



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
Departamento DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER N° 68/2014/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO N° 00692.003409/2014-41

INTERESSADO: Escola da Advocacia-Geral da União

ASSUNTO: Membros de Carreira Jurídica - Capacitação.

I. Consulta sobre a correta interpretação do art. 18, inciso XII, da Lei n° 12.919, de 24 de dezembro de 2013 (Lei de Diretrizes Orçamentárias).

II. A Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, veda a participação em licitação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores, etc., sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes (art. 9° inciso III).

III. A interpretação a ser dada ao inciso XII do art. 18 da Lei n° 12.919, de 2013, tem que estar em consonância com aquela aplicada ao art. 9° inciso III, da Lei n° 8.666, de 1993.

IV. No caso em tela a empresa a ser contratada não possui no seu quadro societário servidor do órgão contratante.

V. Recomenda-se o envio desta manifestação ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, para que analise a possibilidade de ajuste redacional da regra hoje prevista no inciso XII do art. 18 da Lei n° 12.919, de 2013, no momento da edição da próxima lei de diretrizes orçamentárias da União.

Senhor Consultor-Geral da União,

I. RELATÓRIO

18.2 SFT

Setor de Autarquias Sul (SAS), Quadra 3, Lotes 05 e 06, 13º andar, sala 1317, CEP 70070-030, Brasília (DF)
Telefone: (61) 2026-8646/4606 - Endereço eletrônico: cgu.decor@agu.gov.br

1. O Senhor Advogado-Geral da União Substituto, Dr. Fernando Luiz Albuquerque Faria, encaminha o presente processo a esta Consultoria-Geral da União, para análise acerca da correta interpretação do art. 18, inciso XII, da Lei n^o 12.919, de 24 de dezembro de 2013 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), tendo em vista a manifestação exarada pelo Departamento de Assuntos Jurídicos Internos da Secretaria - Geral de Consultoria, por meio do Parecer n^o 468/2014/DAJI/SGCS/AGUGFF.
2. No referido parecer se analisou a legalidade da contratação do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, por inexigibilidade de licitação (arts. 13 e 25, inciso II, da Lei n^o 8.666, de 21 de junho de 1993)¹, na prestação de serviço técnico voltado ao treinamento e aperfeiçoamento de servidor da Advocacia-Geral da União.
3. O caso concreto trata da inscrição de servidora para participar de curso aberto, qual seja, curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional, promovido pelo IDP, ,com carga horária de 450 (quatrocentos e cinquenta) horas a se estender de agosto de 2014 até, no máximo, dezembro do ano de 2017 - e valor total do curso estimado em R\$ 45.810,00 (quarenta e cinco mil, oitocentos e dez reais), sendo que o valor da disciplina a ser cursada neste semestre é de R\$ 2.900,00 (dois mil e novecentos reais), dividido em 4 parcelas de R\$ 725,00 (setecentos e vinte e cinco reais)".
4. Nesse opinativo, ao se manifestar sobre a regularidade jurídico-formal de proposta da administração para a inscrição em curso aberto de capacitação de servidor, foi exposto o seguinte:

"31. Ainda, destaca-se que não se juntou ao processo administrativo o estatuto da instituição contratada. A propósito, alerta-se, de antemão, para a observância do art. 18, XII, da Lei n^o 12.919/2013 (Lei de Diretrizes Orçamentárias) que apresenta as diretrizes para a execução da Lei Orçamentária de 2014 -, segundo o qual não poderão ser destinados recursos para 'pagamento, a qualquer título, a empresas privadas que tenham em seu quadro societário servidor público da ativa, ou empregado de empresa pública, ou de sociedade de economia mista, por serviços prestados.'

5. No Despacho n^o 00030/2014/SGCS/AGU exarado pelo Senhor Advogado-Geral da União Substituto há a informação de que "consta no Diário Oficial da União, Seção 3, publicações, cujas cópias foram juntadas aos autos eletrônicos, que demonstram a existência de contratações do IDP para prestação de serviços de capacitação de servidores não só por órgãos do Poder Judiciário (Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios), mas também por órgão do Poder Executivo (Departamento de Polícia Federal),

¹ Art. 13 Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: (...) VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

II - Para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

demonstrando não só a possibilidade de existência de posicionamentos jurídicos diversos, mas também a necessidade de se firmar interpretação acerca do dispositivo legal da LDO ...".

6. É o que tinha a relatar.

II. ANÁLISE JURÍDICA

A questão jurídica sob análise diz respeito à regra estabelecida no art. 18, inciso XII, da Lei n^o 12.919, de 24 de dezembro de 2013 (Lei de Diretrizes Orçamentárias).

