



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

PROCESSO N° PGE2013252685-0

AUDITORIA GERAL DO ESTADO DA BAHIA

PARECER N° NCAD-ABC-659/2013

DENÚNCIA - Relatório da Auditoria Geral do Estado noticiando supostos desvios de conduta por parte de servidores estaduais. Necessidade de retorno dos autos a AGE para novo pronunciamento.

Vem para análise desta Procuradoria o presente processo que se encontra munido de Relatório de Auditoria elaborado pela Auditoria Geral do Estado e que conclui identificando quatrocentos e quatorze servidores estaduais que figuram como sócios de empresas fornecedoras deste Estado no período de 2006 a 2012.

Em primeiro lugar, vale deixar claro que as vedações contidas na Lei têm razão de ser nos princípios da moralidade e isonomia e devem ser interpretados sistematicamente, a fim de evitar conclusões indevidas e precipitadas, não coerentes com o real sentido da lei.

No que concerne ao art. 18 da Lei nº 9.433/05, cumpre observar que o impedimento de participação direta ou indireta na licitação recai sobre o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Já o art. 125 do mesmo Diploma Legal proíbe a celebração de contratos entre a Administração direta ou indireta e agentes políticos ou servidores públicos, por si ou como representante de terceiro, excetuadas as hipóteses do parágrafo único do referido dispositivo, quais sejam os serviços de natureza eventual, de consultoria técnica, treinamento e aperfeiçoamento, bem como a participação em comissões examinadoras de concursos no âmbito da Administração Pública.

O art. 176 da Lei nº 6.677/94, por sua vez, proíbe o servidor de transacionar com o Estado quando participar de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil, ou exercer comércio.

Assim, por exemplo, inexistente óbice à participação do servidor no certame que ocorre em outra entidade ou órgão que não a sua ou seu e sejam contratantes ou responsáveis pelo mesmo e desde que sejam obedecidos os limites do § único do art. 125 da Lei nº 9.433/05.

Ademais, poderá o servidor celebrar contrato com a Administração, contanto que não decorrente da situação aventada no art. 18 da Lei nº 9.433/05; desde que circunscrito às exceções ventiladas no § único do art. 125 e quando não participe de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil.

Seguindo o mesmo raciocínio, não que ser observadas as restrições do art. 40 da Lei nº 7.990/01.

Sem dúvida, os fatos noticiados no feito em estudo demanda a devida apuração, sendo oportuno advertir que o exame deverá ser feito caso a caso, atentando-se para as vedações contidas na lei (inclusive leis especiais, a exemplo do Estatuto dos Policiais Militares do Estado), sob pena de instauração de sindicâncias ou PADS desnecessários.

Ante o exposto, entendo prudente o retorno do presente processo à Auditoria Geral do Estado, a fim de que, com base nas premissas ora fixadas, proceda uma triagem das situações indicadas, retornando, ao depois, o feito para nova apreciação neste NCAD.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Com essas anotações, sigam os autos à i. Assistência, haja vista que já constam neste opinativos as diretrizes que deverá embasar a análise a ser procedida pela AGE.

NUCLÉO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO E DISCIPLINAR, em 19 de
junho de 2013.

ALESSANDRA FRANCO BACELAR PEDREIRA DE CERQUEIRA

Procuradora do Estado



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

PROCESSO Nº PGE2013252685

ORIGEM: SECRETARIA DA FAZENDA

INTERESSADO: AUDITORIA GERAL DO ESTADO

PARECER PA-NCAD-FFB-1450-2015

Consulta sobre a possibilidade de participação de agente público, através de pessoa jurídica, em licitações e contratos administrativos promovidos no âmbito do Estado da Bahia. Impossibilidade de contratação de agente público, de forma direta ou indireta, em face do disposto nos artigos 18 e 125 da Lei estadual nº 9.433/05. Declaração de nulidade dos contratos celebrados sem observância das vedações legais, sem prejuízo da apuração de responsabilidade de pessoa jurídica que violou estas vedações.

Possibilidade de modulação temporal dos efeitos desta orientação. Importância de realização de investigação, mediante sindicância, da responsabilidade funcional do servidor que, na condição de administrador/gerente, transacionou com o



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Estado, salvo se já houver elementos suficientes para deflagração de processo disciplinar. Necessidade de atualização do relatório pela AGE para adoção das providências sugeridas. Remessa dos autos ao Gabinete do PGE, submetendo-se previamente o feito à apreciação Chefia da Procuradoria Administrativa em face da repercussão da matéria.

Trata-se de relatório apresentado pela AGE, no qual se aponta mais de quatrocentos servidores estaduais figurando como sócios de empresas fornecedoras do Estado da Bahia.

Diante dos dados apresentados, cumpre analisar a possibilidade de participação de agente público, através de pessoa jurídica, em licitações e contratos promovidos no âmbito do Estado da Bahia e quais as medidas administrativas cabíveis.

Preliminarmente, cumpre frisar que os entendimentos que serão expostos a seguir se baseiam nas disposições contidas na Lei estadual nº 9.433/05, norma que tem aplicabilidade no âmbito da Administração Pública direta ou indireta, inclusive no âmbito dos demais Poderes no exercício da sua função administrativa, ou seja, em face do disposto no art. 1º desta lei, todas as limitações que serão tratadas adiante também se dirigem às entidades descentralizadas (autarquias, fundações, empresa pública e sociedade de economia mista) e aos Poderes Legislativo (Assembleia e Tribunais de Contas do Estado e Municípios) e Judiciário, além do Ministério Público e Defensoria Pública.

Convém ainda que esclarecer que os referidos posicionamentos foram construídos com base na análise da legislação em tese, sem referência a nenhum caso



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

concreto, porquanto penso que cada situação deverá ser analisada isoladamente dentro das suas peculiaridades, considerando as repercussões que também poderão existir na esfera funcional-disciplinar.

Para responder aos questionamentos desta consulta, devemos analisar as vedações contidas no art. 18 e art. 125, combinado com a previsão estabelecida no art. 208, todos da Lei baiana de Licitações e Contratos.

O primeiro dispositivo a ser apreciado é o art. 18 da norma estadual, dispositivo que repete as regras contidas no art. 9º da Lei federal nº 8.666/93 em quase sua totalidade (com exceção do inciso IV do art. 18), ao assim dispor:

Lei estadual nº 9.433/05

Art. 18 - Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação, da execução de obras ou serviços e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - a empresa responsável, isoladamente ou em consórcio, 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, subordinado ou subcontratado;



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

III - servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação;

IV - demais agentes públicos, assim definidos no art. 207 desta Lei, impedidos de contratar com a Administração Pública por vedação constitucional ou legal.

§ 1º - É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa, a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação ou na execução da obra ou serviço, 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, como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração, a elaboração do projeto executivo.

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

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

.....
.....

Lei federal nº 8.666/93:



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

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.

§ 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



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

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.

No que diz respeito ao art. 9º da Lei federal nº 8.666/93, devo esclarecer que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3158 , já se manifestou no sentido de que o aludido art. 9º é norma geral de licitações e contratos, razão pela qual deve ser observada por todos os entes federativos, no exercício da sua competência legislativa suplementar, ao editarem suas próprias normas de contratações administrativas.

Disto se deflui que, ainda que o Estado da Bahia quisesse, não poderia deixar de seguir as regras constantes no art. 9º da norma federal quando estabelecesse as vedações de participar em licitações e contratos, notadamente o disposto no inciso III do aludido dispositivo, como explicarei mais adiante.

Passando ao exame do art. 18, a primeira observação a ser feita da leitura do caput do dispositivo acima registrado é que os impedimentos tratados neste dispositivo se referem tanto para licitação como também para a celebração de contratos, na medida em que o legislador proibiu participar "da licitação", bem como "da execução de obras ou serviços e do fornecimento de bens..".

Isso quer dizer que as proibições contidas nestes dispositivos devem abranger também as situações em que não é possível a realização de licitação, ou seja, o art. 18 também tem aplicabilidade nas hipóteses de dispensa de licitação previstas no



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

art. 59, bem como nos casos de inexigibilidade exemplificados no art. 61, incluindo também nesta última hipótese a contratação através de credenciamento, na forma do art. 62, todos da lei estadual nº 9.433/05.

Além disso, para apreciar as regras contidas nos incisos III e IV do art. 18, devemos previamente definir o que é agente público para os fins da lei estadual nº 9.433/05, conceito que se encontra descrito no art. 207, que assim preceitua:

Art. 207 - Considera-se agente público, para os efeitos desta Lei, aquele que exerce, ainda que transitoriamente, mandato, cargo, emprego ou função na Administração direta, indireta e outras entidades sujeitas ao controle do Estado, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura.

Assim, da leitura do texto acima, está incluído neste dispositivo as seguintes categorias de agente público:

- a) Agentes políticos: detentores de mandato eletivo (Poder Legislativo, Executivo, inclusive os seus respectivos auxiliares, como Ministros e Secretários) ou de cargo vitalícios (como as carreiras da Magistratura, Ministério Público e membros dos Tribunais Superiores);
- b) Servidores públicos civis em sentido amplo - que podem ser subdivididos em:



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

b.1) servidores estatutários: ocupantes de cargo efetivo ou cargo exclusivamente comissionado ou função de confiança no âmbito dos órgãos (Poder Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública), autarquias e fundações;

b. 2) empregados públicos: ocupantes de emprego público nas empresas públicas e sociedade de economia mista, empresas estatais nas quais também é possível encontrar funções de confiança (diretoria);

b.3) servidores temporários: ocupantes de função pública, contratados em razão de necessidade temporária ou em virtude de excepcional interesse público

c) Servidores Públicos Militares: Integrantes das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) e os militares estaduais (Polícia Militar e Corpo de Bombeiros).

Foi com base neste raciocínio que entendi que estariam excluídos de vedações contidas na Lei baiana de licitações e contratos os médicos residentes (que não são agentes públicos) e os servidores inativos, com exceção dos policiais militares e aqueles que voltam a ocupar cargo comissionado, conforme expus no processo nº 0200140350205, tendo sido elaborados dois enunciados pela Chefia da Procuradoria Administrativa quando aprovou o meu opinativo:

1. É possível o cadastro de empresa que possua em seu quadro societário servidor inativo, à exceção do policial militar, desde ou até que este não volte a ocupar cargo público (efetivo ou comissionado) ou função de confiança junto à Administração Pública estadual, direta ou indiretamente.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

2. É possível cadastro de empresa médica que possua em seu quadro societário médico residente, desde ou até que este não seja também servidor público em atividade; e não haja no instrumento firmado junto à instituição de ensino vedação de contratação junto Administração Pública estadual, direta ou indireta.

Da leitura dos enunciados acima, podemos também concluir que não se encontram submetidos aos impedimentos estabelecidos na lei baiana de licitações e contratos os estagiários (submetidos à Lei federal nº 11.788/08), haja vista que estes não podem ser considerados agentes públicos, o que não impede que estes sejam acusados de crimes contra a Administração Pública ou da prática e ato de improbidade, na condição de particular.

Passando à análise da regra constante no inciso III do art. 18, que proíbe a participação em licitações e contratos de "servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação", creio que não existem dúvidas de que o servidor (ocupante de cargo, emprego ou função) e o dirigente (ocupante de cargo comissionado/função de confiança na Administração direta ou indireta, bem como de cargo político) não podem participar diretamente (ele próprio, como pessoa física) de uma licitação ou de contratação promovida pelo órgão/entidade da Administração do qual pertence.

Este impedimento tratado no art. 18 não poderia deixar de existir, especialmente se a contratação de servidores públicos civis ou militares for para realização de atividade fim (e não de atividade meio), sob pena de violação da regra do concurso público e suas exceções legais (cargo exclusivamente comissionado e servidor temporário), além de esta prática parecer uma tentativa de burla à Lei de Responsabilidade Fiscal quanto aos limites com despesa de pessoal.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

No que se refere à participação indireta proibida no art. 18, penso que, em primeiro lugar, esta ocorre quando o servidor público civil (em sentido amplo) ou militar e o dirigente (ocupante de cargo de direção, chefia) do órgão/entidade responsável pela contratação se utiliza de pessoa jurídica para figurar como interessado em licitação.

Afinal, grande parte dos certames licitatórios são realizados para contratação de pessoas jurídicas e não de pessoas físicas, razão pela qual não faria qualquer sentido apenas se proibir que o próprio servidor participasse desta seleção se sua empresa pudesse figurar como licitante, situação que, a meu ver, também atenta contra a lisura da contratação administrativa.

Vale lembrar que o direito pátrio repele que a pessoa jurídica seja utilizada para fraudar a aplicação da lei (in casu, as regras proibitivas da lei de licitações e contratos), razão pela qual o Ordenamento Jurídico previu a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em diversos diplomas legais, tais como Código Civil (art. 50), Código de Defesa do Consumidor (art. 28), Lei federal nº 12.846/2013 - Lei Anticorrupção (art. 14) e a própria Lei estadual nº 9.433/05 (art. 200).

Logo, a regra constante no art. 18, inciso III, no meu sentir, deve ser interpretada de modo a impedir a participação em certame licitatório de pessoa jurídica na qual integre, sob qualquer forma, o servidor público ou dirigente do órgão/entidade contratante, seja este servidor/dirigente um empregado, sócio minoritário, administrador, controlador, gerente, representante legal, associado, etc. Esta pessoa jurídica pode ser sociedade civil (associação, fundação, partidos políticos) ou empresarial (sob qualquer modalidade societária).



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Isto quer dizer que, para fins de aferição da legalidade da participação em certame licitatório ou da contratação da pessoa jurídica, basta aferir a existência ou não de vínculo do servidor/dirigente do órgão/entidade contratante com a sociedade civil ou empresarial, pouco importando se este é sócio majoritário, administrador ou gerente da empresa, já que estas circunstâncias somente influenciam para a caracterização de prática de infração disciplinar, como será explicado melhor adiante.

