

CREDENCIAMENTO LICITAÇÃO – INEXIGIBILIDADE – NEPOTISMO

PROCESSO Nº : 839610/17
 ASSUNTO : CONSULTA
 ENTIDADE : UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA
 INTERESSADO : CARLOS LUCIANO SANTANA VARGAS
 RELATOR : CONSELHEIRO IVAN LELIS BONILHA

ACÓRDÃO Nº 2290/19 - TRIBUNAL PLENO

EMENTA: Consulta. Credenciamento. Chamamento. Nepotismo. Sócio cotista. Inexigibilidade de licitação. Situação emergencial. Art. 9º da Lei de Licitações. Conhecimento parcial da consulta.

1 DO RELATÓRIO

Trata-se de Consulta apresentada pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, por seu representante legal, senhor Carlos Luciano Sant'Ana Vargas, por meio da qual apresentou os seguintes questionamentos:

- 1) A proibição contida no art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/933, impossibilitando a participação de servidor ou dirigente do ente ou órgão responsável pela licitação ou contratante, também é aplicável à hipótese de inexigibilidade de licitação denominada chamamento/credenciamento público?
 - 1.1) Tal vedação, se configurada, atinge os agentes públicos em sua acepção ampla, como os temporários e comissionados, ou se restringe aos servidores concursados em regime estatutário?
- 2) Existe proibição na contratação mediante credenciamento, de familiar de agente público do órgão ou entidade contratante, nos termos do art. 4º, inciso II, do Decreto Estadual nº 26/2015?
- 3) Qual o alcance dos termos "ente" e "órgão" da Lei de Licitações para que a vedação permaneça?
 - 3.1) Da mesma forma, qual o alcance dos termos "ente", "órgão" e "familiar" empregadas no Decreto Estadual?
 - 3.2) Inexistirá proibição quando o servidor ou seu familiar exercem sua função em órgão ou entidade diversa daquela que realiza a contratação?
- 4) Dependendo das respostas antecedentes a esta, mesmo que o servidor ou o seu familiar constem no quadro societário de uma empresa que pretenda ser credenciada, contudo declarem que não prestarão pessoalmente os serviços, a vedação permanecerá?
 - 4.1). Esta vedação se restringe ao servidor sócio-gerente ou administrador da empresa, ou também alcança servidores que somente ser caracterizam como sócios cotistas sem poder de administração da empresa?
 - 4.2). Em linha inversa, também há proibição caso o servidor ou familiar seja o prestador de serviços, mas não seja sócio da empresa?
- 5) Na hipótese de um edital de credenciamento visar à contratação de pessoas jurídicas da área de saúde, e apresentar interesse apenas uma empresa impossibilitada de ser contratada, no caso em tese, existirem

as vedações que são objetos dos questionamentos anteriores, e considerando que não há outros meios para a prestação dos serviços, nessa situação excepcional, é legalmente possível a realização de dispensa de licitação, com base no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, mediante a contratação emergencial dessa mesma empresa com o fim de evitar prejuízos aos pacientes, ou se configura inexigibilidade de licitação?

5.1). Caso a hipótese acima caracterize caso de dispensa de licitação, e se a situação permanecer, poderá a Administração prorrogar o mesmo contrato, ultrapassando o prazo de 180 dias, até a busca e implantação de outra solução?

5.2). Se a hipótese acima descrita configurar hipótese de inexigibilidade, poderá ser credenciada, pelo próprio edital, a empresa vedada, ou a contratação se realizará em processo diverso, com base em outro fundamento? Em caso de resposta afirmativa, qual é este fundamento?

A consulta foi devidamente instruída com parecer jurídico, conforme preceitua o art. 311 do Regimento Interno.

Pelo Despacho 2129/17-GCILB (peça 5), foi admitido o processamento do feito.

A Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca emitiu a informação 147/17 (peça 7), indicando a existência de decisões acerca do tema, quais sejam o Acórdão 1468/16-TP (Representação da Lei 8.666/93 27989/11), o Acórdão 6297/15-TP (Representação da Lei 8.666/93 384190/08), o Acórdão 1467/16-TP (Consulta 1124148/14) e o Acórdão 2745/10-TP (Consulta 228167/10).

Instada a se manifestar, a 6ª Inspeção de Controle Externo emitiu a Instrução 2/18 (peça 10), mediante a qual respondeu objetivamente cada uma das questões formuladas.

O Ministério Público de Contas (Parecer 609/18, peça 11) e a Coordenadoria de Gestão Estadual (Instrução 89/18, peça 14) também responderam os quesitos de forma semelhante.

Acrescente-se que, o Parquet e a unidade técnica opinaram preliminarmente pelo não conhecimento das questões 3, 3.1, 3.2, 5, 5.1 e 5.2. E ainda, no Parecer 652/18 (peça 15), o órgão ministerial sugeriu que a decisão consigne expressamente a superação do entendimento firmado na Resolução nº 7015/2003, proferida na Consulta nº 434004/02, que concluiu “pela admissibilidade da contratação de terceiros para prestar atendimento médico e odontológico, mesmo que estes já sejam servidores do Município”.

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Presentes os pressupostos legais, ratifico o conhecimento da consulta, para respondê-la em tese, afastando da presente análise as situações fáticas mencionadas nos quesitos apresentados.

A Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG formulou questionamentos visando a obter orientações desta Corte a respeito da vedação da participação de servidor ou dirigente de órgão responsável pela licitação e outros temas correlatos.

Passo, pois, a enfrentar as dúvidas suscitadas.

1) A proibição contida no art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/93, impossibilitando a participação de servidor ou dirigente do ente ou órgão responsável pela licitação ou contratante, também é aplicável à hipótese de inexigibilidade de licitação denominada chamamento/credenciamento público?

1.1) Tal vedação, se configurada, atinge os agentes públicos em sua acepção ampla, como os temporários e comissionados, ou se restringe aos servidores concursados em regime estatutário?

Conforme define a Lei Estadual 15.608/07, no art. 24, o credenciamento é “ato administrativo de chamamento público, processado por edital, destinado à contratação de serviços junto àqueles que satisfaçam os requisitos definidos pela Administração”, e pode ser adotado “para situações em que o mesmo objeto possa ser realizado simultaneamente por diversos contratados”.

O credenciamento pode ser considerado uma hipótese de inexigibilidade de licitação, a qual é prevista no art. 25¹ da Lei de Licitações (lei 8.666/93). Veja-se que a inexigibilidade de licitação pode resultar da singularidade do objeto ou da possibilidade de contratação de todos os que satisfaçam as condições exigidas pela Administração.

A utilização do credenciamento como manifestação de inexigibilidade de licitação, inclusive para serviços de saúde, é amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência, tanto desta Corte como do Tribunal de Contas da União – TCU.

1 Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
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;
III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.
§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.
§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Neste sentido, vejam-se as seguintes decisões do TCU:

O credenciamento pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde, tanto para atuarem em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, bem como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os interessados, devendo a distribuição dos serviços entre os interessados se dar de forma objetiva e impessoal". (TCU. Acórdão 352/2016 – Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler).

"O credenciamento é hipótese de inviabilidade de competição não expressamente mencionada no art. 25 da Lei 8.666/1993 (cujos incisos são meramente exemplificativos). Adota-se o credenciamento quando a Administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços. Nessa situação, a inviabilidade de competição não decorre da ausência de possibilidade de competição, mas sim da ausência de interesse da Administração em restringir o número de contratados. (TCU. Acórdão 3.567/2014 – Plenário, rel. Min. José Múcio, rev. Min. Benjamin Zymler).

Também na mesma perspectiva, esta Corte de Contas já decidiu em Consulta com força normativa pela possibilidade do credenciamento como inexigibilidade de licitação, conforme trecho a seguir colacionado.

