, I, da Lei 9.784/1999. Em não o fazendo, contrariou, não só o art. 19 do mesmo normativo, como também os princípios que regem a Administração Pública em geral, insculpidos no art. 37 da CF/88, e as licitações em particular, conforme art. 3º da Lei 8.666/1993. [...]

75. Nos autos, restou claro que o ex-Diretor da DIF tomou medidas que, mesmo não caracterizadas como intencionais, favoreceram a empresa do enteado. Com efeito, foi o Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca que solicitou a inclusão de cláusula editalícia possibilitando a participação dos consórcios, sem a apresentação de justificativas para tal alteração (fls. 51/52 - Anexo 1). De acordo com a instrução à fl. 93, "sem a inclusão de cláusula específica no edital, o Consórcio Geohidro/AP/Magna não teria participado da licitação". [...]

78. No caso, resta claro que o ex-Diretor da DIF examinou a documentação exigida para a habilitação dos concorrentes (fls. 76/77 - Anexo 1) e homologou/adjudicou o certame ao consórcio vencedor (fls. 90/92 - Anexo 1), deixando claro que o gestor atuou de forma decisiva para o deslinde do processo licitatório, sem fazer menção aos fatos impeditivos.

79. Ademais, opinou pela não procedência de recurso impetrado pela empresa rival Concremat, conforme fls. 78/82 - Anexo 1. [...]

83. Nesse caso, dificilmente se pode supor que tal fato não era de conhecimento prévio do ex-Diretor da DIF, dada a relação de parentesco próxima entre ele e um dos sócios da Consultfer.

84. Logo, não havia a necessidade do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca averiguar os quadros societários das empresas interessadas, em busca de possíveis parentes seus. A situação então existente leva a conclusão que o responsável já tinha conhecimento do fato que seu enteado, Evandro Klauss Torres Brígido, era sócio de empresa participante da licitação. [...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em: [...]

9.3. com fulcro no art. 58, II, da Lei 8.443/1992, c/c art. 268, II, do Regimento Interno do TCU, aplicar sanção pecuniária ao Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em função de não ter-se declarado impedido de participar dos atos decorrentes da Concorrência nº 350/2006, conforme preceituam os arts. 18, inciso I, e 19 da Lei 9.784/1999 e ter aprovado os documentos de habilitação do certame sem declarar os fatos impeditivos de seu conhecimento, o que representou desobediência aos princípios dispostos nos arts. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, e art 3º, caput, c/c a aplicação analógica do caput do art. 9º, inciso III, §§ 3º e 4º, ambos da Lei 8.666/1993; [...]

45 Conforme seguinte trecho do Acórdão nº 1893/2010 – Plenário:

72. As deliberações dos Tribunais de Contas trazidas pela defesa, mormente a Decisão 603/1997 - TCU - Plenário, apenas vedam a proibição generalizada da participação de parentes do servidor do órgão licitante, o que poderia causar prejuízos à Administração e demais interessados.

73. De fato, seria desproporcional proibir a participação de empresa de parente de servidor da entidade contratante, desde que o agente público em questão não tivesse influência no processo de escolha da contratada.

O Acórdão 2063/2010-Plenário⁴⁶, dentre todos analisados, é o único que determina ao ente eu inclua em edital a vedação da contratação de parentes. Porém, o faz num contexto em que é analisado processo de chamamento público visando escolha de propostas de apoio financeiro a partir de critérios subjetivos, tanto que usa como fundamentação processos em que houve contratação de parentes sem processo seletivo prévio, demonstrando que a subjetividade do critério de escolha do vencedor, que se configura como verdadeiro poder discricionário de escolha, foi determinante para fixação de tal vedação. Desta forma, inaplicável ao caso de licitações com critérios objetivos de escolha do vencedor.

Observo que não foi encontrado qualquer julgado em que a Corte de Contas tenha recomendado a inclusão de cláusula anti-nepotismo em edital de processo licitatório nas modalidades pregão, concorrência, tomada de preços ou mesmo em carta-convite, que pressupõem a existência de regras prévias e objetivas de escolha da melhor proposta.

