

VOTO-VOGAL :

Ementa : Direito Constitucional e administrativo. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Licitações e contratos administrativos. Lei orgânica municipal. Vedação à celebração de contratos administrativos com agentes públicos e seus familiares.

1. Recurso extraordinário contra acórdão do TJ/MG que declarou inconstitucional o art. 96 da Lei Orgânica do Município de Francisco Sá. O dispositivo legal veda a celebração de contratos administrativos pelo Município com o Prefeito, o Vice-Prefeito, os Vereadores, os Servidores Municipais e com as pessoas ligadas a *qualquer deles* por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até o terceiro grau inclusive, ou por adoção.

2. O STF já afirmou a constitucionalidade de previsões semelhantes, contidas nas leis orgânicas dos Municípios de Brumadinho (RE 423.560, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 29.05.2012) e de Belo Horizonte (ARE 648.476, Primeira Turma, sob minha relatoria, j. em 23.06.2017). No entanto, a partir dos critérios defendidos nesses precedentes, identifico que o dispositivo legal ora analisado foi além do que seria constitucionalmente legítimo proibir.

3. Os dispositivos legais já reputados constitucionais por esta Corte incluíam no rol de pessoas proibidas de contratar com o Município os cônjuges, companheiros e parentes (i) dos *agentes eletivos* e (ii) dos servidores e empregados públicos municipais *que ocupem cargo em comissão ou função de confiança* . A vedação não alcançava pessoas ligadas a servidores e empregados públicos que não ocupassem cargo em comissão ou função de confiança.

4. No mesmo sentido, as Resoluções CNJ nº 7/2005 e CNMP nº 37/2009, que vedam a prática do nepotismo, restringem a proibição de contratar aos cônjuges, companheiros e parentes (i) dos magistrados e membros do Ministério Público *ocupantes de cargos de direção ou no exercício de funções administrativas* e (ii) dos servidores *ocupantes dos cargos de direção, chefia e assessoramento*.

5. Conforme precedentes do TCU, o impedimento à contratação pública se justifica como um imperativo de moralidade e de impessoalidade sempre que a situação fática analisada permita antever risco de influência sobre a conduta dos agentes responsáveis pela licitação ou pela execução do contrato, a justificar uma espécie de suspeição. Não é possível presumir tal suspeição na contratação de pessoas ligadas a servidores que não exercem nenhuma função de direção, chefia ou assessoramento e que, por isso, não possuem meios de influenciar os rumos das licitações e contratações do ente.

6. Recurso parcialmente provido, para dar interpretação conforme ao art. 96 da Lei Orgânica do Município de Francisco Sá, de modo a excluir a proibição de contratação de pessoas ligadas, por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até o terceiro grau inclusive, ou por adoção, a servidores municipais que não ocupem cargo em comissão ou função de confiança.

7. Tese de julgamento: “ *É constitucional o ato normativo municipal, editado no exercício de competência legislativa suplementar, que proíba a participação em licitação ou a contratação: (a) de agentes eletivos; (b) de ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança; (c) de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou*

por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer destes; e (d) dos demais servidores públicos municipais”.

1. Adoto o relatório lançado pela Ministra Cármen Lúcia, relatora deste recurso extraordinário.

2. O recurso foi interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais – MP/MG contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJ/MG, que, em julgamento de representação de inconstitucionalidade, declarou inconstitucional o art. 96 da Lei Orgânica do Município de Francisco Sá. O dispositivo legal tem a seguinte redação:

Art. 96 O Prefeito, o Vice-Prefeito, os Vereadores e os Servidores Municipais, bem como as pessoas ligadas a qualquer deles por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até o terceiro grau inclusive, ou por adoção não poderão contratar com o Município, subsistindo a proibição até seis meses após findas as respectivas funções.

3. No acórdão recorrido, o TJ/MG apontou que a limitação imposta pelo dispositivo da Lei Orgânica municipal não existe no regime jurídico das licitações, estatuído pela Constituição federal e pela Lei nº 8.666/1993, nem na Constituição estadual. Por esse motivo, concluiu haver contrariedade ao princípio da simetria.