A respeito do instituto do credenciamento, tem-se que se trata da possibilidade de contratação com a Administração Pública, ofertada a todas as pessoas que satisfaçam os requisitos exigidos, sendo inexigível a licitação diante da falta de disputa entre os candidatos".²

Portanto, observa-se que a seleção através de credenciamento, embora não prevista expressamente na legislação, é reconhecida como válida pela doutrina e jurisprudência. O credenciamento favorece o usuário, pois aumenta as opções e resguarda o princípio da impessoalidade.

Prosseguindo à análise do quesito, quanto a dúvida sobre a aplicação do art. 9º da lei 8.666/93, relevante notar que o regramento atinge também as hipóteses de contratação direta, através de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Mencionado artigo possui a seguinte redação:

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.

² TCE-PR. Acórdão 1467/16-TP. Consulta 839610/17. Unanimidade: Conselheiros Artagão de Mattos Leão, Fernando Augusto Mello Guimarães, José Durval Mattos do Amaral (relator) e Fábio de Souza Camargo e os auditores Thiago Barbosa Cordeiro e Sérgio Ricardo Valadares Fonseca.

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

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

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

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

O dispositivo possui incidência ampla, e alcança as modalidades de contratação direta (dispensa e inexigibilidade), uma vez que é destinado a assegurar a igualdade e a impessoalidade.

O intuito da normativa é evitar que o servidor possa se beneficiar da contratação pública, direcionando indevidamente o processo licitatório.

A vedação atinge igualmente os servidores públicos estatutários, temporários e comissionados, conforme se denota do Acórdão 2745/10-TP, proferido na Consulta 228167/10³ deste Tribunal de Contas, assim ementado:

Consulta. Licitação. Participação e contratação de empresa da qual consta como sócio cotista ou dirigente, cônjuge, companheiro, parente em linha reta ou colateral, consanguíneo ou afim de servidor em cargo efetivo ou em comissão na entidade licitante. Impossibilidade. Interpretação da Súmula Vinculante 13 do STF.

Desta forma, conclui-se que a vedação prevista no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/93, aplica-se a todos os agentes públicos estatais, independentemente do vínculo jurídico que formalize sua vinculação profissional com o Poder Público, e também nos processos de credenciamento mediante inexigibilidade de licitação.

2) Existe proibição na contratação mediante credenciamento, de familiar de agente público do órgão ou entidade contratante, nos termos do art. 4º, inciso II, do Decreto Estadual nº 26/2015?

O Decreto Estadual 26/2015 disciplina a vedação ao nepotismo no âmbito estadual, e o art. 4º, II, dispõe o seguinte:

Art. 4º É vedada também, no âmbito de cada órgão e de cada entidade:
II – a prestação de serviços por familiar de agente público vinculado ao Governo do Estado do Paraná, por intermédio de empresa contratada ou conveniada com a Administração Pública Estadual;

3 Unanimidade: Conselheiros Nestor Baptista, Heinz Georg Herwig, Fernando Augusto Mello Guimarães e Caio Marcio Nogueira Soares (relator) e os Auditores Jaime Tadeu Lechinski e Cláudio Augusto Canha.

Conforme indicou o Ministério Público de Contas, este Tribunal possui dois precedentes vinculantes sobre a matéria: o Prejulgado nº 9 e o Acórdão nº 2745/10 (proferido na Consulta nº 228167/10). De acordo com o Prejulgado nº 9, “são nulos os atos caracterizados como nepotismo”. E, especificamente quanto às contratações promovidas pela Administração Pública, o Prejulgado assinala que:

14) As mesmas regras aplicam-se na contratação de prestação de serviços com empresa que venha a contratar empregados com incompatibilidades com as autoridades contratantes ou ocupantes de cargos de direção ou de assessoramento, devendo essa condição constar do edital de licitação

A seu turno, o Acórdão nº 2745/10⁴ possui a seguinte ementa:

Consulta. Licitação. Participação e contratação de empresa da qual consta como sócio cotista ou dirigente, cônjuge, companheiro, parente em linha reta ou colateral, consanguíneo ou afim de servidor em cargo efetivo ou em comissão na entidade licitante. Impossibilidade. Interpretação da Súmula Vinculante 13 do STF.