Além disso, penso que o alcance da proibição de participação indireta não se limitaria apenas para os casos em que o servidor integra uma sociedade civil ou comercial, pois, ao utilizar a expressão "para os fins do disposto neste artigo" no §1º do art. 18 para definição do que seria "participação indireta", entendo que deve ser adotada a regra contida neste dispositivo não somente para o "autor do projeto", podendo também ser aplicada analogicamente para todas as situações impeditivas previstas neste art. 18.

Isso quer dizer que não seria possível admitir a contratação de pessoa jurídica formada por pessoas que possuam vínculo de parentesco de até 3º grau (incluindo, obviamente, o cônjuge e companheiro) com o servidor/dirigente do órgão contratante.

Ora, para burlar a proibição de participação direta e indireta contida no art. 18, inciso III, da Lei baiana de licitações e contratos, bastaria que a pessoa jurídica contratada fosse formada por familiares do servidor público.

Sobre o que seria participação indireta para fins de contratação de servidor público, vale destacar que o Tribunal de Contas da União, ao interpretar o art. 9º, inciso



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

III, da Lei federal nº 8.666/93 , dispositivo que possui redação idêntica ao art. 18, inciso III, supracitado, também adota o mesmo entendimento que ora defendo, ou seja, alcance da vedação para pessoas com parentesco.

Isso porque, da análise dos acórdãos de nº 1.170/2010 e de nº acórdão a1019/2013 , observa que o Plenário da referida Corte considera ilegal não só a contratação de empresa cujos sócios sejam servidores públicos do órgão responsável pela licitação, como também a participação de pessoa com grau de parentesco (de até 3º grau) com o servidor ou dirigente do órgão/entidade contratante, por aplicação analógica da previsão contida no §3º do art. 9º da lei federal nº 8.666/93.

Nesse sentido também se posiciona o Superior Tribunal de Justiça, que, além de entender que não podem participar de certame licitatório empresas cujos sócios sejam servidores ou dirigentes do ente contratante, mesmo que os agentes públicos estejam afastados por licença (vide acórdãos RESP 1113200 e RESP 254115), defende igualmente que a proibição deve ser estendida para empresas formadas por pessoa com vínculo subjetivo com o servidor ou dirigente, como se verifica do teor da ementa abaixo transcrita:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE SÓCIA DA EMPRESA CONTRATADA E O PREFEITO DO MUNICÍPIO LICITANTE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO MÍNIMO PARA CONVOCAÇÃO DOS LICITANTES. VIOLAÇÃO DO ART. 21, § 2º, DA LEI 8.666/93.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

1. Procedimento licitatório (tomada de preços) realizado pelo Município de Resende Costa-MG, visando à contratação de empresa para a prestação de serviços com a finalidade de implantar programa de saúde familiar.
2. A principiologia do novel art. 37 da Constituição Federal, impõe a todos quantos integram os Poderes da República nas esferas compreendidas na Federação, obediência aos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade, eficiência e publicidade.
3. O princípio da impessoalidade obsta que critérios subjetivos ou anti-isonômicos influam na escolha dos candidatos exercentes da prestação de serviços públicos, e assume grande relevância no processo licitatório, consoante o disposto no art. 37, XXI, da CF.
4. A ratio legis indicia que: "A lei configura uma espécie de impedimento, em acepção similar à do direito processual, à participação de determinadas pessoas na licitação. Considera um risco a existência de relações pessoais entre os sujeitos que definem o destino da licitação e o particular que licitará. (...) O vínculo do autor do projeto pode, inclusive, configurar-se de modo 'indireto', tal como previsto no § 3º. A regra legal é ampla e deve reputar-se como meramente exemplificativa. O texto chega a ser repetitivo, demonstrando a intenção de abarcar todas as hipóteses possíveis. Deve-se nortear a interpretação do dispositivo por um princípio fundamental; existindo vínculos entre o autor do projeto e uma empresa, que reduzam a independência daquele ou permitam uma situação privilegiada para essa, verifica-se o impedimento. Por isso, a vedação se



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

aplicará mesmo quando se configurar outra hipótese não expressamente prevista. (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo, Dialética, 2004, p. 124/126).

5. Consectariamente, a comprovação na instância ordinária do relacionamento afetivo público e notório entre a principal sócia da empresa contratada e o prefeito do município licitante, ao menos em tese, indica quebra da impessoalidade, ocasionando também a violação dos princípios da isonomia e da moralidade administrativa, e ao disposto nos arts. 3º e 9º da Lei de Licitações. Deveras, no campo da probidade administrativa no trata da coisa pública o princípio norteador é o do in dubio pro populo (...)"

Reputo a posição sustentada pelo TCU e pelo STJ bastante razoável e consentânea com os princípios da moralidade administrativa, isonomia e ampla competitividade que regem as licitações e as contratações administrativas. Nota-se que os entendimentos adotados pelas referidas Cortes se baseiam na busca da verdade dos fatos, pois buscou verificar se, no caso em concreto, não obstante o servidor não ostentasse a condição de gestor, representante ou sócio majoritário da empresa, este seria "sócio de fato", influenciando, de alguma forma, na impessoalidade que deve existir nas contratações administrativas.

Afinal, quando estamos diante de um conflito entre duas regras contrapostas, quais sejam, o direito de o interessado participar de certames licitatórios/firmar contratos administrativos e, do outro lado, o dever da Administração de garantir a impessoalidade e a probidade nas contratações públicas, penso que devemos solucioná-lo de modo a



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

prevalecer o interesse público sobre o particular, já que esta foi a mens legis na criação do impedimento previsto no art. 18, inciso III (correspondente ao art. 9º, inciso III, da Lei Geral de Licitações e Contratos).

Prova disto é que a proibição de contratação de empresas formadas por pessoas com parentesco com o agente público é encontrada em outros atos normativos da legislação federal.

Neste caso, oportuno citar o art. 3º, §3º do decreto federal nº 7.203, de 04 de junho de 2010, que ao tratar da vedação do nepotismo na Administração Pública Federal, trouxe disposição específica proibindo a contratação direta de pessoa jurídica cujo sócio ou administrador seja familiar de autoridade ou agente público detentor de cargo em comissão ou função de confiança:

Art. 3º (...)

§ 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.

Igualmente esclarecedora é a leitura do art. 5º da lei federal nº 12.813, 16 de maio de 2013, que trata do conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal. O referido dispositivo traz justamente normas que visam evitar a divulgação de informação privilegiada e o exercício, direto ou indireto,



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

de atividade privada incompatível com as atribuições do cargo, valendo destacar regra contida no inciso V do art. 5º, que considera conflito de interesse "praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, em linha reta ou colateral, até terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão".

Por isso, reitero meu posicionamento quanto à existência de impedimento de contratação para pessoas jurídicas da qual participe o servidor/dirigente (ou seus familiares) do órgão/entidade "contratante", porquanto isto decorre da necessidade de garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração entre todos os interessados em iguais condições, como bem observado no opinativo PA-NLC-258/2014 exarado no processo nº 0200140209715:

"A finalidade da norma é impedir que o sujeito se beneficie da posição que ocupa para obter informações privilegiadas em detrimento dos demais interessados do certame, interferindo de modo negativo na lisura do procedimento. A Lei pretende, mediante tal vedação, resguardar os princípios da moralidade e da igualdade previstos no seu art. 3º, fundamentais para a regularidade do procedimento licitatório"

Esclareça-se, outrossim, que não se está querendo proibir que sociedades civis ou empresariais formadas por pessoas com parentesco com agentes públicos estaduais venham a participar de certames licitatórios conduzidos pelo Estado e suas entidades descentralizadas. A vedação está na participação destas pessoas jurídicas se restringe tão somente nas licitações/contratações promovidas pelo órgão/entidade do qual o agente público integre.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Por esta razão, não é possível obstar o cadastramento de pessoas jurídicas cujos sócios sejam pessoas com parentesco até 3º grau com algum agente público (por aplicação analógica do §1º do art. 18), já que o impedimento somente alcançará as contratações realizadas pelo próprio órgão/entidade na qual o servidor é lotado.

Assim, diante da verificação da situação impeditiva descrita no art. 18, inciso III, deve o ente contratante imediatamente abster-se de contratar pessoa jurídica da qual participe direta ou indiretamente (na forma acima indicada) servidor/dirigente do órgão/entidade responsável pela contratação, por se tratar de impedimento legal de natureza objetiva.

Isso porque, coaduno com o entendimento do Tribunal de Contas da União nos acórdãos acima registrados sentido de que a proibição contida no art. 9º, inciso III, da Lei federal nº 8.666/93, que é idêntica à previsão contida no art. 18, inciso III, da Lei baiana, quando descumprida, tem natureza de ilícito formal, por não demandar a demonstração de que efetivamente houve direcionamento do servidor ou dirigente para favorecer determinado licitante.

É possível que, na prática, quando uma Comissão Licitante ou Pregoeiro estão conduzindo um certame, não seja factível verificar se uma licitante possui um servidor público/dirigente em seu quadro societário, de associados ou de funcionários, já que, de acordo com a lei baiana, a análise das propostas precede à apreciação dos documentos de habilitação.

Contudo, reputo salutar que, no momento da apreciação dos documentos de habilitação, seja verificado se houve descumprimento à vedação que ora defendo. Caso isto não seja viável, vale lembrar que, até a assinatura do contrato pela autoridade



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

competente, é possível, mediante despacho motivado, excluir licitante se tiver conhecimento de fato posterior ao julgamento da licitação que releve inidoneidade, conforme permissivo contido no art. 78, §11 da lei estadual nº 9.433/05.

Nas demais situações que não se encaixem na vedação do art. 18, inciso III, da norma em comento, mas que podem caracterizar fraude a licitação (pela existência de indícios de conluio entre o servidor/dirigente e uma(s) participante(s) do certame), faz-se necessário um suporte probatório mínimo indicando esta suposta situação fraudulenta (*funus boni iuris*) no procedimento licitatório em curso (*pericullum in mora*) para que seja possível, em atenção ao Poder Geral de Cautela da Administração, afastar a pessoa jurídica interessada da licitação, mediante imposição de medida cautelar preparatória, com fundamento no art. 183 da Lei estadual nº 12.209/11, instaurando-se, em seguida, o processo sancionatório para oportunizar o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Passemos, agora, à análise da proibição contida no art. 18, inciso IV, da Lei estadual nº 9.433/05, que veda a participação, direta ou indireta, da licitação, da execução de obras ou serviços e fornecimentos de bens a eles necessários "demais agentes públicos, assim definidos no art. 207 desta Lei, impedidos de contratar com a Administração Pública por vedação constitucional ou legal".

Cumprido, então, fazer uma breve exposição destas situações no Ordenamento Jurídico brasileiro, especialmente na legislação baiana.

As proibições constantes na Constituição Federal constitucionais são encontradas no art. 29, inciso IX e art. 54, inciso I, alínea "a", e inciso II, alínea "a", e estas se dirigem aos agentes políticos detentores de mandato eletivo no Poder Legislativo;



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

X - proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembléia Legislativa; (Renumerado do inciso VII, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1992)

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

(...)

II - desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Na Constituição do Estado da Bahia, existe igual disposição aquela contida no art. 54 da Carta Magna para os deputados estaduais no art. 85, inciso I, alínea "a", e inciso II, alínea "a" .

Para outras espécies de agentes políticos, como os magistrados e os integrantes do Ministério Público, encontramos vedação de exercer comércio e de participar de sociedade comercial (salvo como acionista ou cotista), como se depreende das respectivas Leis Orgânicas:

Lei Complementar nº 35/1979 - Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN

Art. 36 - É vedado ao magistrado:

I - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista;

Lei Complementar nº 40/1981

Art. 24 - É vedado aos membros do Ministério Público dos Estados:

I - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como quotista ou acionista;



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Ainda no Ordenamento Jurídico pátrio encontramos regras que sinalizam a impossibilidade de contratação direta ou indireta de agente público pela Administração para prestar serviços ou executar alguma atividade.

Voltando à apreciação da Lei federal nº 12.813/2013 mencionada anteriormente, que trata das situações que configuram conflito de interesses para qualquer categoria de agente público federal (inclusive político), consideradas como ato de improbidade administrativa (art. 11 da lei federal nº 8.429/92), vale destacar as seguintes regras:

Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:

(...)

II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe;

III - exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;

(...)

VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

A Lei federal nº 8.080/90, que regulamenta o Sistema Único de Saúde, por seu turno, em seu art. 26, §4º, estabelece que "aos proprietários, administradores e dirigentes de entidades ou serviços contratados é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (SUS).

Isso quer dizer que o Ministério da Saúde e as Secretarias de Saúde dos Estados e Municípios, como órgãos responsáveis pela contratação administrativa, não poderão firmar contrato com pessoa jurídica cujo proprietário, administrador ou dirigente seja servidor público ocupante de cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (ou seja, servidor ocupante de cargo comissionado ou função de confiança da SESAB).

Neste sentido, existe acórdão nº 2411/2010 (publicado em 18.05.2010) do Tribunal de Contas da União, considerando como irregular (e também ato de improbidade administrativa) a contratação de laboratório da qual fazia parte como sócio o Diretor Geral do Hospital da Escola e médicos da universidade, por violação art. 9º, inciso III, da Lei federal nº 8.666/93 (dispositivo que possui redação idêntica ao art. 18, inciso III da norma estadual).

Por fim, no âmbito da legislação federal, importa mencionar dois diplomas que trazem impedimentos aplicáveis aos militares:

- 1) O art. 22 do Decreto lei nº 667, de 02 de julho de 1969, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, dispõe que "ao policial das Polícias Militares, em serviço



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

ativo, é vedado fazer parte de firmas comerciais, de empresas industriais de qualquer natureza ou nelas exercer emprego remunerado"

2) Já o art. 204 do Código penal Militar tipifica como crime a conduta do oficial da ativa que comerciar, tomar parte na administração ou gerência de sociedade comercial, ou dela ser sócio ou participar, exceto como acionista ou cotista em sociedade anônima ou por cotas de responsabilidade

Na legislação infraconstitucional baiana, é possível encontrar proibições contidas em lei específicas. Senão vejamos:

A Lei estadual nº 6.677/94 estabelece no art. 176, inciso XI, como proibição passível de aplicação de pena de demissão (vide art. 192, inciso XII, do Estatuto) a conduta do servidor público civil de "transacionar com o Estado, quando participar de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil ou exercer comércio"

Registre-se ainda que o referido Estatuto do Servidor Público Civil do Estado da Bahia, no art. 176, inciso XIX, também prevê como proibição ao servidor estatutário "exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com as atribuições do cargo ou função e com o horário de trabalho".