46 Acórdão 2063/2010-Plenário

Análise: 31. Se até mesmo em promoções e concursos realizados por empresas da iniciativa privada existe a prática comum - e universalmente aceita - de vedar a participação de empregados ou parentes destes, não se pode admitir que em processos seletivos envolvendo recursos de natureza pública exista a possibilidade de seleção com qualquer grau de subjetividade. Resta óbvio que o edital da citada chamada pública deveria prever, expressamente, a vedação à participação de empresas cujos sócios possuíssem algum vínculo com as entidades promotoras, como laço empregatício ou de parentesco com integrantes dessas.

Voto: [...] 3. De fato, a contratação de parentes de dirigentes e conselheiros, sem processo seletivo, para o exercício de funções de assessoria do Conselho Deliberativo e da Diretoria vai de encontro aos princípios constitucionais respeitantes à Administração Pública, em especial os da moralidade e impessoalidade, os quais, segundo pacífica jurisprudência desta Corte, devem ser observados pelas entidades do Sistema "S", a exemplo do Sebrae/GO. [...]

6. Note-se que, para corroborar a sua tese, a defesa traz excerto de relatório integrante do Acórdão nº 119/2006-Plenário, extraído fora de seu contexto, para inferir a aceitação desta Corte à contratação de parentes sem processo seletivo. No entanto, esse mesmo acórdão aponta claramente a necessidade de observância dos já mencionados princípios constitucionais no provimento de cargos dos serviços sociais autônomos, tanto assim que fixou prazo para que a unidade jurisdicionada, no caso a Apex, contratasse empregados na forma constitucionalmente requerida, com vistas à substituição dos que haviam sido irregularmente admitidos.

7. A outra decisão apresentada pela defesa (Acórdão nº 1.914/2008-2ª Câmara) também só faz confirmar a jurisprudência do Tribunal, tendo ali o voto condutor expressamente reprovado a contratação, sem processo seletivo, de pessoas impedidas por grau de parentesco. Na ocasião, determinou-se ao Sebrae/RR que adotasse providências no sentido de desligar os servidores contratados em desacordo com a IN/06/1999/Sebrae/RR e passasse a efetuar contratações de pessoal somente nos moldes estipulados por tal normativo, ou outro que viesse a substituí-lo. [...]

Acórdão: [...]9.4. determinar ao Sebrae e à Finep que, doravante, por ocasião da realização de certames públicos visando selecionar propostas para apoio financeiro a projetos, sejam eles de qualquer natureza, incluam obrigatoriamente, nos respectivos editais, a vedação explícita à participação de empresas, associações ou entidades que possuam, em seus quadros societários, pessoas com vínculo empregatício com o Sebrae ou a Finep, ou vínculo de parentesco com seus funcionários ou dirigentes, em âmbito nacional ou regional, bem como para que estendam tal determinação às suas unidades regionais; [...]

Ressalta-se que o TCU, em suas decisões, aplica os princípios da moralidade e da impessoalidade diretamente ao caso concreto, onde, como já ressaltado, é viável a “densificação” dos princípios constitucionais envolvidos, diante da verificação de fatos que evidenciem a violação de seus preceitos.

Todavia, em nenhum dos julgados ora examinados, a decisão de invalidar o certame fundou-se única e exclusivamente na existência de relação de parentesco entre licitante e servidor, sendo sempre demonstradas irregularidades evidenciando o direcionamento do certame, o que torna tais julgados fonte de direito insuficiente para, por si só, sustentar a validade da cláusula anti-nepotismo estabelecida de forma abstrata em licitações públicas.

7 CONCLUSÃO

Apesar de muito bem intencionada, a cláusula anti-nepotismo ora estudada padece dos seguintes vícios de constitucionalidade e legalidade, que inviabilizam a sua implementação nos Editais de licitações públicas:

- Viola os princípios constitucionais da isonomia e da legalidade, impondo restrição prévia e abstrata de direito a cidadão que tenha parentesco com servidor do órgão licitante sem previsão legal expressa, deixando-o em situação de flagrante desigualdade em relação aos demais interessados em contratar com a administração;
- Decorre de indevida interpretação extensiva da restrição de direitos imposta pela Súmula Vinculante nº 13 do STF, posto que esta veda apenas os casos em que a nomeação do parente é decorrência direta e imediata da prática de um único ato altamente discricionário, enquanto o procedimento licitatório é composto primordialmente de atos vinculados ou discricionários com restrita margem de liberdade de escolha, criado exatamente para evitar favorecimentos na contratação pública, tornando inviável que o gestor escolha o contratado sem que atue de forma ilícita;
- Viola a garantia fundamental à presunção da inocência, por inverter o ônus da prova de inocência e boa-fé, ao exigir de licitante que prove que não irá atuar em conluio

com servidor do órgão licitante com quem tem relação de parentesco, visando direcionar ilicitamente o resultado do certame em seu favor;