A 6ª Inspeção de Controle Externo opinou no sentido de que “a vedação atinge apenas os familiares de até terceiro grau de agentes públicos que detenham poder de influência no procedimento, inclusive quanto à eventual conhecimento antecipado e privilegiado da intenção da Administração Pública de contratar”. Assim, na visão da unidade, a limitação em comento não seria automática, pois deveria considerar as atribuições do agente público para verificar, no caso concreto, se o seu poder de influência seria capaz de orientar a contratação para beneficiar empresa de seus parentes até o terceiro grau.

Assiste razão à unidade técnica, pois o ônus da vedação deve recair sobre o servidor que optou por ingressar no serviço público. Em relação aos seus familiares, a proibição deve ser restrita às hipóteses em que o servidor possua poder de influência sobre a contratação a ser realizada.

A verificação da vedação de contratação de familiares de servidores públicos demanda a análise do caso concreto e do poder de influência do servidor no certame.

Portanto, corroboro com o entendimento do Parquet para que o quesito seja respondido nestes termos: “a vedação prevista no art. 9º, III, da Lei nº 8.666/93 proíbe a participação de empresas com sócios, dirigentes ou empregados com parentesco, até o terceiro grau, com agentes públicos do órgão ou ente contratante, ainda que a contratação seja realizada por meio de credenciamento, se o vínculo for mantido com dirigente ou servidor integrante da unidade responsável pela licitação, bem como se restar demonstrado pela autoridade administrativa competente que referido servidor possui poder de influência sobre o certame”.

4 Consulta 228167/10. Unanimidade: Conselheiros Nestor Baptista, Heinz Georg Herwig, Fernando Augusto Mello Guimarães e Caio Marcio Nogueira Soares (relator) e os Auditores Jaime Tadeu Lechinski e Cláudio Augusto Canha.

3) Qual o alcance dos termos “ente” e “órgão” da Lei de Licitações para que a vedação permaneça?

3.1) Da mesma forma, qual o alcance dos termos “ente”, “órgão” e “familiar” empregadas no Decreto Estadual?

3.2) Inexistirá proibição quando o servidor ou seu familiar exercem sua função em órgão ou entidade diversa daquela que realiza a contratação?

No tocante aos quesitos número 3, 3.1 e 3.1, acima transcritos, respaldado nos opinativos técnico e ministerial, deixo de conhecê-los, eis que não é possível o oferecimento de uma resposta objetiva para os itens. Conforme bem expôs o órgão ministerial, “não há uniformização normativa a respeito dos conceitos de ente e órgão, o que impede a sua delimitação objetiva para fins de verificação da extensão do art. 9º, III, da Lei 8666/93”.

Ademais, caso o quesito fosse respondido com uma conceituação objetiva e em tese, poderia, em consequência, permitir práticas ilícitas acobertadas pela resposta formulada, diante da complexidade fática.

Além disso, colaciono o posicionamento da Coordenadoria de Gestão Estadual pelo não conhecimento das questões:

Entende esta Coordenadoria que os questionamentos acima violam o art. 38, III e V da Lei Orgânica desta Corte e art. 311, III e V do Regimento Interno desta Casa porque não versa sobre dúvida na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência do Tribunal de Contas e ser formulada em tese. Isto porque houve indicação genérica ao mencionar “*empregados no Decreto Estadual*” sem indicar quais os dispositivos legais especificamente se questionam. Além disso, os questionamentos se referem ao alcance dos institutos “ente”, “órgão” e “familiar” que podem ser solucionados por meio da doutrina na e jurisprudência pátria.