As proibições contidas no art. 176 do diploma retro citado e suas repercussões na esfera disciplinar serão melhor explicadas adiante.

Existe também uma vedação específica aplicável aos policiais civis, que, segundo a lei estadual nº 7.146, de 27/08/97, são impedidos de exercer segurança privada a pessoas físicas ou jurídicas:



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Art. 1º - Fica reestruturado o Sistema Policial Civil de Carreira Profissional, instituído pela Lei nº 3.497, de 08 de julho de 1976, obedecidos os seguintes princípios:

(...)

V- vedação do exercício de atividades privadas que importem em prestação de segurança a pessoas físicas ou jurídicas, condução de investigações e outras similares;

Disto se deflui que, em face da necessidade de observância do art. 18, inciso IV, da lei estadual nº 9.433/05, o Estado não poderá celebrar contrato de prestação de serviço de segurança com pessoa jurídica, da qual faça parte servidor da Polícia Civil, sob pena de estar violando impedimento contido em norma legal.

Penso que deveria existir igual previsão para os militares estaduais na nova norma estatutária que se encontra em fase de elaboração, a fim de explicitar, de forma inequívoca, que é vedado a esta categoria de agente público, pessoalmente ou através de pessoa jurídica, ser contratado para prestar serviços de segurança privada, pois, permitir tal situação irregular, no meu sentir, significa ser conivente com a exploração comercial dos serviços de segurança pública às custas da sociedade, que arca, através do pagamento de tributos, com o custos da seleção, capacitação e remuneração dos milicianos para prestação do referido serviço público.

Neste diapasão, oportuno transcrever trecho do artigo jurídico da autoria do Cel. PM PR Wilson Ordiley Valla, no seu artigo jurídico "O "Bico" e o Policial Militar", quando criticou o desempenho de segurança privada pelos milicianos como "bico":

"...é questionável o fato se oficializar que policiais-militares exerçam a tarefa de segurança privada, burlando-se a lei nº 7.012/83, que torna privativa de empresas de segurança de segurança, devidamente registradas, a atividade que os



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

policiais-militares (também policiais civis) vem no dia-a-dia realizando Com esta atitude, elimina-se postos de trabalho, gerando desemprego na categoria, além de desobrigar os empregadores de buscar no mercado firmas de segurança especializadas para o serviço, como também, firmas especializadas recrutarem policiais-militares sem ônus com treinamento, armamento e uniforme, frise-se, tudo pago pelos cofres públicos"

A irregular prestação de serviços de segurança privada por militares se tornou algo tão frequente que foi editada a Súmula 386 pelo Tribunal Superior do Trabalho, com o seguinte teor:

Súmula nº 386 do TST

POLICIAL MILITAR. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM EMPRESA PRIVADA (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 167 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

Preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, é legítimo o reconhecimento de relação de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto do Policial Militar. (ex-OJ nº 167 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999)

Ou seja, o TST, ao se deparar com inúmeros casos de pedido de reconhecimento de vínculo empregatício do policial militar como empregado de empresa privada de segurança, inicialmente editou uma Orientação Jurisprudencial (OJ Nº 167 da SBDI-1), para depois criar a referida Súmula, a fim de admitir a existência de relação de emprego nesta situação, ressaltando, contudo, a necessidade de responsabilização disciplinar do miliciano de acordo com a sua norma estatutária.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Contudo, a aceitação social e condescendência da Corporação Militar com esta atividade não torna a prestação de serviços de segurança privada pelo miliciano uma prática legítima.

Nesse sentido, vale lembrar que o militar do Estado da Bahia jamais poderá ser empregado de firma comercial, tendo ou não a sociedade comercial como objeto social o serviço de segurança, porquanto esta conduta é passível de demissão, por força do disposto no art. 57, inciso XII, Lei estadual nº 7.990/01:

Art. 57 - A pena de demissão, observada as disposições do art. 53 desta Lei, será aplicada nos seguintes casos:

XII - participar o policial militar da ativa de firma comercial, de emprego industrial de qualquer natureza, ou nelas exercer função ou emprego remunerado, exceto como acionista ou quotista em sociedade anônima ou por quotas de responsabilidade limitada;

No que diz respeito à impedimento que repercute nas contratações administrativas pelo Estado, o referido EPM, embora não traga proibição expressa ao militar estadual de transacionar com a Administração Pública, traz, além da regra restritiva acima descrita (art. 57, inciso XII), a previsão contida no art. 40:

Art. 40: Ao policial da ativa é vedado comerciar ou tomar parte da administração ou gerência de sociedade ou dela ser sócio ou participar, exceto como acionista ou quotista, em sociedade anônima ou por quotas de responsabilidade limitada".



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Parágrafo único: No intuito de aperfeiçoar a prática profissional, é permitido aos oficiais do Quadro Complementar de Oficiais Policiais Militares o exercício de sua atividade técnico-profissional no meio civil, desde que compatível com as atribuições do cargo e com o horário de trabalho, respeitadas as limitações constitucionais.

Creio que as regras impeditivas previstas na legislação federal anteriormente expostos, aliados às vedações trazidas na legislação estadual acima registrados, acabam repercutindo nas contratação direta ou indireta de militares pelo Estado, como explicarei melhor ao tratar da vedação contida no art. 125 da Lei de Licitações e contratos.

Por fim, vale registrar também existem impedimentos estabelecidos na lei estadual nº 8.597, de 28 de abril de 2003, que trata do Código de Ética do Grupo Ocupacional do Fisco, nos artigos 12 e 14, a saber:

Art. 12 - São deveres fundamentais do servidor fiscal:

(...)

XIV - Declarar-se impedido quando suas tarefas envolverem empresas ou entidades cujos sócios titulares, acionistas majoritários, administradores, presidentes ou diretores sejam seus parentes, consangüíneos ou afins, ascendentes ou descendentes, até o terceiro grau;

.....

Art. 14 - É vedado ao servidor fiscal:



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

(...)

X - fazer uso de informações privilegiadas obtidas no âmbito de seu serviço, em benefício próprio, de parentes, de amigos ou de terceiros;

(...)

XIII - exercer atividade profissional antiética ou ligar o seu nome a empreendimento de cunho duvidoso;

XIV - prestar serviços profissionais a contribuinte de fato ou de direito, direta ou indiretamente, em prejuízo dos interesses da Administração Fazendária;

(...)

XXIII - exercer a advocacia ou a função de contador;

XXIV - ser proprietário, sócio ou empregado de escritório de prestação de serviços contábeis ou jurídicos ou de assessoramento ou consultoria na área tributária;

XXV - exercer cargo de direção e assessoramento superior de uma das Diretorias de Administração Tributária no município onde seu cônjuge, irmão ou qualquer ascendente ou descendente até o primeiro grau seja proprietário ou sócio de escritório de prestação de serviços contábeis ou jurídicos no campo tributário estadual.

XXVII - exercer outra atividade pública, salvo as exceções previstas na Constituição Federal, bem como exercer atividades privadas, na condição de:

a) corretor ou representante comercial;

b) gerente ou administrador de sociedades civis, de empresas comerciais, industriais, financeiras e prestadoras de serviços;

c) empregado, salvo o exercício do magistério em horário compatível com a atividade do cargo público, respeitado o limite de 20 (vinte) horas-aula semanais;



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

d) profissional liberal ou trabalhador autônomo, salvo em atividade que não cause conflito de interesses com as atribuições do cargo e desde que haja compatibilidade de horários.

Entre as vedações acima transcritas, destacam-se as contidas nos incisos XXIV e XXVII do art. 14 do aludido Código Ética que, a meu ver, deixam claro que, o integrante do Grupo Fisco não pode ser proprietário, gerente, administrador, empregado de sociedades civis ou comerciais de qualquer natureza, bem como lhe é proibido ser sócio de pessoa jurídica cujo objeto é a consultoria/assessoramento na área tributária.

Diante das proibições ora explicitadas, obviamente o Estado e suas entidades, em atenção ao disposto no art. 18, inciso IV, da Lei estadual nº 9.433/05, não poderão contratar sociedade da qual faça parte esta categoria de servidor público estadual em alguma das situações vedadas acima expostas.

No que diz respeito aos empregados públicos, uma espécie de servidor público em sentido amplo dentro do gênero agente público, não foi possível examinar todos os estatutos das empresas estatais do Estado para verificar a existência de impedimento vedando a conduta de transacionar com a Administração Pública estadual (embora seja salutar a existência de regra expressa dispondo sobre tal proibição em cada norma estatutária).

No entanto, não existem dúvidas do caráter geral da regra constante no art. 18, inciso III da Lei estadual nº 9.433/05 (correspondente ao art.9º, inciso III, da lei federal nº 8.666/93) e que esta proibição atinge também as pessoas jurídicas de direito privado que integram a Administração Pública estadual, inclusive se exploradoras de atividade econômica.

Neste sentido, à título de exemplificação da tese acima defendida, vale registrar que no Decreto nº 2745/98 (que dispõe sobre o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da PETROBRAS) está expressamente previsto no item 1.5 que "estarão



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

impedidos de participar de licitações na PETROBRÁS firma ou consórcio de firmas entre cujos dirigentes, sócios detentores de mais de dez por cento do Capital Social, responsáveis técnicos, bem assim das respectivas subcontratadas, haja alguém que seja Diretor ou empregado da PETROBRÁS

Logo, em face dos impedimentos constantes nos diplomas legais supracitados (Carta Magna, Constituição Estadual e leis ordinárias), não se pode admitir a participação nas contratações administrativas, direta ou indiretamente (através de pessoas jurídicas das quais participe como sócio-gerente, administradores ou representantes legais) dos agentes públicos supracitados (agentes políticos, servidores estatutários, servidores temporários, empregados públicos e servidores militares) contrariamente às regras proibitivas existentes no Ordenamento Jurídico, especialmente as respectivas normas estatutárias.

A segunda restrição que se observa na Lei baiana de Licitações e Contratos está no art. 125, que assim dispõe:

Art. 125: É vedado ao agente político e ao servidor público de qualquer categoria natureza ou condição, celebrar contratos com a Administração direta ou indireta, por si ou como representante de terceiro, sob pena de nulidade, ressalvadas as exceções legais.

Parágrafo único: Não se inclui na vedação deste artigo a prestação de serviços em caráter eventual, de consultoria técnica, treinamento e aperfeiçoamento, bem como a participação em comissões examinadoras de concursos, no âmbito da Administração Pública.

Depreende-se que o art. 125 veio reforçar as proibições listadas nos incisos III e IV do art. 18. Trata-se de um dispositivo inovador, eis que não existe igual previsão na Lei Geral de Licitações e Contratos - Lei federal nº 8.666/93.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Primeiramente, convém destacar que o referido dispositivo também utiliza a expressão "agente público", termo que deve ser interpretado de acordo com o art. 207 da Lei estadual nº 9.433/05, incluindo-se, por conseguinte, todos aquelas pessoas que ostentem a condição de agente público, ainda que temporariamente ou na inativa.

Dessa forma, não custa novamente lembrar que a vedação do art. 125 atinge os militares estaduais na reserva ou reforma, eis que estes continuam a ostentar esta condição de servidor público militar mesmo na inatividade.

Em segundo lugar, não podemos esquecer a definição contida no art. 8º, inciso XIV, da norma estadual sub examine, que conceitua contrato como "todo e qualquer ajuste entre entidades públicas e pessoas físicas ou jurídicas privadas, de qualquer natureza, e entre entidades públicas entre si, em que haja acorde de vontades para formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada".

Por conseguinte, se esta avença tem como ente contratante entidades públicas, com estipulação de obrigações recíprocas para contratante e contratado, pouco importa a sua denominação ou se este possui semelhança com algum ajuste previsto no Direito Privado (ex: contrato de locação de imóveis); este acordo de vontades será considerado contrato administrativo e se submeterá as regras previstas na lei estadual nº 9.433/05, salvo nas hipóteses em que existir disposição legal específica em contrário.

Da leitura do dispositivo acima registrado, observa-se que, ao invés de utilizar a expressão participação direta ou indireta constante no supracitado art. 18, adotou os termos "por si ou como representante de terceiro", o que, no meu sentir, significa que é proibido este ser contratado diretamente ou através de pessoa jurídica, como seu representante.

O termo "por si" não gera nenhum questionamento, já que está claro que o próprio agente público não poderá figurar, como pessoa física, na condição de parte contratada, salvo para as atividades descritas no parágrafo único deste art. 125, o que será tratado mais adiante.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Já a expressão "representante de terceiro" gera mais dúvidas quanto ao seu alcance, diante das diversas espécies de representação previstas no nosso Ordenamento Jurídico (legal, judicial, voluntária, contratual), eis que o legislador baiano não exigiu qualquer formalidade para caracterização desta representação.

Afinal, representar, no meu sentir, em suma, significa atuar em nome de outra pessoa na prática de atos jurídicos.

Mas, quem poderia ser considerando representante de terceiro para a Administração Pública?

Muito esclarecedora é a resposta dada pela Receita Federal do Brasil na Solução de Consulta Interna nº 8 Cosit, na qual se explica com exatidão o que é considerado representante de pessoa jurídica perante terceiros, inclusive perante à RFB:

"Portanto, é o representante da pessoa jurídica perante terceiros (inclusive perante RFB): a) sócio, acionista, diretor ou instituidor ao qual o ato constitutivo tenha conferido poderes de administração; b) o administrador não sócio, contratado pela pessoa jurídica, por intermédio de seu representante, para administrá-la por prazo determinado ou não, o qual atua nos limites estabelecidos pelo contrato; c) o procurador, ao qual a pessoa jurídica, por intermédio de seu representante, tenha outorgado poderes para representa-la em determinada região, para realizar atos específicos enumerados pelo respectivo mandato"

Depreende-se que, além da representação pelos sócios, acionistas e procuradores, existe uma forma de representação contratual, ou seja, aquela em que, embora a pessoa não conste no contrato social como sócio, atua representando a pessoa jurídica de acordo com os poderes delimitados no contrato firmado.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Assim, considerando que o legislador baiano não definiu que forma de representação estaria proibida, penso que, se o agente público estiver prestando serviços/fornecendo bens, com fundamento em um contrato administrativo, representando outra pessoa (pessoa indicada no instrumento como parte contratada), estaria violando a proibição contida no caput do art. 125 sub examine.