- Não pode se lastrear na densidade normativa do princípio da moralidade, à medida que a densificação dos princípios, conforme as regras de hermenêutica constitucional, deve ocorrer através da análise do caso concreto no qual são tais princípios aplicáveis, e não de forma prévia, abstrata e objetiva, mediante a criação de regras por indivíduos sem competência para tal;
- Viola o Decreto nº 7.203, de 4 de junho de 2010, que regulamenta a questão no âmbito do poder executivo federal, tendo em vista que tal norma ressalva que a vedação imposta aos parentes de servidores não se aplica aos casos em que há prévio processo seletivo ou licitação.

Em momento algum se pretende defender a inviabilidade da aplicação dos princípios da moralidade e impessoalidade às licitações públicas. Todavia, tal aplicação não deve ocorrer através do pré-estabelecimento de cláusula específica e abstrata anti-nepotismo, mas sim pelo exame do caso concreto, em que o Administrador Público e os órgãos de controle não tem apenas o poder, mas sim o dever de anular uma licitação caso verificadas circunstâncias que evidenciem o direcionamento da licitação em favor de parentes de servidores e dirigentes do órgão licitante, como vem fazendo o Tribunal de Contas da União nos casos em que analisa.

REFERÊNCIAS

ANTONIO, Alice Barroso de. O nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante nº 13 do STF: críticas e proposições. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 10, n. 31, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_07/anexos/sumula_vinculante_nro13.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. Licitação em caso de parentesco. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1855, 30 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11555/licitacao-em-caso-de-parentesco>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2001.

FAZOLI, Carlos Eduardo Freitas. Princípios Jurídicos. *Revista Uniara* n. 20. 2007. Disponível em: <http://www.uniara.com.br/revistauniara/pdf/20/RevUniara20_03.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LIMA, George Marmestein. *A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=45>. Acesso em: 14 nov. 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficiência nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Constituição federal não veda a prática do nepotismo. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-30/constituicao_federal_ao_proibe_pratica_nepotismo>. Acesso em: 16 nov. 2012.

RIBEIRO, Juliana Almeida. O nepotismo e a terceirização de serviços na administração pública. Aspectos polêmicos do Decreto nº 7.203/2010. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2812, 14 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18657>>. Acesso em: 30 out. 2012.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Sobre o nepotismo: uma reflexão sobre moralidade e moralismo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Belo Horizonte, ano 7, n. 80, out. 2007.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

Dicionário Priberam – busca: “nepotismo”. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

Wikipédia – busca: “nepotismo”. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Nepotismo>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

Acórdãos do Plenário do Tribunal de Contas da União: 877/98, 284/2003, 1000/2005, 2575/2009, 1170/2010, 1893/2010, 2063/2010, 2922/2010, 607/2011.

Atos enunciativos da Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais:

PARECERES: 785/2011, 811/2011, 854/2011, 869/2011, 873/11, 881/2011, 903/2011, 938/2011, 939/2011, 999/2011, 1048/2011, 1052/2011, 1121/2011, 1140/2011, 1145/2011, 1157/2011, 1168/2011, 1169/2011, 1191/2011, 1199/2011, 1234/2011, 1269/2011, 1295/2011, 1296/2011, 1300/2011, 1310/2011, 1324/2011, 1333/2011, 1334/2011, 43/2012, 75/2012, 76/2012, 81/2012, 89/2012, 100/2012, 101/2012, 123/2012, 136/2012, 137/2012, 145/2012, 152/2012, 185/2012, 208/2012, 252/2012, 291/2012, 293/2012, 304/2012, 307/2012, 317/2012, 319/2012, 322/2012, 344/2012, 405/2012, 422/2012, 435/2012, 457/2012, 488/2012, 489/2012, 500/2012, 532/2012, 560/2012, 613/2012, 624/2012.

Notas: 518/2010, 31/2011.