8. O referido dispositivo legal, ao tratar das diretrizes para elaboração e execução dos orçamentos da União, traz a seguinte regra:

"Art. 18. Não poderão ser destinados recursos para atender a despesas com:

XII — pagamento, a qualquer título, a empresas privadas que tenham em seu quadro societário servidor público da ativa, ou empregado de empresa pública, ou de sociedade de economia mista, por serviços prestados, inclusive consultoria, assistência técnica ou assemelhados;

e

....."(N)

9. Essa norma veda a destinação de recursos públicos para pagamento, a qualquer título, a empresas privadas que tenham em seu quadro societário servidor público da ativa, ou empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista, por serviços prestados.

10. O mesmo regramento aplica-se também aos pagamentos à conta de recursos provenientes de convênios, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres, firmados com órgãos ou entidades de direito público, conforme disposto no § 4^o do art. 18 da Lei n^o 12.919, de 2013.

11. A vedação acima mencionada não foi excepcionada pelo § 1^o do mesmo artigo, como é o caso do inciso VIII do art. 18:

"Art. 18. Não poderão ser destinados recursos para atender a despesas com:

VIII pagamento, a qualquer título, a agente público da ativa por serviços prestados, inclusive consultoria assistência técnica ou assemelhados, à conta de quaisquer fontes de recursos.

§ 1^o Desde que o gasto seja discriminado em categoria de programação específica ou devidamente identificado em natureza de despesa específica na execução, excluem-se das vedações previstas:

.....

VI - No inciso VIII do caput, o pagamento pela prestação de serviços técnicos profissionais especializados por tempo determinado, quando os contratados se encontrem submetidos a regime de trabalho que comporte o exercício de outra atividade e haja declaração do chefe imediato e do dirigente máximo do órgão de origem da inexistência de incompatibilidade de horários e de comprometimento das atividades atribuídas, desde que:

a) Esteja previsto em legislação específica; ou

b) Refira-se à realização de pesquisas e estudos de excelência:

1.com recursos repassados às organizações sociais, nos termos dos respectivos contratos de gestão; ou

2.realizados por professores universitários na situação prevista na alínea "b" do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal, desde que os projetos de pesquisas e os estudos tenham sido devidamente aprovados pelo dirigente máximo do órgão ou da entidade ao qual esteja vinculado o respectivo professor.

12. Verifica-se que nessa hipótese o legislador ordinário admitiu, excepcionalmente, o pagamento ao servidor público pela prestação de serviços técnicos profissionais especializados por tempo determinado, desde que atendidas as condições legalmente impostas.

13. A vedação contida no inciso XII do art. 18 da Lei n^o 12.919, de 2013, tem por objetivo evitar eventuais conflitos de interesse entre as atividades da empresa e a função pública exercida pelo servidor.

14. Portanto, o que se busca afastar é a possibilidade de o servidor obter benefícios indevidos à empresa em que ele faz parte do quadro societário.

15. Assim, a citada regra legal tem por finalidade impedir que a empresa consiga qualquer beneficiamento, vantagem ou diferenciação pelo fato de ter no seu quadro societário servidor público.

16. Essa interpretação do inciso XII do art. 18 da Lei n^o 12.919, de 2013, está em consonância, especialmente, com os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade.

17. A depender da interpretação e alcance que se possa dar a esse dispositivo legal, é possível que ele entre em conflito com outras normas previstas no ordenamento jurídico em vigor.

18. Nesse sentido, não se pode deixar de destacar aqui o art. 9^o, inciso III, da Lei n^o 8.666, de 21 de junho de 1993, que disciplina as hipóteses de vedação quanto à participação direta ou indiretamente, de servidor em licitação pública:

"Art. 9^o 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.

19. Para Marçal Justen Filho, "as vedações do art. 9.º retratam derivação dos princípios da moralidade pública e isonomia. A lei configura uma espécie de impedimento, em acepção similar à do direito processual, à participação de determinadas pessoas na licitação. (...) O impedimento abrange aqueles que, dada a situação específica em que se encontram, teriam condições (teoricamente) de frustrar a competitividade, produzindo benefícios indevidos e reprováveis para si ou terceiro". Ainda segundo o autor, "também se proíbe a participação [em licitações] de empresas cujos sócios administradores, empregados, controladores, etc., sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes. Essa vedação reporta-se ao princípio da moralidade, sendo necessário pressuposto da lisura da licitação e contratação administrativas" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo, Dialética, 2002, p. 131/133).

20. Por sua vez, o Tribunal de Contas da União - TCU possui entendimento jurisprudencial no sentido de que a vedação estatuída no art. 9.º, inciso III, da Lei n.º 8.666, de 1993, incide nos casos em que o servidor do órgão ou entidade pública contratante faz parte do quadro societário da empresa licitante.