Podemos visualizar situações em que haveria violação à vedação ora em comento.

Isso pode acontecer, por exemplo, quando um agente público, mesmo não sendo sócio majoritário, sócio-gerente ou sócio administrador, atua representando a pessoa contratada, praticando atos em seu nome. Neste caso, é muito comum uma pessoa sequer constar no contrato social da sociedade empresarial, mas ainda assim comparecer perante a Administração como representante da pessoa jurídica, seja na realização de cadastramento (apresentação de documentos para obtenção do CRC), seja na fase interna da licitação (na cotação de preços), como também durante a licitação (ou seleção nas hipóteses de dispensa/inexigibilidade) e até na execução do contrato, chegando algumas vezes a assinar a avença e seus aditivos em nome da empresa.

Outro exemplo é quando se contrata uma pessoa jurídica para prestar determinado serviço, quando, em verdade, o objetivo é a contratação da própria pessoa física, ou seja, é celebrado contrato administrativo com uma pessoa jurídica para que a pessoa física que a integra (e que, de fato, a representa) venha a prestar serviços na área de saúde em hospital público. Ora, se esta contratação for realizada pela SESAB, além de violar a proibição contida no art. 18, inciso III, igualmente seria vedada em face do teor do art. 125.

Não custa lembrar que a pessoa jurídica não pode ser usada como "escudo" para burlar proibição prevista em lei, razão pela qual existe a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar o verdadeiro infrator da norma.

Ocorre que o art. 125 ora examinado trouxe exceções à vedação contida no caput. São elas:



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

- a) Consultoria técnica, treinamento ou aperfeiçoamento - desde que, em todas estas situações, a contratação seja em caráter eventual;
- b) Participação em comissões examinadoras de concurso - atividade que, obviamente, tem caráter transitório, pela própria natureza temporária do processo de seleção:

É possível definir consultoria como uma atividade profissional de diagnóstico e formulação de soluções acerca de um determinado assunto ou especialidade . Logo, a expressão "técnica" adjetivando o termo consultoria indica que a prestação de serviço deve ser por um profissional com conhecimento técnico ou científico em determinada área (com curso técnico ou curso de nível superior), estando aí incluídas quaisquer áreas: Engenharia, Contabilidade, Arquitetura, etc.

Treinamento e aperfeiçoamento, no meu sentir, pressupõem a realização de atividades de instrução e capacitação de pessoas, para desenvolvimento de capacidades ou novas habilidades.

Todavia, para que seja afastado o impedimento, é imprescindível que esta atividade seja essencialmente eventual, ou seja, temporária, transitória, descontínua e não habitual. Do contrário, ainda que seja para uma das atividades descritas no dispositivo analisado, este contrato não será lícito.

Portanto, entendo não ser possível a celebração de um contrato administrativo, se este for de execução continuada, com obrigações que se protraem no tempo, para prestação de serviços de consultoria técnica, bem como não se pode permitir a participação de servidor público em processo de credenciamento (forma de inexigibilidade de licitação) com vistas à sua contratação para realização, com habitualidade, treinamento/aperfeiçoamento de pessoas .

A contratação apenas seria cabível para prestação de um serviço de pronta execução (serviço que se exaure com a entrega do objeto contratado, de obrigação instantânea), de forma eventual, para as atividades citadas no parágrafo único do art. 125 sub examine.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Obviamente, qualquer contrato administrativo para as atividades descritas no parágrafo único do art. 125 do diploma legal sob estudo exige que haja compatibilidade de horário com a jornada de trabalho do servidor público civil estatutário, sob pena de violação da proibição contida do art. 176, inciso XIX da Lei estadual nº 6.677/94.

No que toca à participação de comissão examinadora de concurso, penso que nada impede que um servidor seja designado, pela autoridade competente, para compor comissão de concurso público realizado pelo próprio órgão no qual é lotado, desde que NÃO haja celebração de um contrato administrativo (que pressupõe a observância dos princípios da impessoalidade e moralidade, inclusive na contratação direta), com pagamento de remuneração pelos serviços contratados, sob pena de violação da regra do art. 18, inciso III, da lei estadual nº 9.433/05.

Isso porque, como dito alhures, o art. 9º, inciso III, da Lei federal nº 8.666/94 foi considerado pelo STF, no julgamento da ADI 3158, como norma de caráter geral, que vincula dos demais entes federativos, razão pela qual creio que o Estado da Bahia não poderia, ao elaborar o art. 125 (dispositivo que não encontra regra análoga na referida norma federal), criar uma exceção que afastasse a incidência da norma geral.

Assim, interpretando sistematicamente as exceções trazidas no parágrafo único do art. 125 com o art. 18, inciso III, de modo a não afastar a incidência da regra prevista no art. 9º, inciso III, da norma federal, penso que somente é possível celebrar contrato de natureza eventual (de pronta execução) para prestação de serviços citados neste dispositivo (consultoria técnica, aperfeiçoamento e treinamento, etc.) se o contratado NÃO for servidor público (ou pessoa jurídica da qual integre) do próprio órgão responsável pela contratação.

Imaginemos o quanto seria estranho e contrário aos princípios da isonomia e probidade administrativa que norteiam as contratações administrativas se a PGE contratar um Procurador do Estado para prestar serviço de consultoria técnica (ainda que esta não seja consultoria jurídica), remunerando-o por esta atividade.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Afinal, não se considera legítimo que o servidor público perceba qualquer tipo de verba da própria Fazenda Pública que já a remunera que não seja seu subsídio ou remuneração (vencimento mais vantagens pessoais).

Nesse sentido, observa-se no direito pátrio já possui proibição expressa no que tange ao recebimento de verba, a qualquer título, pelo agente público, que não seja aquela autorizada por lei específica (a meu ver, a sua norma estatutária) e também pela lei de diretrizes orçamentárias, como se depreende do disposto do art. 45, inciso II, da Lei 13.019/2014:

Art. 45. As parcerias deverão ser executadas com estrita observância das cláusulas pactuadas, sendo vedado:

(...)

II - pagar, a qualquer título, servidor ou empregado público com recursos vinculados à parceria, salvo nas hipóteses previstas em lei específica e na lei de diretrizes orçamentárias;

Vale registrar que a celebração de parcerias com entidades privadas e a liberação de recursos sem observância das regras preceituadas na supracitada norma caracterizam atos de improbidade administrativa (vide art. 10, incisos XVIII e XXI da lei federal nº 8.429/92).

Além disso, penso que a exceção trazida no parágrafo único do art. 125 deve ser interpretada sistematicamente não somente com o art. 18, mas também com as demais normas federais e estaduais que trazem impedimentos de contratação de agente público, pois, no meu sentir, esta teria sido a intenção do legislador baiano ao inovar e criar o inciso IV do art. 18 da Lei estadual nº 9.433/05 (dispositivo que não é encontrado na norma geral de licitações e contratos).



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Não é concebível que lei ordinária estadual pudesse excepcionar a proibição contida no art. 85, inciso II, alínea "a", da Constituição do Estado para os Deputados estaduais, pois somente o legislador constituinte decorrente poderia dispor sobre as exceções àqueles impedimentos.

Também não vislumbro ser possível uma norma sobre licitações e contratos afastar a incidência de regra proibitiva constante em norma estatutária, já que isto significaria que a Lei estadual nº 9.433/05 derogou regras constantes na Lei estadual nº 6.677/94 e Lei estadual nº 7.990/01, quando na realidade não houve esta revogação tácita.

Ora, como é possível admitir que o Estado, a pretexto de celebração de contrato administrativo de consultoria técnica, por exemplo, viole as próprias proibições funcionais que criou para seus agentes públicos na legislação estadual? E os impedimentos contidos na legislação federal para os policiais militares poderiam ser desprezados pela Lei estadual nº 9.433/05? Lógico que isto é inadmissível, conforme preceituado pelo próprio art. 18, inciso IV, da Lei baiana de licitações e contratos.

Por conseguinte, para compatibilizar a exceção trazida no parágrafo único do art. 125 da lei baiana de licitações e contratos com os impedimentos existentes na legislação federal e nas normas estaduais que trazem proibições para o servidor público civil, policial civil, integrantes do Grupo Fisco, reputo que somente será possível a contratação do servidor civil para as atividades excepcionadas no referido art. 125 ou da pessoa jurídica da qual o referido agente público faça parte, se este NÃO for gerente ou administrador da referida pessoa jurídica ou que nela não praticar "atos de comércio" (atos empresariais), não podendo, em nenhuma hipótese (inclusive se dentro das exceções do art. 125), como explicado anteriormente, o órgão/entidade responsável pela contratação ser o mesmo no qual o servidor é lotado (por força do disposto no art. 18, inciso III).

No que diz respeito aos servidores militares estaduais, não existe dúvida sobre a incidência da proibição constante no art. 18, inciso III (participar direta ou diretamente de licitação ou contrato do próprio órgão em que é lotado) da Lei estadual nº 9.433/05, o que impede a contratação a sua contratação ou da pessoa jurídica da qual faça parte,



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

direta ou indiretamente, pela SSP/PM, ainda que seja para as atividades descritas no art. 125 em voga.

E, considerando a natureza do vínculo que possui com o ente estatal, vínculo que exige dedicação exclusiva se o miliciano estiver na ativa, tornando incompatível o exercício de atividade remunerada, inclusive se o cargo civil, entendo que este não poderá, como pessoa física, ser contratado pelo Estado e suas entidades, somente podendo ser firmado contrato com a pessoa jurídica da qual façam parte, nas situações excepcionais previstas no parágrafo único do art. 125 (desde que a atividade seja eventual), se militar da ativa for apenas associado, cotista ou acionista, sem efetivamente praticar atos negociais ou comerciais em nome desta sociedade.

Isso porque, o servidor policial militar, no momento que ingressa na Polícia Militar, de acordo com o disposto no art. 8º da Lei estadual nº 7.990/01, presta o compromisso de "...dedicar-me inteiramente ao serviço policial militar", mormente porque é assente na doutrina que a função militar NÃO admite o exercício de outra atividade de natureza privada e remunerada por esta categoria de agente público.

Uma evidência de que se exige dedicação exclusiva dos militares está na impossibilidade de acumular com um cargo civil, pois uma vez assumindo este cargo, necessariamente deverá ser transferido para a reserva (não remunerada), por força do disposto no art. 142, inciso II, da Carta Magna.

A única exceção foi recentemente introduzida pela Emenda Constitucional nº 77/2014, que alterou os incisos II, III e VIII do §3º do art. 142 da Constituição Federal, par estender somente aos profissionais de saúde das Forças Armadas a possibilidade de cumulação de cargo a que se refere o art. 37, inciso XVI, alínea "c" (profissionais de saúde com profissão regulamentada).

Aliás, até nas exceções trazidas pela EC 77/14 e parágrafo único do art. 40 do EPM demandam a existência de compatibilidade de horário para que seja possível o exercício de atividade no meio civil.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

A compatibilidade de horário significa que esta atividade civil não poderá prejudicar os intervalos para descanso interjornada, isto é, não pode laborar imediatamente depois de atuar na escala, notadamente quando seu horário de trabalho não é em regime administrativo ("horário de funcionamento de repartição pública", das 8:00 às 18:00).

Acredito que não poderia ser de outra forma. Imaginemos um militar do Corpo de Bombeiros que, no momento em que está prestando, mediante contrato administrativo, algum serviço de consultoria (ainda que eventual) para um órgão estatal (que funciona em horário administrativo, de regra), precisa abandonar esta atividade, para atender a uma situação emergencial (incêndio de grandes proporções), cujo efetivo de plantão não seja suficiente para atuar no sinistro.

Certamente, não reputo compatível com a deontologia militar que este, como pessoa física e em efetivo exercício de suas atribuições, possa ser contratado diretamente pela Administração para exercer uma atividade civil e ser remunerado por serviços particulares pelos cofres públicos.

Assim, seguindo a premissa da necessidade de dedicação exclusiva ao serviço militar, parece que somente o miliciano que estiver em situação de inatividade é que poderia ser contratado diretamente para execução de uma das atividades relacionadas no art. 125, parágrafo único, desde que o órgão contratante não seja SSP/PM, eis que, como continua ostentando a condição de agente público mesmo na reforma ou na reserva, devendo ser observadas, por conseguinte, as restrições trazidas pelo art. 18 da Lei estadual nº 9.433/05.

Fixadas, então, as premissas de como poderá ocorrer a contratação de agente público, direta ou indiretamente, se houver violação das regras contidas no art. 18 e art. 125 da lei estadual nº 9.433/05, isto implicará nas seguintes CONSEQUÊNCIAS:

- 1) Declaração de nulidade da licitação pela autoridade competente, consoante disciplina contida no art. 122;
- 2) Declaração de nulidade do contrato, por determinação contida no art. 125;



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

3) Responsabilização de quem deu causa a nulidade, em face do quanto determinado no art. 128, parágrafo único, última parte, o que poderá resultar na:

3.1) responsabilização da pessoa jurídica licitante/contratada/candidato a cadastramento, com fundamento no art. 199, incisos II e III;

3.2) responsabilização do agente público que atuou para ser contratado, direta ou indiretamente, pela Administração, violando proibição legal;

3.3) apuração da existência de responsabilidade da Comissão Licitante/Pregoeiro ou autoridade responsável pela contratação que não teria observado os impedimentos legais;

A declaração da nulidade da licitação, por vício de legalidade (i.e., violação das disposições do art. 18 e 125) vem disciplinada no art. 122 da Lei baiana de licitações, que assim preceitua:

Art. 122 - A autoridade superior competente somente poderá revogar a licitação por motivo de interesse público decorrente de fato superveniente, devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º - A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera a obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 128 desta Lei.