4) Dependendo das respostas antecedentes a esta, mesmo que o servidor ou o seu familiar constem no quadro societário de uma empresa que pretenda ser credenciada, contudo declarem que não prestarão pessoalmente os serviços, a vedação permanecerá?

4.1) Esta vedação se restringe ao servidor sócio-gerente ou administrador da empresa, ou também alcança servidores que somente se caracterizam como sócios cotistas sem poder de administração da empresa?

4.2) Em linha inversa, também há proibição caso o servidor ou familiar seja o prestador de serviços, mas não seja sócio da empresa?

As vedações do art. 9º, III, da Lei 8.666/93, incidem mesmo que o servidor seja sócio-gerente ou administrador, ou ainda, sócio cotista, ou que tenha ou não poderes de administração da empresa.

A proibição prevista na Lei de Licitações, e também no Decreto Estadual 26/2015, tem como intuito evitar o favorecimento na contratação com a Adminis-

tração Pública. Como já mencionado anteriormente, a vedação tem caráter amplo e objetivo, que pretende preservar a impessoalidade, a imparcialidade e a moralidade.

Assim, conforme pontuou o Parquet, “mesmo que o servidor não atue para beneficiar empresa em que figura como sócio cotista, ou administrador, a vedação permanecerá como forma de evitar que qualquer dúvida recaia sobre a idoneidade da contratação realizada” (peça 11, pág. 10).

Em outras palavras, é vedada qualquer forma de contratação que possa gerar benefício a servidor público integrante do órgão ou entidade contratante. Neste raciocínio, também configura ilegalidade a hipótese em que servidor ou familiar seja prestador de serviço, pois também caracterizaria participação indireta do servidor.

Sobre o tema, a propósito, já decidiu esta Casa de Contas como mencionado pela EGP – Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca (peça 7, fls. 1 e 2):

Representação da Lei n.º 8.666/1993 – Licitação – Dispensa pelo critério de valor (artigo 24, incisos I e II, da Lei n.º 8.666/1993) – Extrapolação dos limites legais permitidos – Aplicação de multa administrativa – **Contratação de empresa de titularidade de pai de agente público do ente contratante – Impossibilidade – Consulta com força normativa** – Acórdão n.º 2745/10 – Fatos anteriores à fixação do prejulgamento de tese – Não aplicação de sanção – Pela procedência parcial da demanda. 1. Os limites estabelecidos nos incisos I e II do artigo 24 da Lei n.º 8.666/93 (dispensa de licitação por valor) correspondem ao exercício financeiro (ano civil); 2. Não é admissível a realização de seguidas dispensas de licitação por valor que envolvam objetos similares e do mesmo gênero, devendo ser considerado o valor global para a adoção da modalidade licitatória adequada; **3. É vedada a participação e contratação de empresa da qual consta como sócio cotista ou dirigente, cônjuge, companheiro, parente em linha reta ou colateral, consanguíneo ou afim de servidor em cargo efetivo ou em comissão na entidade licitante.** TCE/PR – Acórdão n. 6297/15 – Tribunal Pleno – Rel. Cons. Corregedor-Geral Durval Amaral – **sem grifo no original.**

Representação da Lei n.º 8.666/93 – Irregularidades em licitações realizadas pelo Município de Itaipulândia e nas contratações delas decorrentes – **(1) Contratação de empresa em que integrava o quadro societário servidor ocupante de cargo de provimento em comissão no âmbito do Município – Impossibilidade – Inobservância da norma extraída do artigo 9º, III, da Lei n.º 8.666/93 – (2) Contratação de empresas cujos sócios possuem vínculo de parentesco com servidores públicos do Município – Impossibilidade – Ofensa aos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e da isonomia, e ao entendimento deste Tribunal de Contas exposto por meio do Acórdão n.º 2745/2010, do Tribunal Pleno, que respondeu a Consulta sobre o tema** – Procedência parcial – Aplicação de sanções. TCE/PR – Acórdão n. 1468/16 – Tribunal Pleno – Rel. Cons. Corregedor-Geral Durval Amaral – **sem grifo no original.**

Por conseguinte, conclui-se que a proibição do art. 9º, III, da Lei n.º 8.666/93 incidirá mesmo quando o servidor do órgão ou entidade contratante figurar como mero sócio cotista, sem poderes de administração, e ainda que não seja responsável pela prestação direta do serviço, bem como na hipótese em que o servidor seja responsável pela prestação do serviço contratado, sem constar no quadro societário da empresa contratada.