21. Esse Tribunal, no Acórdão 297/2007 Plenário, ao julgar com fundamento no referido artigo, expôs: "a omissão em declaração prestada perante a Administração Pública de determinada circunstância impeditiva de licitar, no caso **a presença de servidor do órgão ou entidade licitante no quadro societário da empresa declarante, é motivo suficiente a configurar fraude à licitação, ensejando a declaração de inidoneidade da empresa para licitar**". Frise-se que foi identificada nos autos da Tomada de Preços n.º 4/2006 da UFES, declaração emitida pela Construtora Zamboni [em 19 de dezembro de 2006] no sentido de que inexistiriam fatos supervenientes impeditivos quanto à sua participação naquele certame (fl. 66)."

22. Em outro julgado (Acórdão n.º 601/2003 - Plenário) foi defendido o mesmo entendimento supracitado: "Mesmo que a vinculação do Sr. Pedro Taddei com o Ministério da Cultura seja apenas transitória, ele possui, como coordenador, autonomia para dirigir o programa. Nesse caso, aplica-se também o inciso III do art. 9.º da lei de licitações. Esse dispositivo veda a participação de servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante na execução do objeto contratado. Essa vedação reporta-se ao princípio da moralidade, sendo necessário pressuposto da lisura da contratação administrativa."

23. Ainda, na Decisão n.º 133/97 - Plenário, o TCU destacou que mesmo as empresas que tenham como sócio servidor licenciado ou que não possuam poderes para interferir sobre o destino da licitação, estão impedidas de licitar e contratar com a Administração. Destaca-se o seguinte trecho desse julgado:

"O deslinde da questão "sub exame" não passa pela avaliação de saber se os servidores do INPE detinham ou não informações privilegiadas, conforme linha adotada pela Assessoria Jurídica do Órgão. O vício a macular o processo consiste

essencialmente na participação dos servidores como contratados do único licitante, posto que a Lei n^o 8.666/93z ao vedar a participação na licitação de 'servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante', não fez distinção quanto ao nível de conhecimento técnico do servidor ou dirigente acerca do objeto licitado. Ou seja, basta que o interessado seja servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante para que esteia impedido de participar, direta ou indiretamente, de licitação por ele realizada. É certo, entretanto, que, caso fosse admitida no certame a participação de servidores, este fato por si só já constituiria infringência ao princípio da moralidade, insculpido no art. 37, 'caput' e da Constituição Federal. Agravaria a irregularidade, nesta hipótese, semelhante ao caso concreto examinado, se, admitidos no certame, os servidores detivessem informações privilegiadas que os colocassem em posição favorecida quanto aos demais licitante. Haveria, neste caso, infringência ao princípio constitucional da isonomia, um dos objetivos primordiais da licitação (Lei n^o 8.666/93, art. 3^o). Evidentemente, não poderia a lei ordinária assim dispor, pois que seria contrário aos mandamentos da Lei Maior."

24. O Superior Tribunal de Justiça - STJ também segue essa mesma linha de interpretação do art. 9^o, inciso III, da Lei n^o 8.666, de 1993. No julgamento do RESP n^o 254.115/SP, esse Eg. Tribunal manteve decisão recorrida denegatória de Mandado de Segurança interposto por empresa desclassificada de certame público que possuía, em seu quadro técnico, engenheiro que era servidor licenciado da empresa pública contratante:

"EMENTA: ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO - EMPRESA SERVIDOR LICENCIADO - ÓRGÃO CONTRATANTE.

Não pode participar de procedimento licitatório, a empresa que possuir, em seu quadro de pessoal, servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação (Lei n^o 8.666/93, artigo 9^o, inciso III).

O fato de estar o servidor licenciado, à época do certame, não ilide a aplicação do referido preceito legal, eis que não deixa de ser funcionário o servidor em gozo de licença.

Recurso improvido.

(STJ, RESP 254.115/9, T., Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 14.08.2000)".

25. Dessa forma, seguindo a jurisprudência anteriormente destacada do STJ e do TCU, quanto à interpretação do art. 9^o, inciso III, da Lei n^o 8.666, de 1993, estão impedidas de licitar e contratar com a Administração as empresas que tenham como sócio servidor do órgão ou entidade pública contratante.

26. Ainda, cabe trazer à baila outros normativos que estão alinhados ao entendimento supracitado e que trazem regras semelhantes.

27. O Decreto n^o 7.203, de 4 de junho de 2010, que dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal, estabelece em seu art. 3^o, § 3^o:

"Art. 3^o 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:

§ 3^o 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 atua na área responsável pela demanda ou contratação ou de autoridade a ele hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão e de cada entidade." (N)

28. Já o Decreto n^o 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, fixa em seu art. 2^o § 2^o, a seguinte regra:

"Art. 2^o § 2^o É vedada a celebração de convênios e contratos de repasse:

II — com entidades privadas sem fins lucrativos que tenham como dirigente agente político de Poder ou de Ministério Público, dirigente de órgão ou entidade da administração pública de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau; e

29. Diante dessa análise, pode-se dizer que a Lei n^o 8.666, de 1993 proíbe a participação em licitação de servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação, ou seja, essa Lei veda a participação em licitação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores, etc., sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes (art. 9^o, inciso III).