§ 2º - A nulidade do procedimento licitatório induz a nulidade do contrato, com as conseqüências previstas no parágrafo único do art. 128 desta Lei.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

§ 3º - Em qualquer caso de desfazimento do processo licitatório, ficam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º - O disposto neste artigo e em seus parágrafos aplica-se, no que couber, aos procedimentos de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Além da necessidade de motivação (indicação do vício de legalidade) para invalidação da licitação, o legislador exigiu a observância do contraditório e da ampla defesa, procedimento que discorrerei a seguir.

No que diz respeito à declaração de nulidade do contrato por malferimento dos impedimentos para contratação que foram explicados previamente, embora a Lei estadual nº 9.433/05 não tenha expressamente determinado a necessidade de oportunizar o exercício de defesa antes da sua invalidação, há que se destacar que a Lei de Processo Administrativo do Estado da Bahia (norma aplicável subsidiariamente à Lei baiana de licitações) estabeleceu, no art. 131 e seguintes, um rito a ser observado para declaração de nulidade de ato ou contrato, com vistas a garantir o exercício da ampla defesa pela pessoa que será prejudicada com esta decisão:

Art. 132 - O processo de invalidação obedecerá ao seguinte procedimento:

I - será inicialmente submetido à apreciação do órgão de consultoria jurídica, o qual, no prazo de 20 (vinte) dias, manifestar-se-á sobre sua pertinência, opinando pela invalidação, quando for o caso, salvo quando forem necessárias providências para a instrução do processo;

II - quando for reconhecido, pelo órgão de consultoria jurídica, que os efeitos da invalidação atingirão direito individual, a autoridade competente determinará a intimação do interessado para apresentar manifestação no prazo de 15 (quinze) dias e para ter conhecimento dos termos da decisão;



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

III - após a conclusão da instrução ou, na hipótese prevista no inciso II deste artigo, ultrapassado o prazo para apresentar alegações finais, a autoridade decidirá acerca da invalidação no prazo de 20 (vinte) dias, por despacho fundamentado;

IV - quando for reconhecido, pelo órgão de consultoria jurídica, que os efeitos da invalidação atingirão direitos transindividuais, a autoridade competente determinará publicação da decisão no Diário Oficial;

V - a autoridade administrativa, ao pronunciar a nulidade do ato processual, declarará os atos a que ela se estende;

VI - da decisão que invalidar o ato ou contrato administrativo caberá recurso hierárquico, sem efeito suspensivo.

Isto quer dizer que, antes da autoridade competente editar portaria declarando a nulidade de um certame licitatório ou de um contrato, deverá sempre garantir o exercício de prévia defesa pelos interessados, nos moldes preceituados pela Lei estadual nº12.209/11.

A segunda observação a ser feita em relação à nulidade de contrato administrativo é de que, consoante o disposto no art. 128 do diploma em voga, a declaração operaria efeitos retroativos, desconstituindo os efeitos jurídicos produzidos e impedindo os que seriam ordinariamente produzidos.

Art. 128 - A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente, desconstituindo os efeitos jurídicos já produzidos e impedindo os que seriam ordinariamente produzidos.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Parágrafo único - A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data de sua declaração e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

De certo, à primeira vista, não é possível negar que o reconhecimento da nulidade opera efeitos ex tunc, por força do disposto no supracitado art. 128 da Lei baiana de Licitações e Contratos.

Ocorre que não se pode desconsiderar que, no plano fático, até ser declarado nulo o contrato, se a contratação era de execução continuada, esta avença vinha operando seus efeitos na realidade jurídica das pessoas (empregados de uma empresa de terceirização de mão-de-obra, por exemplo).

Afinal, em algumas situações, a desconstituição destes efeitos após o reconhecimento de um vício que torne o contrato nulo não poderá se operar imediatamente, por atentar contra o interesse público.

Foi por esta razão que sabiamente a Lei estadual nº 12.209/11 admitiu a possibilidade de "modulação temporal" dos efeitos da declaração de nulidade de ato e contrato administrativo, quando presentes razões de segurança jurídica ou relevante interesse social, nos seguintes dispositivos legais:

Art. 35 - Os efeitos do ato decisório terão início a partir da sua publicação pelos meios previstos em ato normativo.

Parágrafo único - A decisão definitiva, considerando razões de segurança jurídica ou de relevante interesse social, motivadamente, poderá estabelecer restrição aos seus efeitos ou determinar o início de sua eficácia, a partir do ato decisório ou de momento específico.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

.....

Art. 135 - Ao declarar a invalidade do ato ou contrato, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de relevante interesse social, poderá a autoridade restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que só tenha eficácia a partir do ato decisório ou de momento específico.

Isto quer dizer que se no processo de invalidação a autoridade competente vislumbrar que a incidência de efeitos imediatos e retroativos da sua decisão (nulidade do contrato) atentará contra a segurança jurídica ou o interesse social, poderá fixar um momento específico a partir do qual terá eficácia a sua decisão. Esta situação pode ocorrer no caso de contratação de pessoa jurídica para execução de atividade cuja interrupção imediata impactará na regularidade e continuidade da prestação de um serviço público essencial.

Vale lembrar que neste processo de invalidação a PGE, como órgão de consultoria jurídica do Estado, deverá ser ouvida, conforme preceituado no art. 132 da Lei de Processo Administrativo.

A terceira consequência a ser observada diante da nulidade de licitação e contrato por violação aos preceitos do art. 18 e art. 125 é a necessidade de apuração da responsabilidade de quem deu causa, em atenção à previsão contida no art. 122, §1º e art. 128, parágrafo único, do diploma em voga.

Neste caso, a apuração envolverá não somente a atuação dos servidores envolvidos na contratação, como também deverá haver responsabilização da pessoa contratada, que pode ser o próprio agente público ou pessoa jurídica da qual faça parte.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

A primeira medida a ser adotada diante da violação das regras constantes no art. 18 e art. 125 é a instauração de processo administrativo sancionatório para responsabilização da pessoa física ou jurídica, com fundamento no art. 199, incisos II e III, todos da lei estadual nº 9.433/05, que assim dispõem:

Art. 199 - A declaração de inidoneidade será aplicada, após processo administrativo regular, às empresas e aos profissionais que:

- I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;
- II - tenham praticado atos ilícitos, visando a frustrar os princípios e objetivos da licitação;
- III - demonstrarem não possuir idoneidade para contratar com a Administração, em virtude de atos ilícitos praticados;
- IV - tenham sofrido condenação definitiva por atos de improbidade administrativa, na forma da lei.

Como já dito alhures em diversas ocasiões, a violação das regras constantes no art. 18 e art. 125 visam garantir que a observância dos princípios da impessoalidade, ampla competitividade e, especialmente, a probidade que regem as contratações administrativas.

Logo, se um agente público, direta ou indiretamente (através de pessoa jurídica) viola proibição expressa contida nos dispositivos supracitados, este comportamento configura a prática de ato ilícito visando frustrar os princípios e objetivos da licitação,



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

demonstrando que este não possui o requisito da idoneidade para contratar com a Administração Pública.

Note-se que o referido dispositivo estabelece, em seu caput, a aplicação da pena de declaração de inidoneidade às empresas e profissionais, ou seja, pouco importa se houve efetiva participação do agente público em certame licitatório ou formalizado o contrato, de onde se deduz que os candidatos a cadastramento também poderão ser punidos com base neste art. 199 da Lei em comento.

Não há como deixar de aplicar, após o devido processo legal, a retro mencionada sanção se houver demonstração da prática dos ilícitos supracitados, por se tratar de competência vinculada, na medida que o legislador dispôs que "a declaração de inidoneidade será aplicada...".

Afinal, tanto o certame licitatório como o contrato administrativo serão necessariamente declarados nulos se houver contratação de agente público fora das exceções legalmente previstas, situação que causa prejuízo para a Administração, que verá frustrada a licitação e a realização do serviço/fornecimento contratado.

Aliás, os editais-padrões (com respectivas minutas de contrato) disponibilizados no sítio da Procuradoria Geral do Estado contém cláusula dispondo expressamente sobre os impedimentos contidos no art. 18 e art. 125, razão pela qual não se pode alegar desconhecimento das regras proibitivas.

Sugiro, outrossim, que seja incluído como um dos anexos em todos editais adotados pelo Estado uma declaração firmada pelo interessado na contratação no sentido de que não está inserido em uma das condições impeditivas dos aludidos dispositivos (art. 18 e 125) e nem violando outra proibição prevista em norma constitucional ou infraconstitucional.

Pela mesma razão, proponho que esta declaração também seja exigida quando a pessoa for solicitar o Certificado de Registro Cadastral pelo órgão responsável pelo cadastramento, caso tal providência ainda não esteja sendo adotada.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

A exigência desta declaração obviamente não afasta a necessidade de se analisar a possibilidade de cadastramento de pessoa jurídica que tenha agente público integrando seus quadros societários. Havendo dúvidas quanto ao cabimento do cadastramento, deverá ser dirigida consulta à Procuradoria Geral do Estado.

Assim, considerando a necessidade de instaurar processo sancionatório contra todas as pessoas jurídicas que violaram as regras impeditivas supracitadas e que a sanção a qual estas poderão estar sujeitas será a pena de declaração de inidoneidade, caberá à Comissão Processante Central da SAEB conduzir os referidos processos, por força da sua competência prevista no Decreto estadual nº 13.967/12.

A segunda providência a ser adotada para fins de responsabilização é a apuração do ilícito praticado pela pessoa que, ostentando a condição de agente público, atuou para houvesse a sua contratação administrativa, de forma direta ou indireta.

Primeiramente, passemos à análise do fundamento legal para apuração da responsabilidade disciplinar do agente público.

No que se refere ao servidor estatutário, a simples violação de preceito contido em norma legal (in casu, art. 18 e art. 125 da Lei estadual nº 9.433/05) já implica na necessidade de instauração de processo disciplinar por malferimento ao dever preceituado no art. 175, inciso III, da Lei estadual nº 6.677/94 de "observar normas legais e regulamentares".

Isso quer dizer que se ficar comprovado que o servidor estatutário foi contratado diretamente ou indiretamente (através de pessoa jurídica) pelo próprio órgão/entidade no qual é lotado, para atividade qualquer natureza (art. 18, inciso III), ou se foi contratado por si ou como representante de terceiro por qualquer órgão ou entidade da Administração Pública (salvo para atividades excepcionadas no parágrafo único do art. 125, cuja contratação deve ser eventual para ser lícita), será, em tese, cabível, a sua responsabilização disciplinar por violação ao dever de observância das normas legais e



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

regulamentares (art. 175, III, do Estatuto), salvo se estiver prescrita a pretensão punitiva estatal.

Vale ressaltar, como já exposto previamente, que haverá responsabilidade disciplinar (com fulcro no supracitado art. 175, inciso III, da Lei estadual nº 6.677/94) por afronta à regra prevista no art. 18, inciso III da Lei de Licitações e Contratos se o servidor, direta ou indiretamente celebrar contratar com o órgão/entidade pública cujos quadros funcionais integra, pouco importando a sua condição no contrato social da pessoa jurídica, isto é, basta integrar o quadro societário, ser empregado, representante ou qualquer vínculo com a sociedade civil ou comercial licitante/contratada.

Contudo, se este estiver na condição de sócio com poderes de gerência, administração ou gestão da sociedade, além de violação de preceito legal (art. 125, caput), mesmo que o contrato não seja celebrado com o próprio órgão/entidade que o servidor integra, caberá responsabilização da pessoa jurídica com fundamento no art. 18, IV, já que esta transação viola a regra proibitiva funcional constante no art. 176, inciso XI, da Lei estadual nº 6.677/94:

Art. 176 - Ao servidor é proibido:

(...)

XI - transacionar com o Estado, quando participar de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil, ou exercer comércio;

Da leitura da vedação contida no inciso XI do art. 176 do Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da Bahia, observa-se que, ao utilizar a conjunção alternativa "ou", existem dois tipos de ilícitos que não podem ser praticados pelo servidor estatutário, quais sejam, transacionar com o Estado OU exercer comércio:



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

1) Transacionar com o Estado, através de sociedade civil ou empresarial, quando for sócio-gerente ou sócio-administrador:

Isto significa que não poderá celebrar, através de pessoa jurídica, ajuste de qualquer natureza (contrato, convênio ou outra forma de parceria) com o Estado e suas entidades descentralizadas, se estiver na gerência ou administração, sob pena de responsabilização com pena de demissão (art. 192, inciso XII).

Entende-se por gerência o desenvolvimento e gestão de atividades setoriais de uma pessoa jurídica (em setores ou departamentos específicos), enquanto que administração envolveria a gestão macro dos negócios, envolvendo os aspectos gerais da organização (recursos humanos, recursos financeiros, marketing, etc.).

O fato é que não é possível admitir que o servidor estatutário esteja na gestão da sociedade civil ou comercial quando transacionar com o Estado, através dos seus órgãos ou entidades descentralizadas, eis que não haveria uma mera violação de preceito contido na Lei de Licitações e Contratos, mas sim malferimento de uma proibição considerada grave pelo legislador e passível de desligamento através de ato demissionário.

A outra conduta descrita no art. 176, inciso XI, do Estatuto como sujeita à desligamento do infrator é o exercício do comércio.

2) Praticar atos de comércio:

A lei estadual nº 6.677, por ter sido editada em setembro de 1994, adotou a expressão "atos de comércio" adotada pelo Código Comercial de 1850, posto que ainda não estava vigente o Novo Código Civil de 2002.

Naquela época, a pessoa estava submetida a teoria dos atos de comércio se a atividade por ela exercida estivesse no rol descrito no art. 19 do Regulamento nº 737/1850, se a sua atividade for de contratação; ou se, independente da atividade desempenhada, esta atuasse mediante sociedade por ações.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Contudo, penso que, com o advento do Novo Código Civil, não podemos mais adotar tão somente a definição de "atos de comércio" para apreciação desta proibição funcional, porquanto, uma vez revogado o Código Comercial, o legislador federal abandonou a teoria dos atos de comércio para adotar a teoria da empresa em seu lugar.