5) Na hipótese de um edital de credenciamento visar à contratação de pessoas jurídicas da área de saúde, e apresentar interesse apenas uma empresa impossibilitada de ser contratada, no caso em tese, existirem as vedações que são objetos dos questionamentos anteriores, e considerando que não há outros meios para a prestação dos serviços, nessa situação excepcional, é legalmente possível a realização de dispensa de licitação, com base no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, mediante a contratação emergencial dessa mesma empresa com o fim de evitar prejuízos aos pacientes, ou se configura inexigibilidade de licitação?

5.1) Caso a hipótese acima caracterize caso de dispensa de licitação, e se a situação permanecer, poderá a Administração prorrogar o mesmo contrato, ultrapassando o prazo de 180 dias, até a busca e implantação de outra solução?

5.2) Se a hipótese acima descrita configurar hipótese de inexigibilidade, poderá ser credenciada, pelo próprio edital, a empresa vedada, ou a contratação se realizará em processo diverso, com base em outro fundamento? Em caso de resposta afirmativa, qual é este fundamento?

Preliminarmente quanto a estes quesitos, o Ministério Público de Contas e a Coordenadoria de Gestão Estadual sugeriram o não recebimento, em razão de não comportarem resposta objetiva em tese.

Contudo, entendo que é possível a resposta em tese para os questionamentos, afastando da análise qualquer situação fática ou elementos concretos.

Rejeitada a preliminar, passo a analisar o mérito.

A contratação direta prevista no art. 24, IV, da Lei 8.666/93 é possível quando devidamente demonstrada situação de emergência ou calamidade pública ou quando a ausência de contratação acarretar prejuízo concreto à segurança e integridade de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Essa possibilidade, contudo, deve respeitar certas limitações, como por exemplo, deve ser ater aos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa. Trata-se de contratação excepcional, e, se configurada, deve se dar mediante dispensa de licitação devidamente justificada.

Cabe ao órgão ou entidade responsável iniciar novo procedimento, comprovando a caracterização da situação de emergência e que não há outra empresa que tenha interesse e condições de ser contratada.

Relevante mencionar que a contratação emergencial não isenta o gestor público da necessidade de planejar a contratação, restringindo-se a situações efetivamente excepcionais e amplamente justificadas pelo gestor.

Ademais, no caso de um credenciamento, o mesmo deve permanecer aberto para futuros interessados durante o período e condições previstos no edital. As-

sim, uma nova empresa poderá se interessar, ser credenciada, e o contrato emergencial deverá ser encerrado.

Frise-se que, o fato de o serviço ser concernente a área de saúde, por si só, não caracteriza situação emergencial, a qual deve ser devidamente demonstrada e justificada. A eventual falta de planejamento por parte do gestor também não caracteriza situação emergencial.

Quanto à prorrogação da contratação por prazo superior a 180 dias, só será possível quando for a única opção viável, e com a apresentação de expressa motivação da manutenção da situação emergencial e a impossibilidade de realização de novo certame.

Pelo exposto, corroboro a resposta fornecida pelo órgão ministerial, que passo a transcrever: “a contratação direta por inexigibilidade ou dispensa deverá ser justificada expressamente pelo gestor e, se escolhida a modalidade de dispensa prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, o gestor deverá demonstrar de maneira objetiva a existência de situação emergencial ou de calamidade pública, bem como a necessidade da contratação para evitar a ocorrência de prejuízo concreto a pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, cabendo ao gestor a deflagração de novo certame licitatório para que não reste caracterizada situação de emergência fabricada. Ainda, eventual prorrogação do contrato de emergência apenas será lícita se demonstrada a manutenção da situação de emergência ou calamidade pública e a impossibilidade de realização de novo certame, ou sua frustração, durante o período inicial de vigência da contratação emergencial”.