4. O Plenário do STF, em 28.06.2018, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria. No acórdão correspondente, destacou-se a necessidade de fixar orientação a respeito de duas questões: a primeira, relativa aos limites da competência legislativa municipal em matéria de contratação pública; a segunda, relativa ao âmbito de incidência da vedação constitucional ao nepotismo, se restrito ao contexto da contratação de mão-de-obra pela Administração Pública, ou se extensível à celebração de contratos administrativos pelo poder público.

5. A relatora, com base em densa fundamentação, dá provimento ao recurso extraordinário para declarar a constitucionalidade do art. 96 da Lei Orgânica do Município de Francisco Sá, com a fixação da seguinte tese:

“É constitucional a norma municipal pela qual proibida a participação em licitação ou em execução de contratos de parentes, até terceiro grau, de Prefeito, Vice-Prefeito, Vereadores e de servidores públicos municipais, editada no exercício de competência legislativa suplementar municipal e editada com o objetivo de dotar de máxima eficácia os princípios da impessoalidade, da igualdade e da moralidade administrativa”.

6. Sobre a primeira questão destacada no acórdão em que se reconheceu a existência de repercussão geral, a relatora consigna que os Municípios dispõem de competência legislativa suplementar, em matéria de licitação e contratos, para atender às suas peculiaridades locais, respeitadas as normas gerais estabelecidas pela União e em atendimento estrito aos princípios constitucionais da Administração Pública. Nesse sentido, conclui pela inexistência de vício de inconstitucionalidade formal no dispositivo legal impugnado, cujo conteúdo não contraria a norma geral de licitações e contratos, nem desborda dos princípios constitucionais sobre o tema.

7. Sobre a segunda questão, a relatora extrai dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, bem como da ética democrática e da exigência republicana, os fundamentos para reconhecer a legitimidade da vedação ao nepotismo em matéria de licitação e contratação pública. Para reafirmar a validade de tal previsão, destaca que a nova lei de licitações e contratos administrativos (Lei nº 14.133/2021), em seu art. 14, IV, introduziu regra pela qual se proíbe a participação em licitação ou execução de contrato daquele que mantenha vínculo com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente.

8. Manifesto integral concordância com as razões desenvolvidas pela relatora na fundamentação de seu voto, que encontra bases sólidas no princípio republicano e nos princípios constitucionais da Administração Pública. Como afirmado pela relatora, o Supremo Tribunal Federal já afirmou a constitucionalidade de previsões semelhantes, contidas nas leis orgânicas dos Municípios de Brumadinho (RE 423.560, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 29.05.2012) e de Belo Horizonte (ARE 648.476, Primeira Turma, sob minha relatoria, j. em 23.06.2017). No entanto, partindo dos critérios defendidos nesses precedentes e no próprio voto da relatora,

identifico um pequeno ponto de divergência por entender que a vedação contida no art. 96 da Lei Orgânica do Município de Francisco Sá foi além do que seria constitucionalmente legítimo proibir.

9. O art. 36 da Lei Orgânica de Brumadinho e o art. 42 da Lei Orgânica de Belo Horizonte, declarados constitucionais pelo STF, possuem ambos a seguinte redação:

O Prefeito, o Vice-Prefeito, os Vereadores, os ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, as pessoas ligadas a qualquer deles por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até o segundo grau, ou por adoção, **e os servidores e empregados públicos municipais** não poderão firmar contrato com o Município, subsistindo a proibição até seis meses após findas as respectivas funções.

10. Como visto, a vedação por eles imposta abrange os agentes políticos municipais, os servidores ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, as pessoas ligadas a qualquer destes por matrimônio ou parentesco e, por fim, os demais servidores e empregados públicos municipais – que, a rigor, já estavam proibidos de contratar com o Município por força do art. 9º, III, da Lei nº 8.666/1993. Não são incluídos na proibição de contratar os cônjuges, companheiros e parentes dos servidores e empregados públicos municipais que não ocupem cargo em comissão ou função de confiança.

11. A mesma lógica parece ter orientado a edição da Resolução CNJ nº 7 /2005 e da Resolução CNMP nº 37/2009, que vedam a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público da União e dos Estados. Os atos normativos proíbem a contratação de pessoa jurídica que tenha em seu quadro societário cônjuge, companheiro ou parente: (i) dos magistrados e membros do Ministério Público ocupantes de cargos de direção ou no exercício de funções administrativas; e (ii) dos servidores ocupantes dos cargos de direção, chefia e assessoramento. Não há, portanto, a vedação à contratação de pessoa jurídica da qual sejam sócios o cônjuge, companheiro ou parente de servidor que não ocupe cargo ou função comissionada.