Isso porque, o art. 2037 do NCC preceituou que "salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis".

Diante disto, entendo que, no novo Código Civil, a figura do comerciante (cujos atos o Estatuto funcional vedou) foi "absorvida" pela do empresário, sendo que os institutos jurídicos que se aplicavam aquele, e que ainda estejam vigentes, passam a ser aplicados a este.

O art. 966 do NCC, por seu turno, define o empresário como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou de serviços.

Assim, creio que o legislador baiano quis proibir no art. 176 do Estatuto a prática de atos comerciais/empresariais pelo servidor público civil, seja através de uma sociedade comercial/empresarial, seja como empresário individual. Isto significa que ele não poderá atuar como empresário, comerciante, funcionário da empresa ou comerciário.

Este mesmo raciocínio deve ser aplicado ao policial militar para analisar o impedimento de atuar como comerciante ou empresário. Explico:

O art. 40 da Lei estadual nº 7.790/2001 (Estatuto da PM) estabelece a seguinte regra ética:



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Art. 40: Ao policial da ativa é vedado comerciar ou tomar parte da administração ou gerência de sociedade ou dela ser sócio ou participar, exceto como acionista ou quotista, em sociedade anônima ou por quotas de responsabilidade limitada".

Parágrafo único: No intuito de aperfeiçoar a prática profissional, é permitido aos oficiais do Quadro Complementar de Oficiais Policiais Militares o exercício de sua atividade técnico-profissional no meio civil, desde que compatível com as atribuições do cargo e com o horário de trabalho, respeitadas as limitações constitucionais.

Ressalte-se, também, que o referido Estatuto da PM, no art. 57, inciso XII, considera como transgressão passível de demissão "participar o policial militar da ativa de firma comercial, de emprego industrial de qualquer natureza ou nelas exercer função ou emprego remunerado, exceto como acionista ou quotista em sociedade anônima ou por quotas de responsabilidade limitada".

Vale ainda lembrar que o art. 204 do Código Penal Militar considera como típica a conduta de comerciar, administrar ou gerir sociedade comercial.

Dessa forma, se um militar atua prestando serviços particulares de segurança, este poderá ser responsabilizado com a pena de demissão pelo exercício de emprego remunerado, emprego que, segundo a Súmula 386 do TST, não precisa estar formalizado, bastando a presença dos requisitos caracterizadores do vínculo empregatício.

Além disso, se o miliciano estiver utilizando a arma que lhe foi confiada para o exercício de suas atribuições para desempenhar atividade particular, ou se este estiver explorando comercialmente os serviços de segurança privada através de empresa, valendo-se do seu posto ou graduação para obter vantagem no funcionamento da sua firma de vigilância (à luz do quanto exigido pela lei federal nº 7.102/83) ou para recrutar e treinar seus funcionários, tais comportamentos, no meu sentir, também são passíveis de demissão, com fulcro no disposto no art. 57, incisos X e XI do EPM:



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Art. 57: A demissão, observada as disposições contidas no art. 53 desta Lei, será aplicada nos seguintes casos:

(...)

X - utilizar pessoal ou recurso material da repartição ou sob a guarda desta em serviço ou em atividades particulares;

XI - fazer uso do posto ou da graduação para obter facilidades pessoais de qualquer natureza ou para encaminhar negócios particulares ou de terceiros;

Ou seja, está claro que o militar estadual não pode ser comerciante/empresário e nem exercer função/emprego remunerado em uma sociedade, ressalvando apenas a possibilidade de ser cotista/acionista.

Acredito que a intenção do legislador baiano, ao criar as proibições aos militares, é que estes apenas pudessem atuar como um mero investidor de uma sociedade comercial, jamais atuando como proprietário, administrador ou gerente de uma pessoa jurídica. Do contrário, o miliciano estaria incorrendo na prática do crime previsto no art. 204 do Código Penal Militar anteriormente comentado.

Enfim, parece-me que o legislador, ao vedar a prática de atos de comércio no art. 176 para os servidores públicos civis e no art. 204 do Código Penal Militar para os milicianos, apenas admitiu que os referidos agentes públicos tivessem cotas ou ações em uma sociedade de responsabilidade limitada ou sociedade anônima como mero "sócio-investidor", mas jamais estes poderão estar na gestão/administração/gerência desta pessoa jurídica de natureza comercial.

Este mesmo raciocínio deve ser aplicado para todas categorias de agentes públicos, inclusive agentes políticos (a exemplo dos magistrados e promotores), em relação aos



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

quais a lei proibiu o exercício do comércio e a participação em sociedades, exceto como acionista ou cotista. Enfim, sempre que existir tal vedação, depreende-se que estes somente poderão ser sócios "investidores", jamais poderão atuar como empresários, gerentes, ou administradores da sociedade empresarial.

Vale lembrar ainda que, para os integrantes do Grupo Ocupacional do Fisco, os impedimentos quanto à sua participação em sociedades são mais amplos, pois é vedado ser gerente, administrador e até empregado destas sociedades comerciais (vedação que não existe para os demais servidores estatutários), proibindo-se também, sob qualquer forma (inclusive como mero cotista ou acionista), que este possua algum vínculo com uma sociedade que presta assessoria/consultoria na área tributária.

No que toca a titularização de cotas em sociedade comercial, convém chamar atenção que, para fins de averiguação da existência de responsabilidade funcional do servidor civil ou militar, deve ser verificada a realidade fática, ou seja, se o servidor, embora não juridicamente sócio-gerente ou sócio-administrador e nem seja formalmente um empresário, esteja efetivamente praticando as duas condutas descritas no referido tipo legal proibitivo.

Neste sentido, oportuno registro do comentário de Sandro Lucio Dezan , ao analisar a proibição funcional contida no art. 117, inciso X, da Lei federal nº 8.112/90 ("estatuto" do servidor federal), cuja redação é semelhante àquela vedação disciplinada no art. 176, inciso XI da norma estadual:

"Deve-se entender por concreção fática a ação efetiva do servidor como gerente, administrador ou comerciante, denotando as condutas de decisão efetiva, de mando, independentemente do teor do contido no contrato social da empresa. Deste modo, não basta figurar como administrador ou gerente em contrato social, se, de fato, não administra ou gerencia a empresa. Do mesmo modo, mesmo que o agente público figure no contrato social como não administrador ou gerente, mas, de fato, atue habitualmente



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

com essas qualidades, viola a norma em voga, infringindo a proibição. Prima-se pela realidade das ações, princípio da primazia da realidade".

Afinal, por vezes, o servidor público civil (em sentido amplo) ou o servidor militar é apenas sócio minoritário e sequer consta no contrato social como representante legal/administrador da sociedade, mas efetivamente está na gestão da pessoa jurídica, situações jurídicas que não afastariam sua responsabilização frente à realidade dos fatos.

Da mesma forma, creio que não é possível afastar a sua responsabilidade funcional se o agente público se vale de "laranjas" para burlar os impedimentos legais acima examinados.

Importa destacar que as duas situações acima ventiladas (agente público que não é formalmente sócio-gerente ou administrador, bem como aquele que se vale de "laranjas") são igualmente passíveis de punição, com fundamento no art. 175, IX e art. 176, X, todos da Lei estadual nº 6.677/94 (para o civil) e art. 57, incisos VIII e XI da Lei estadual nº 7.990/01 (para o militar), já que são transgressões disciplinares, inclusive "tipificadas" como improbidade administrativa, mormente porque é ilícito (e ímprobo) o comportamento do servidor civil ou militar que se vale do cargo para lograr proveito próprio ou em favor de terceiro, ainda que não seja sócio de direito.

Por outro lado, não podemos perder de vista, no momento do enquadramento do comportamento adotado pelo agente público, devemos verificar se houve má-fé (consciência da ilicitude da sua conduta) quando incidiu nas proibições funcionais, com vistas a evitar malferimento do princípio da proporcionalidade, que decorreria da imposição de sanção muito gravosa (demissão) para uma conduta culposa (na modalidade imperícia - desconhecimento da proibição), ou seja, o desligamento do cargo público por um comportamento ilícito de menor reprovabilidade.

É bem verdade que, à luz da Lei de Introdução do Código Civil, em seu art. 3º, estabelece que ninguém poderá alegar o desconhecimento de lei para se escusar do



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

cumprimento de norma legal. Nesse sentido, vale registrar também que as proibições de contratar com a Administração constam nas minutas de editais (vide cláusula 2.3 a 2.6) elaborados pela PGE.

No entanto, não é possível negar que, em algumas situações fáticas, pode realmente existir dúvida objetiva do servidor civil ou militar quanto às proibições ou ficar demonstrado que o servidor agiu de boa-fé, a ponto de não justificar o enquadramento de seu comportamento em uma transgressão passível de demissão (com fulcro no art. 176, inciso XI, combinado com art. 192, XII, da Lei estadual nº 6.677/94 e art. 57 do EPM, para o servidor civil e militar, respectivamente), mas sim a subsunção de sua conduta como violadora apenas de um dever funcional (de observar normas e regulamentos), situação que autorizaria a realização de dosimetria e a imposição de sanção mais leve.

Por outro lado, considerando que os impedimentos previstos no art. 18 e art. 125 da Lei estadual nº 9.433/95 se dirigem a qualquer espécie de agente público (agentes políticos, servidores públicos em sentido amplo, incluído os militares) e que a violação das referidas regras maculam os princípios da impessoalidade e probidade que regem as contratações administrativas, implicando na nulidade da licitação/contrato, não há como afastar a responsabilização judicial (em caso de prática de ato improbidade) ou na instância administrativa, sendo que esta responsabilidade administrativa irá variar a depender da consciência da ilicitude dos seus atos (consciência que demonstra dolo, má-fé).

Por isto, para fins de responsabilização funcional, ad cautellam, sugiro que seja feita uma apuração preliminar/sindicância, no âmbito de cada órgão ou entidade descentralizada, para apurar a realidade fática do agente público que violou a proibição de comerciar, bem como em que condições reais (e não meramente jurídicas) este participava da sociedade comercial (eis que dados constantes no contrato social nem sempre condizem com a verdade dos fatos).



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Mas, para as situações em que já existem indícios suficientes de que o agente público violou conscientemente as regras objeto de estudo neste opinativo (art. 18 e art. 125 da Lei estadual nº 9.433/05) e normas proibitivas aplicáveis à sua carreira, a exemplo do militar que se apresenta perante a Administração contratante como representante legal da empresa, praticando atos empresariais (atos de comércio) ou caso este figure no contrato social como sócio com poderes de gerência e administração da sociedade contratada, impõe-se que seja imediatamente deflagrado processo administrativo disciplinar pelo órgão correccional competente.

No entanto, considerando que são inúmeras as situações de servidores públicos civis sócios de pessoas jurídicas contratadas pelo Estado, conforme relatórios acostados aos autos e com vistas a garantir uniformidade no tratamento desta questão com repercussão em diversos órgãos e entidades, sugiro que a investigação (por apuração preliminar ou por sindicância) e também a realização dos processos disciplinares cabíveis (seja por mera violação do art. 175, III, seja por descumprimento do art. 176, inciso XI) fique sob a responsabilidade da Corregedoria Geral da SAEB.

No que concerne aos servidores militares que diretamente ou indiretamente foram contratados pelo Estado em contrariedade às regras constantes no art. 18 e art. 125 da Lei de Licitações e Contratos, bem como art. 40 e art. 57, XII da Lei estadual nº 7.990/01, nada impede que a apuração seja realizada pela aludida Corregedoria Geral da SAEB, já que se trata de questão sistêmica e que pode demandar investigação no âmbito de alguma Secretaria (quando um militar estadual, por exemplo, celebrou contrato, através de pessoa jurídica, com este órgão), cabendo, contudo, ao órgão correccional da PM conduzir o processo disciplinar, eis que a Comissão para processamento de milicianos por infração funcional somente poderá ser formada por militares estaduais.

Para os empregados públicos e servidores temporários, em relação aos quais também incidem as normas proibitivas objeto de exame nesta consulta, convém fazer as seguintes considerações:



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

No que diz respeito aos empregados públicos, ainda que não exista previsão expressa na norma estatutária dispendo sobre tal proibição (transacionar com o Estado na condição de sócio gerente ou administrador ou exercer comércio), é possível a sua responsabilização funcional não somente por violação às vedações contidas no art. 18 e 125 da lei estadual nº 9.433/05, normas aplicáveis às empresas estatais, mas também com fundamento na Lei de Improbidade Administrativa (lei federal nº 8.429/92).

Com efeito, a depender da situação fática, se ficar demonstrado que este se valeu do emprego público que ocupa para violar os princípios que regem as contratações administrativas, a fim de que fosse contratado direta ou indiretamente pelo Estado ou suas entidades descentralizadas, seu comportamento poderá caracterizar a prática de ato de improbidade administrativa, previsto na Lei federal nº 8.429/92, nas seguintes modalidades:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

.....

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; (Vide Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

.....

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...)

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

Vale esclarecer que, ao utilizar a expressão "notadamente" dos dispositivos acima transcritos, isto significa que o rol de condutas descritas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei federal nº 8.429/92 é meramente exemplificativo, sendo o ato caracterizado como ímprobo sempre que implicar em enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação a princípio da Administração Pública pelos agentes públicos definidos no art. 2º da referida norma federal.

Por isto, demonstrada a prática de ato de improbidade, o empregado público poderá, desde que garantido o exercício prévio da ampla defesa e do contraditório, ter seu vínculo rescindido por justa causa, com fundamento no art. 482 da CLT:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

a) ato de improbidade;

(...)