Por fim, passo a analisar o requerimento feito no Parecer 652/18 (peça 15), para que se consigne expressamente a superação do entendimento consubstanciado na Resolução 7015/2003, proferida na Consulta nº 434004/02, para evitar que qualquer órgão ou ente público tente utilizar indevidamente a decisão que já foi superada.

A Resolução 7015/2003, que concluiu “pela admissibilidade da contratação de terceiros para prestar atendimento médico e odontológico, mesmo que estes já sejam servidores do Município”, já foi superada por diversas decisões recentes desta Corte. Cite-se o Acórdão 1468/2016-TP⁵.

5 Representação da Lei n.º 8.666/93 – Irregularidades em licitações realizadas pelo Município de Itaipulândia e nas contratações delas decorrentes – (1) Contratação de empresa em que integrava o quadro societário servidor ocupante de cargo de provimento em comissão no âmbito do Município – Impossibilidade – Inobservância da norma extraída do artigo 9º, III, da Lei n.º 8.666/93 – (2) Contratação de empresas cujos sócios possuem vínculo de parentesco com servidores públicos do Município – Impossibilidade – Ofensa aos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e da isonomia, e ao entendimento deste Tribunal de Contas exposto por meio do Acórdão n.º 2745/2010, do Tribunal Pleno, que respondeu a Consulta sobre o tema – Procedência parcial – Aplicação de sanções.

Além disso, a decisão foi proferida enquanto vigente a Lei Estadual nº 5.615/1967, que não previa caráter normativo e vinculante às decisões proferidas em consulta, com quórum qualificado

Portanto, corroboro o entendimento do órgão ministerial para que esta decisão consigne expressamente a superação do entendimento firmado na Resolução 7015/2003.

2.1 VOTO

Em face do exposto, com base nas razões supra, VOTO pelo conhecimento da Consulta para, no mérito, respondê-la nestes termos:

Quesitos 1 e 1.1: A vedação prevista no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/93, incide sobre servidores públicos efetivos, temporários ou comissionados, e aplica-se também na hipótese de contratação direta, inclusive nos processos de credenciamento mediante inexigibilidade de licitação.

Quesito 2: A vedação prevista no art. 9º, III, da Lei nº 8.666/93 proíbe a participação de empresas com sócios, dirigentes ou empregados com parentesco, até o terceiro grau, com agentes públicos do órgão ou ente contratante, ainda que a contratação seja realizada por meio de credenciamento, se o vínculo for mantido com dirigente ou servidor integrante da unidade responsável pela licitação, bem como se restar demonstrado pela autoridade administrativa competente que referido servidor possui poder de influência sobre o certame.

Quesitos 4, 4.1 e 4.2: a proibição do art. 9º, III, da Lei nº 8.666/93 incidirá mesmo quando o servidor do órgão ou entidade contratante figurar como mero sócio cotista, sem poderes de administração, e ainda que não seja responsável pela prestação direta do serviço, bem como na hipótese em que o servidor seja responsável pela prestação do serviço contratado, sem constar no quadro societário da empresa contratada.

Quesitos 5, 5.1 e 5.1: a contratação direta por inexigibilidade ou dispensa deverá ser justificada expressamente pelo gestor e, se escolhida a modalidade de dispensa prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, o gestor deverá demonstrar de maneira objetiva a existência de situação emergencial ou de calamidade pública, bem como a necessidade da contratação para evitar a ocorrência de prejuízo concreto a pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, cabendo ao gestor a deflagração de novo certame licitatório para que não reste caracterizada situação de emergência fabricada. Ainda, eventual prorrogação do contrato de emergência apenas será lícita se demonstrada a manutenção da situação de emergência ou calamidade pública e a impossibilidade de realização de novo certame, ou sua frustração, durante o período inicial de vigência da contratação emergencial.