30. Para manter coerência e harmonia entre o art. art. 9^o inciso III, da Lei n^o 8.666, de 1993, e o inciso XII do art. 18 da Lei n^o 12.919, de 2013, é necessário que a interpretação conferida a esse dispositivo legal esteja em consonância com aquela aplicada ao citado artigo da Lei de Licitações, conforme posicionamento anteriormente exposto.

31. Isso quer dizer que a vedação ao pagamento, a qualquer título, recai sobre empresas privadas que tenham em seu quadro societário servidor de órgão ou entidade contratante.

32. Portanto, basta se adotar uma interpretação sistemática entre os citados dispositivos legais, para se evitar qualquer antinomia normativa.

33. Como consequência dessa interpretação, fica afastada qualquer discussão acerca da revogação do art. 9^o, inciso III, da Lei n^o 8.666, de 1993, pelo art. 18, inciso XII, da Lei n^o 12.919, de 2013.

34. Não se pode esquecer também que as referidas regras estão inseridas em instrumentos normativos que tratam de matérias específicas. O primeiro estabelece normas gerais sobre licitação e contratos da Administração Pública. Já o segundo disciplina as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2014. Além disso, a lei de diretrizes orçamentárias detém um processo legislativo especial, que a diferencia do processo legislativo ordinário, como foi o caso da Lei de Licitações. Outro ponto importante que a diferencia é a sua vigência 4 limitada.

35. Assim sendo, com vista a afastar dúvida ou insegurança jurídica quanto à aplicação do inciso XII do art. 18 da Lei n^o 12.919, de 2013, é recomendável que se faça o devido ajuste redacional dessa norma, para que ela se compatibilize com a redação e interpretação do art. 9^o, inciso III, da Lei n^o 8.666, de 1993, conforme demonstrado.

36. A nova regra poderia contemplar a seguinte redação: "Não poderão ser destinados recursos para atender a despesas com: pagamento, a qualquer título, a empresas privadas que tenham em seu quadro societário servidor público da ativa de órgão ou entidade contratante, ou empregado de empresa pública, ou de sociedade de economia mista contratante, aos serviços prestados, inclusive consultoria assistência técnica ou assemelhados"

37. Com relação ao caso em tela, verifica-se, de acordo com as informações prestadas pela Escola da Advocacia-Geral da União, que a empresa a ser contratada (IDP) tem em seu quadro societário magistrado.

38. Ao seguir o entendimento ora defendido, esse fato não é causa impeditiva para a celebração de contrato administrativo. Isso porque o magistrado, integrante do quadro societário da empresa, não faz parte do órgão público contratante.

39. Cabe destacar que diversos órgãos públicos federais dos Poderes Executivo (Ministério da Justiça/Departamento de Polícia Federal), Legislativo (Câmara dos Deputados) e Judiciário (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunal Superior Eleitoral) celebraram contratos administrativos, por inexigibilidade de licitação, com o IDP, empresa que se pretende contratar no presente processo, conforme cópia do Diário Oficial da União em anexo. Destaca-se também que o Tribunal de Contas da União, por meio de reembolso de até 70%, possui servidores matriculados em cursos de pós-graduação e mestrado do IDP, de acordo com as informações prestadas pela Diretora do Instituto Serzedello Corrêa do TCU em anexo.

III. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que:

- a) o entendimento jurisprudencial do STJ e do TCU, quanto à interpretação do art. 9^o, inciso III, da Lei n^o 8.666, de 1993, é no sentido de que estão impedidas de licitar e contratar com a Administração as empresas que tenham como sócio servidor de órgão ou entidade pública contratante;
- b) a interpretação a ser dada ao inciso XII do art. 18 da Lei n^o 12.919, de 2013, tem que estar em consonância com aquela aplicada ao citado artigo da Lei de Licitações, conforme exposto na alínea anterior; e

c) no caso em tela a empresa a ser contratada não possui no seu quadro societário servidor do órgão contratante.

41. Por fim, recomenda-se o envio desta manifestação ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, para que analise a possibilidade de ajuste redacional da regra hoje prevista no inciso XII do art. 18 da Lei n.º 12.919, de 2013, no momento da edição da próxima lei de diretrizes orçamentárias da União, conforme posicionamento defendido neste Parecer.

À consideração superior.



Brasília, 9 de outubro de 2014.

SÉRGIO

EDUARDO DE FREITAS
Advogado da União

TAPETY

Diretor do Departamento de Coordenação
e Orientação Jurídicos