Convém registrar que a lei federal nº 9.962/2000, embora inaplicável no âmbito do Estado da Bahia, serve de norte para orientar quando a Administração Pública poderá demitir o empregado público, como se depreende do seu art. 3º:

Art. 3º O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da Administração pública nas seguintes hipóteses:

I prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho CLT;

II acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

III necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal

IV insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

Para os servidores temporários, contratados pelo regime especial de direito administrativo, considero que, embora inaplicável o regime disciplinar previsto no Estatuto do Servidor Público Civil, conforme determina o art. 263 da referida Lei estadual nº 6.677/94, esta categoria de agente público, por força contratual, também deve observar os mesmos deveres e proibições que atingem os servidores estatutários.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Afinal, os servidores REDA, a despeito de exercer função pública, são contratados (sem prévio concurso público), em virtude de excepcional interesse público ou necessidade temporária, para desempenhar justamente atividades que são exercidas pelos servidores estatutários, atuando como professores, agentes penitenciários, profissionais da área de saúde, etc.

Não faria sentido que estes não se submetessem ao dever de observar as normas e regulamentos (art. 175, inciso III) ou que não lhes fosse vedado transacionar com o Estado ou exercer comércio pelo simples fato de ser precário seu vínculo com a Administração.

Ainda que não fosse admitida a interpretação acima - que o servidor temporário, por força contratual, se submete a deveres e proibições semelhantes aos constantes na Lei estadual nº 6.677/94 para os servidores estatutários - o servidor REDA igualmente pode ter seu contrato rescindido, de forma antecipada ("por justa causa"), se comprovada a prática de ato de improbidade quando atuou para ser contratado direta ou indiretamente pela Administração Pública, tal como o empregado público.

Portanto, existem consequências jurídicas - rescisão justificada do contrato celetista e rescisão do contrato especial de direito administrativo - para os empregados públicos e servidores temporários, respectivamente, quando estes atuarem em contrariedade às vedações contidas nos art. 18 e 125 da lei estadual nº 9.433/05.

Afinal, estas proibições existem com o propósito de garantir a lisura e a probidade nas contratações administrativas, sem burla às regras de seleção de servidores para os quadros funcionais dos órgãos e entidades administrativas, posto que o legislador presumiu que o agente público não poderia, inclusive indiretamente através de terceiro (pessoa jurídica), ser contratado pela Administração Pública que a remunera.

É por esta razão que é importante que as regras impeditivas constantes na Lei de Licitações e Contratos constem expressamente em todos editais e minutas de contratos,



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

eis que o malferimento implicará em nulidade da licitação/contrato, responsabilização da pessoa jurídica e também do agente público infrator.

Feitas as explanações acima, podemos resumir os entendimentos ora expostos da seguinte forma:

- 1) Não poderá o servidor em sentido amplo - estatutário, empregado, temporário e militar - e também dirigentes (Secretários, Diretores) participar diretamente (pessoa física) ou indiretamente (através de pessoa jurídica da qual ele ou pessoas com até 3º grau de parentesco) de licitações e nem celebrar contratos promovidos pelo órgão/entidade na qual é lotado (art. 18, inciso III, combinado com a disposição do §1º deste dispositivo), sendo-lhe inclusive vedada a contratação nesta hipótese para as atividades descritas no parágrafo único do art. 125, todos dispositivos da Lei estadual nº 9.433/05;
- 2) É vedado a agente público de qualquer natureza (agente político, servidor estatutário, temporário, militar e empregado público) celebrar por si (como pessoa física) ou como representante de terceiro (representação legal, convencional, judicial ou contratual, mesmo que não seja sócio) qualquer contrato administrativo, salvo para as atividades de treinamento, aperfeiçoamento, participação em comissão examinadora de concurso, conforme disposto no art. 125, parágrafo único, atividades devem ser essencialmente eventuais para que a contratação seja legítima, desde que observada à vedação do art. 18, III (proibição de contratação pelo próprio órgão/entidade);
- 3) Para que seja lícita a participação direta ou indireta de qualquer agente público (em todas suas modalidades, inclusive agentes políticos) em licitações e contratos administrativos, deverão ser observados todos os impedimentos constantes na Constituição Federal, Constituição Estadual e nas leis ordinárias (federal e estadual), notadamente as proibições contidas nas normas estatutárias específicas;



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

3.1) O servidor civil estatutário poderá ser contratado diretamente (por si) ou como representante de terceiro pela Administração, nas hipóteses excepcionais do parágrafo único do art. 125, desde que:

3.1.1.) não seja sócio-gerente ou sócio administrador da sociedade civil ou comercial contratada;

3.1.2) não pratique atos de comércio ou atos empresariais;

3.1.3) não tenha se favorecido, valendo-se do seu cargo, para que houvesse contratação;

3.1.4) não viole alguma regra específica da carreira, a exemplo do Código de Ética do Grupo Ocupacional do Fisco e da Lei estadual nº 7.146/87 (que impede segurança privada pelos policiais civis);

3.1.5) não haja incompatibilidade com seu horário de trabalho e com as atribuições do cargo;

3.2) o servidor público militar da ativa jamais poderá ser contratado por si (como pessoa física) pelo Estado e suas entidades, especialmente pela própria SSP/PM, para qualquer atividade, somente podendo ser contratado diretamente (como pessoa física), para as atividades descritas no parágrafo único do art. 125 da Lei estadual nº 9.433/05 de forma eventual, se estiver na reforma ou reserva;

3.3) o servidor público militar, estando na ativa ou não, somente poderá celebrar contrato administrativo, através de pessoa jurídica, com o Estado e suas entidades para as atividades listadas no parágrafo único do art. 125 em comento se:

3.3.1) não seja sócio gerente ou sócio administrador da sociedade civil ou comercial;

3.3.2) não pratique atos de comércio ou atos empresariais;

3.3.3) não tenha se favorecido, valendo-se da sua condição de militar, para que houvesse contratação;



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

4) A participação de agente público, de qualquer natureza, em contrariedade aos impedimentos constantes no art. 18 e art. 125 da Lei estadual nº 9.433/05, implica em:

4.1) nulidade da licitação (ou processo de contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade) e do contrato administrativo celebrado, podendo haver modulação temporal dos efeitos da decisão de nulificação do contrato (art. 35 e art. 135 da Lei estadual nº 12.209/11);

4.2) apuração da responsabilidade:

4.2.1) da pessoa física ou jurídica contratada (com fulcro no art. 199, II e III da Lei estadual nº 9.433/05);

4.2.2) do agente público infrator, de acordo com a sua norma estatutária ou contrato firmado, sem prejuízo da configuração de ato de improbidade administrativa;

4.2.3) dos outros servidores que concorreram para a ocorrência de contratação irregular;

Portanto, diante dos posicionamentos firmados, proponho que sejam adotadas as seguintes providências:

a) Instauração de processo administrativo sancionatório contra todas as pessoas jurídicas que celebraram contrato administrativo em contrariedade às regras previstas no art. 18 e art. 125 da Lei de Licitações e Contratos, conforme orientações indicadas nesta consulta

Assim, a Comissão Processante Central da SAEB, responsável pela condução destes expedientes que poderão ensejar na pena de declaração de inidoneidade (vide art. 199), deverá verificar se a contratação foi para as atividades descritas no art. 125, parágrafo único, da norma legal sub examine; se o contrato foi de execução continuada ou de natureza eventual, bem como analisar os contratos sociais das pessoas jurídicas contratadas, averiguando se o agente público atuou como gerente, administrador ou representou a sociedade de alguma forma;



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

b) Declaração de nulidade de todos os contratos administrativos porventura vigentes que tenham sido firmados violando as proibições contidas no art. 18 e art. 125, processo que deverá ser realizado de acordo com o art. 131 e seguintes da Lei estadual nº 12.209/11, no âmbito de cada órgão/entidade contratante, com oitiva da PGE.

Considerando que o relatório acostado já foi elaborado há algum tempo, sugiro que tanto a Auditoria Geral do Estado como o órgão de Cadastro da SAEB façam uma atualização dos dados existentes;

c) Deflagração de processo administrativo disciplinar pela Corregedoria Geral da SAEB ou pela Corregedoria Setorial da PM, conforme o caso, quando já existir indícios suficientes de que o servidor público civil ou militar transacionou com o Estado, através de pessoa jurídica, na condição de sócio administrador ou sócio gerente desta, bem como se praticou atos empresariais (atos comerciais) na gestão da referida sociedade contratada, ferindo as disposições do art. 176 da Lei estadual nº 6.677/94 e artigos 40 e 57 do EPM, respectivamente.

Neste diapasão, vale lembrar que o Grupo Ocupacional do Fisco e os Policiais Civis se submetem a regras mais restritivas, pois, em algumas situações, pouco importa a sua condição no quadro societário, já que a atividade de consultoria na área tributária e a de segurança privada lhe são vedadas em quaisquer hipóteses;

Todavia, sugiro a seguinte metodologia a ser adotada:

Primeiramente, a Corregedoria Geral da SAEB deverá fazer uma apuração preliminar de todas as situações constantes no relatório, para averiguação das situações que comportam imediata instauração de PAD, consoante orientações já explicitadas, e dos casos que ainda demandam a realização de sindicância, para fins de verificação de indícios de desvio de conduta funcional e delimitação da responsabilidade do servidor estatutário.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Isso porque, é possível que apenas tenha ocorrido pelo servidor público civil ou militar violação das regras do art. 18 e art. 125, sem que tenha incorrido em transgressão disciplinar passível de demissão do infrator.

Além disso, não está afastada hipótese de o servidor não estar figurando como sócio ou representante da pessoa jurídica, mas estar se valendo da sua condição para lograr proveito em contratação administrativa, inclusive atuando como sócio de fato.

Estas são situações que precisam ser devidamente apuradas através de sindicância antes da instauração do PAD (salvo se não estiver prescrita a pretensão disciplinar), a fim de verificar a verdade dos fatos.

Ademais, vale lembrar que o que deve prevalecer para fins de apuração da responsabilidade funcional é a primazia da realidade, ou seja, se efetivamente o agente público atuou para ser contratado direta ou indiretamente pelo Estado e suas entidades, orientações que se aplicam a todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e órgãos especiais como Ministério Público e Defensoria Pública .

Feita a apuração preliminar ou concluída a sindicância, deverá a Corregedoria da SAEB, através de portaria conjunta do Secretário da Administração com o Titular do órgão/entidade no qual o agente público infrator é lotado, designar Comissão Processante para apurar a responsabilidade do servidor público civil, seja por mera violação do art. 175, III, seja por descumprimento das proibições contidas no art. 176, inciso X, XI ou XIX, todos da Lei estadual nº 6.677/94.

Caso o servidor seja militar, deverá o referido órgão correcional da SAEB enviar os autos à Corregedoria da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros, para deflagração do PAD competente.

Se o servidor for empregado público, competirá à própria pessoa jurídica de direito privado (empresa pública ou sociedade de economia mista) conduzir processo sancionatório com vistas à rescisão antecipada do contrato de trabalho por justa causa (art. 482, I, da CLT).



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

No caso do servidor temporário, caberá a realização da rescisão antecipada do contrato especial de direito administrativo do servidor REDA que, contrariamente às suas obrigações contratuais, participou de contratação administrativa. Penso que, para fins de motivação deste ato, deve ser oportunizado a este agente público se manifestar, eis que o servidor temporário não responde a PAD (vide art. 263 da Lei estadual nº 6.677/94).

Isto posto, caso seja aprovado o presente opinativo, penso que deve ser atualizado o relatório elaborado pela AGE que motivou a abertura deste feito.

É como penso. Salvo melhor juízo.

Levando-se em conta que a repercussão das orientações ora traçadas para a Administração, submeto à apreciação da douta Chefia Procuradoria Administrativa, antes de evoluir o feito ao Gabinete do Exmo. Procurador Geral do Estado.

PA-NCAD, 16 de dezembro de 2015.

FABIANA M^a FARIAS SANTOS BARRETTO

Procuradora-Assistente



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

PROCESSO Nº PGE20132526850 INTERESSADO: AUDITORIA GERAL DO ESTADO ASSUNTO: SERVIDOR PÚBLICO

DESPACHO

Acolho, na íntegra e por seus fundamentos, o exaustivo e bem elaborado Parecer PA-NCAD-FFB-1450-2015, de fls. 06 a 59, conferindo-lhe caráter uniforme, pela repercussão geral da matéria tratada, nos termos do Decreto Estadual 11.737/2009, art.9º, I.

Ao Exmo. Sr. Procurador Geral, com a sugestão de indicar caráter normativo ao parecer, submetendo-o à aprovação do Exmo. Sr. Governador do Estado; ou de se lhe reconhecer natureza sistêmica, ex vi do art.9º, III.

Salvador, 19 de janeiro de 2016.

Bárbara Camardelli
Procuradora Chefe



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

PROCESSO Nº PGE2013252685-0
AUDITORIA GERAL DO ESTADO DA BAHIA

DESPACHO

Cuidam os autos de manifestação oriunda do Núcleo de Controle Administrativo e Disciplinar (NCAD) da Procuradoria Administrativa (PA) sobre o relatório da Auditoria Geral do Estado (AGE) em derredor da participação de agente público, por meio de pessoa jurídica, em licitações e contratos administrativos no Estado.

No que concerne ao impedimento descrito no inciso III do art. 18 da Lei nº 9.433/05, que veda a participação, direta ou indireta, na licitação, execução de obras ou serviços e do fornecimento de bens a eles responsáveis, de servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação, a matéria foi objeto de despacho por mim proferido em 07/10/2015 no processo nº 0300150247377, no qual atribuí caráter sistêmico ao entendimento conclusivo da manifestação da Procuradora Assistente do NCAD Fabiana M^a Farias Santos Barretto, no sentido da impossibilidade de contratação, no âmbito da Secretaria da Saúde, de pessoas jurídicas que possuem em seu quadro social profissionais médicos com vínculo efetivo com a SESAB.

O processo em epígrafe (PGE2013252685-0) possui abordagem mais ampla para alcançar a participação, nos termos dos arts. 18 e 125 da Lei nº 9.433/05, de qualquer agente público, o que, consoante o Parecer PA-NCAD-FFB-1450/2015 (fls. 06/59), subscrito pela Procuradora Assistente do NCAD Fabiana M^a Farias Santos Barretto e ao qual foi conferido caráter uniforme pela Procuradora Chefe da



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Procuradoria Administrativa Barbara Camardelli, exige o exame, dentre outros aspectos, da forma pela qual tal participação pode ocorrer (direta ou indiretamente).