Consigne-se que o entendimento fixado anteriormente na Resolução 7015/2003 foi superado.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos à Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca⁶ para as devidas anotações, ficando, na sequência, autorizado o encerramento do feito, em conformidade com o art. 398, § 1º, do Regimento Interno⁷, e seu arquivamento junto à Diretoria de Protocolo.

3 DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVAN LELIS BONILHA, por unanimidade, em:

I – Conhecer a presente Consulta, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade, para, no mérito, respondê-la nos seguintes termos:

i) Quesitos 1 e 1.1: A vedação prevista no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/93, incide sobre servidores públicos efetivos, temporários ou comissionados, e aplica-se também na hipótese de contratação direta, inclusive nos processos de credenciamento mediante inexigibilidade de licitação;

ii) Quesito 2: A vedação prevista no art. 9º, III, da Lei nº 8.666/93 proíbe a participação de empresas com sócios, dirigentes ou empregados com parentesco, até o terceiro grau, com agentes públicos do órgão ou ente contratante, ainda que a contratação seja realizada por meio de credenciamento, se o vínculo for mantido com dirigente ou servidor integrante da unidade responsável pela licitação, bem como se restar demonstrado pela autoridade administrativa competente que referido servidor possui poder de influência sobre o certame;

iii) Quesitos 4, 4.1 e 4.2: a proibição do art. 9º, III, da Lei nº 8.666/93 incidirá mesmo quando o servidor do órgão ou entidade contratante figurar como mero sócio cotista, sem poderes de administração, e ainda que não seja responsável pela prestação direta do serviço, bem como na hipótese em que o servidor seja responsável pela prestação do serviço contratado, sem constar no quadro societário da empresa contratada;

iv) Quesitos 5, 5.1 e 5.1: a contratação direta por inexigibilidade ou dispensa

6 Regimento Interno: “Art. 175-D. A Escola de Gestão Pública compõe-se das Áreas de Capacitação e de Jurisprudência.

(...)

§ 2º Compete à Área de Jurisprudência:

(...)

III - manter atualizados os atos normativos e jurisprudência na intranet e no sítio do Tribunal;”

7 “Art. 398. (...)

§ 1º Proferida a decisão monocrática ou do órgão colegiado, com o respectivo trânsito em julgado e certificado seu integral cumprimento, o processo será encerrado, mediante despacho do relator.”

deverá ser justificada expressamente pelo gestor e, se escolhida a modalidade de dispensa prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, o gestor deverá demonstrar de maneira objetiva a existência de situação emergencial ou de calamidade pública, bem como a necessidade da contratação para evitar a ocorrência de prejuízo concreto a pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, cabendo ao gestor a deflagração de novo certame licitatório para que não reste caracterizada situação de emergência fabricada. Ainda, eventual prorrogação do contrato de emergência apenas será lícita se demonstrada a manutenção da situação de emergência ou calamidade pública e a impossibilidade de realização de novo certame, ou sua frustração, durante o período inicial de vigência da contratação emergencial;

II – consignar que o entendimento fixado anteriormente na Resolução 7015/2003 foi superado;

III – determinar a remessa dos autos, após o trânsito em julgado, à Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca, para as devidas anotações, ficando, na sequência, autorizado o encerramento do feito, em conformidade com o art. 398, § 1º, do Regimento Interno, e seu arquivamento junto à Diretoria de Protocolo.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, FABIO DE SOUZA CAMARGO e IVENS ZSCHOERPER LINHARES e o Auditor THIAGO BARBOSA CORDEIRO.

Presente o Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas GABRIEL GUY LÉGER.

Sala das Sessões, 14 de agosto de 2019 - Sessão nº 28.

IVAN LELIS BONILHA
Conselheiro Relator

NESTOR BAPTISTA
Presidente