12. A redação do art. 96 da Lei Orgânica do Município de Francisco Sá, ora analisado, proíbe a contratação pelo Município de seus agentes

políticos, de seus servidores públicos e de pessoas ligadas *a qualquer deles* por matrimônio ou parentesco. Trata-se de vedação mais extensa do que aquelas reputadas constitucionais em precedentes desta Corte, já que são incluídos no rol de pessoas proibidas de contratar os cônjuges, companheiros e parentes de quaisquer servidores públicos, sejam eles ocupantes ou não de cargo em comissão ou função de confiança.

13. Conforme apontado em acórdãos do Tribunal de Contas da União citados na fundamentação do voto da relatora, o impedimento à contratação com agentes públicos ou com pessoas a eles vinculadas estará presente como um imperativo de moralidade e de impessoalidade sempre que a situação fática analisada permitir que se antevêja o risco de influência sobre a conduta dos agentes responsáveis pela licitação ou pela execução do contrato, a justificar uma espécie de suspeição. Entendo não ser possível presumir tal suspeição nas hipóteses em que a contratação pública se dê com pessoas vinculadas a servidores municipais que não exercem nenhuma função de direção, chefia ou assessoramento e que, por isso, não possuem meios para influenciar os rumos das licitações e contratações do município.

14. Por esse motivo, entendo que a restrição imposta pelo dispositivo em questão viola a proporcionalidade, por não atender ao subprincípio da adequação, no ponto em que alcança as pessoas ligadas, por matrimônio ou parentesco, aos servidores públicos municipais que não ocupem cargo em comissão ou função de confiança.

15. Diante do exposto, peço vênias à relatora para divergir apenas pontualmente do seu entendimento e **dou provimento parcial ao recurso**, para interpretar o art. 96 da Lei Orgânica do Município de Francisco Sá conforme a Constituição, de modo a excluir a proibição de contratação de pessoas ligadas, por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até o terceiro grau inclusive, ou por adoção, a servidores municipais *que não ocupem cargo em comissão ou função de confiança*.

16. Proponho a seguinte tese de julgamento: “É constitucional o ato normativo municipal, editado no exercício de competência legislativa suplementar, que proíba a participação em licitação ou a contratação: (a) de agentes eletivos; (b) de ocupantes de cargo em comissão ou função de

confiança; (c) de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer destes; e (d) dos demais servidores públicos municipais”.

17. É como voto.

Notas :

Lei nº 14.183/2021, art. 14: “Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente: (...)

IV - aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação”.

Lei nº 8.666/1993, 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: (...)

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

Resolução CNJ nº 7/2005, art. 2º: “Constituem práticas de nepotismo, dentre outras: (...)

VI - a contratação, independentemente da modalidade de licitação, de pessoa jurídica que tenha em seu quadro societário cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o terceiro grau, inclusive, dos magistrados ocupantes de cargos de direção ou no exercício de funções administrativas, assim como de servidores ocupantes de cargos de direção, chefia e assessoramento vinculados direta ou indiretamente às unidades situadas na linha hierárquica da área encarregada da licitação. (Incluído pela Resolução nº 229, de 22.06.16)”.

Resolução CNMP nº 37/2009, art. 3º: “Constituem práticas de nepotismo vedadas no âmbito de todos os órgãos do Ministério Público da União e dos Estados: (...)”

II – a contratação, independentemente da modalidade de licitação, de pessoa jurídica que tenha em seu quadro societário cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o terceiro grau, inclusive, dos membros ocupantes de cargos de direção ou no exercício de funções administrativas, assim como de servidores ocupantes de cargos de direção, chefia e assessoramento vinculados direta ou indiretamente às unidades situadas na linha hierárquica da área encarregada da licitação. (Incluído pela Resolução nº 172, de 4 de julho de 2017)”.
Plenário Virtual - minuta de voto - 1705/2022

TCU, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Acórdão 1.170/2010, j. em 26.05.2010 e Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Acórdão 1.893/2010, j. em 04.08.2010.