As disposições normativas elencadas no citado pronunciamento, notadamente os arts. 18, III e IV, 125 e 207, todos da Lei estadual nº 9.433/05, permitem concluir a existência de diversas hipóteses de impedimentos de participação, as quais, quando não expressamente excepcionadas neste despacho, devem ser observadas pela Administração.

Deste modo, está vedada a contratação de pessoas jurídicas das quais os agentes públicos (agentes políticos, servidores estatutários, servidores temporários, empregados públicos e servidores militares) figurem como sócio, sócio-gerente, administradores ou seus representantes legais, por caracterizar, à luz do art. 125 da Lei nº 9.433/05, participação indevida.

A referência a “autor do projeto” constante no §3º do art. 18 da Lei nº 9.433/05, concernentemente à participação indireta, deve alcançar o autor de qualquer termo de referência da licitação (concebido doutrinariamente como um projeto básico mais simples), à vista, também aqui, da sua potencial condição para comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo do certame (Lei nº 9.433/05, art. 3º, I). De fato, a especificação do conjunto de elementos necessários e suficientes para caracterizar o objeto da licitação exige do autor do termo de referência conhecimento técnico e de mercado que o possibilita dirigir o resultado do certame.

Demanda temperamento, contudo, a leitura proposta no Parecer PANCAD-FFB-1450-2015 ao conteúdo do §3º do art. 18 da Lei nº 9.433/05, porquanto a análise da relação entre o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimento e obras, incluindo-se o fornecimento de bens a estes necessários, e o agente público deverá, segundo penso, ser realizada à luz da capacidade de esse agente público valer-se do



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

cargo para obter algum favorecimento na contratação ou influenciar no resultado do procedimento licitatório, de modo a comprometer a sua lisura.

Essa é a linha de intelecção, a propósito, do Plenário do Tribunal de Contas da União, que, por ocasião da análise do §3º do art. 9º da Lei nº 8.666/93¹, asseverou que a violação do dever de probidade, de observância obrigatória por todos os agentes públicos, é incompatível com os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade (Acórdão nº 1170/2010)².

Com amparo, assim, nos princípios da isonomia, impessoalidade e da moralidade, expressamente resguardado pelo *caput* do art. 3º da Lei nº 9.433/05, o impedimento de participação se dirige aos agentes públicos que, de alguma forma, possam se valer do cargo para obter, para si ou para outrem, algum favorecimento indevido na contratação ou detiverem o poder de influenciar o resultado da licitação, o

¹ Conteúdo é idêntico ao reproduzido no diploma estadual.

² [...]

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 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”.

25. Por meio do Acórdão n. 284/2003 – Plenário, esta Corte de Contas, também fundamentada nos princípios constitucionais, determinou ao Conselho Regional dos Representantes Comerciais do Rio Grande do Sul - CORE RS que se abstinhasse 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.

26. Nesse mesmo sentido, é a decisão do STJ proferida no âmbito do REsp 615432/MG, cuja ementa dispõe: “*EMENTA. Administrativo. Licitação. Relacionamento afetivo entre sócia da empresa contratada e o prefeito do município licitante. Ofensa aos princípios norteadores do procedimento licitatório. Inobservância do prazo mínimo para convocação dos licitantes. Violação do art. 21, § 2º, da Lei n. 8.666/93*” (grifei).

[...]

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.

[...] (TCU, Plenário, Acórdão nº 1170/2010, sendo relator o Ministro Benjamin Zymler. Data da Sessão 26/05/2010, Ata nº 17/2010) (nem todos os destaques estão no original).



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

que explica a extensão da restrição, para contemplar também a participação de cônjuge, companheiro ou parente até o 3º grau do servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Nas situações nas quais se revelaria possível a participação do agente público - ser empregado da pessoa jurídica participante da licitação, da execução de obras ou serviço e do fornecimento de bens a ele necessários, por exemplo, por não se enquadrar em quaisquer das hipóteses de impedimento descritas nos art. 18, III e IV, e 125 da Lei nº 9.433/05 — a análise dessa possibilidade não pode, também, estar dissociada de declaração de compatibilidade de horários e com as atribuições do cargo subscrita pelo servidor, sob pena de apuração de responsabilidade na forma do Parecer PA-NCAD-FFB-1450/2015 (fls. 06/59).

Nesse cenário, concluindo o procedimento de contratação pela formalização do ajuste com servidor público, nos limites delineados neste despacho e no Parecer PA-NCAD-FFB-1450/2015, cópia da referida declaração deverá ser encaminhada pelo contratante ao seu superior hierárquico, responsável pelo acompanhamento e controle da referida carga horária à vista da contratação havida, que, na hipótese de incompatibilidade deverá comunicar imediatamente ao órgão ou entidade contratante, sob pena apuração de responsabilidade.

Nesse contexto, a exceção disciplinada pelo parágrafo único do art. 125 da Lei estadual de Licitações e Contratos Administrativos, além de exigir a transitoriedade, a eventualidade da atividade desempenhada, somente se revela possível **“se o contratado NÃO for servidor público (ou pessoas jurídica da qual integre) do próprio órgão responsável pela contratação”** (Parecer PA-NCAD-FFB-1450-2015, fl. 33 — os destaques constam do original), de modo a compatibilizar a referida ressalva



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

com, entre outras (inclusive estatutárias), a regra inserta no art. 18, III, da mesma espécie normativa³.

Relativamente aos demais agentes públicos (Lei nº 9.433/05, art. 207), compartilho, igualmente, do posicionamento externado às fls. 06/59, quando conclui que, a vedação de participação na licitação, execução de obras ou serviços e do fornecimento de bens a eles responsáveis, deve ser lida em conjunto com as normas específicas do ordenamento jurídico pátrio relativamente aos que exercem, ainda que transitoriamente, mandato, cargo, emprego ou função na Administração direta, indireta e outras entidades sujeitas ao controle do Estado, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura (Lei nº 9.433/05, art. 207).

A Administração, ademais, deve estar atenta para as relações advindas da contratação, pelo Estado da Bahia, de cooperativas, que, constituindo-se sociedade de pessoas (“*intuitu personae*”) cujos atos praticados o são em prol dos associados, implica, a toda evidência, a manutenção entre o cooperado e a cooperativa contratada de vínculos que caracterizam a sua participação indevida, nos termos do art. 125 em referência.

No âmbito das consequências da violação da disciplina inserta nos arts. 18 e 125 da Lei nº 9.433/05, o rito processual a ser observado para declaração de nulidade, como já apontado no PA-NCAD-FFB-1450-2015, é o estabelecido no art. 131 e seguintes da Lei estadual nº 12.209/2012.

Acolho, outrossim, a proposta de inserção, nos instrumentos convocatórios, de declaração firmada pelo interessado de que as hipóteses de impedimento à sua participação elencadas nos arts. 18 e 125 da Lei nº 9.433/05 não são a eles aplicáveis. Contudo, sugiro que tal inclusão, seja concretizada mediante

³ Como apontado no Parecer PA-NCAD-FFB-1450-2015, a situação descrita não se confunde com a instrutoria interna disciplinada pela Lei estadual nº 10.851/2017 cuja relação decorrente não implica a celebração de um contrato administrativo.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

adaptação do modelo já existente referente à “declaração de elaboração independente de proposta”, precedida de discussão entre o Núcleo de Licitações e Contratos e o NCAD à vista dos objetivos que se pretende alcançar.

A mesma razão justifica a exigência, pela Coordenação de Cadastro da Secretaria da Administração, da referida declaração para fins de emissão do Certificado de Registro Cadastral (CRC) e do Certificado de Registro Simplificado (CRS), o que demanda o envio de cópia deste despacho à apontada Coordenação.

Observo, outrossim, que, nos termos do art. 186 da Lei nº 9.433/05, aplica-se ao candidato a cadastramento impedidos de participar, direta ou indiretamente, da licitação, da execução de obras ou serviços e do fornecimento de bens a eles necessários, a sanção de descredenciamento do sistema de registro cadastral, que pode ser cumulada com multa (art. 186, IV, c/c o parágrafo único) e cujo processamento deverá observar os arts. 187 e seguintes da Lei estadual de Licitações e Contratos Administrativos.

Importa destacar a possibilidade de a autoridade administrativa, diante dos arts. 35 e 135 da Lei nº 12.209/2011, modular no tempo, após a oitiva deste órgão jurídico (Lei Complementar nº 35/2009, art. 2º), os efeitos da declaração de nulidade de ato ou contrato, considerando razões de segurança jurídica ou de relevante interesse social.

Já no que se refere à responsabilização e apuração do ilícito praticado por agente público que tenha atuado em tal condição para que se efetivasse a sua contratação administrativa acolho, igualmente, as considerações e os respectivos desdobramentos constantes do Parecer PA-NCAD-FFB-1450-2015, que, com extremo zelo, examinou individualmente as especificidades em derredor da atuação dos servidores estatutários, militares, integrantes do Grupo Ocupacional do Fisco,



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

empregados públicos e servidores temporários, destacando, ademais, os pontos que lhes eram comuns.

Oportunas, ademais, as recomendações de fls. 06/59 relativamente às cautelas a serem adotadas pela Administração para fins de apuração e responsabilização funcional.

Do exposto, concluo que:

1. Não poderá participar da licitação, da execução de obras ou serviços e do fornecimento de bens a eles necessários (a) o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação; e (b) demais agentes públicos, assim definidos no art. 207 da Lei nº 9.433/05, impedidos de contratar com a Administração Pública por vedação constitucional ou legal;
2. A referência a autor do projeto inserta no §3º do art. 18 da Lei nº 9.433/05 deve alcançar o autor de qualquer termo de referência da licitação (concebido doutrinariamente como um projeto básico mais simples);
3. É vedado ao agente político e ao servidor público de qualquer categoria, natureza ou condição, celebrar contratos com a Administração direta ou indireta, por si ou como representante de terceiro sob pena de nulidade (Lei nº 9.433/05, art. 125).
 - 3.1 A exceção disciplinada pelo parágrafo único do art. 125 da Lei nº 9.433/05 exige (a) transitoriedade e eventualidade da atividade desempenhada; e (b) que o contratado não seja servidor público (ou pessoa jurídica da qual integre) do próprio órgão responsável pela contratação;
 - 3.2 Os parâmetros para aferição da participação indevida do agente político e do servidor público deve ocorrer a partir da análise no caso concreto, à luz dos princípios da impessoalidade e



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

moralidade administrativa, sem prejuízo da ampla competitividade.

4. Os art. 18, III e IV, 125 e 207, todos da Lei estadual nº 9.433/05, permitem concluir ser vedada a contratação de pessoas jurídicas das quais os agentes públicos (agentes políticos, servidores estatutários, servidores temporários, empregados públicos e servidores militares) figurem como sócios, sócio-gerente, administradores ou representantes legais.

5. Nas hipóteses nas quais se revelaria possível a participação do agente público — ser empregado da pessoa jurídica participante da licitação, da execução de obras ou serviço e do fornecimento de bens a ele necessários, por exemplo, por não se enquadrar em quaisquer das hipóteses de impedimento descritas nos art. 18, III e IV, e 125 da Lei nº 9.433/05 — deverá ser apresentada declaração de compatibilidade de horários e com as atribuições do cargo por ele subscrita, sob pena de apuração de responsabilidade na forma do Parecer PA-NCAD-FFB-1450/2015 (fls. 06/59).

5.1 Concluindo o procedimento de contratação pela contratação de servidor, nos limites delineados neste despacho e no Parecer PA-NCAD-FFB-1450/2015, cópia da referida declaração deverá ser encaminhada pelo contratante ao seu superior hierárquico, responsável pelo acompanhamento e controle da referida carga horária à vista da contratação havida, que, na hipótese de incompatibilidade deverá comunicar imediatamente ao órgão ou entidade contratante, sob pena apuração de responsabilidade.

6. Estão impedidos de participar da licitação, da execução de obras ou serviços e do fornecimento de bens a eles necessários o cônjuge, companheiro ou parente até o 3º grau do servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação e dos demais agentes públicos, assim definidos no art. 207 da Lei estadual



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

de Licitações e Contratos, com poder de influenciar o resultado da licitação.

7. A Coordenação de Cadastro da Secretaria da Administração deverá providenciar o descredenciamento daquelas pessoas jurídicas que, despeito de não haver participado de licitação ou de haver celebrado contrato para a execução de obras ou serviços e do fornecimento de bens a eles necessários enquadram-se em quaisquer das situações de impedimento de que tratam este despacho e o Parecer PA-NCAD-FFB-1450-2015.

8. A responsabilização e apuração do ilícito praticado por agente público que tenha atuado em tal condição para que se efetivasse a sua contratação administrativa, direta ou indiretamente, deve observar as orientações insertas no Parecer PA-NCAD-FFB-1450-2015.

Finalmente, à vista da ampla repercussão e do efeito multiplicador da questão em apreço, atribuo caráter sistêmico ao entendimento desenvolvido no pronunciamento da Procuradora Assistente do NCAD, objetivamente resumido às fls. 54/59, com os acréscimos e ponderações por mim aqui adunados, sem embargo de formulação de consulta específica a esta Procuradoria Geral do Estado para orientação sobre a possibilidade ou não de contratação de servidor público⁴, haja vista a impossibilidade de abordagem de todas as variáveis existentes em derredor do tema.

Reservo-me para apreciar a sugestão de atribuição de caráter normativo de que trata o despacho de fl. 60 da Procuradora Chefe da Procuradoria Administrativa Barbara Camardelli após o retorno dos autos ao NCAD para incorporação dos acréscimos e ponderações consignados neste meu pronunciamento, para o que deverão ser extraídas cópias dos autos em epígrafe para formação de novo expediente.

⁴ Extensível no que couber, às demais hipóteses alcançadas pela expressão “agente público”.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Cópia deste despacho deverá ser enviada à Procuradoria Administrativa para as comunicações pertinentes.

À Auditoria Geral do Estado.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, 22 de setembro de 2017.

PAULO MORENO CARVALHO
Procurador Geral do Estado