

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em que se discute, à luz dos artigos 30, 37 e 61 da Constituição Federal, o seguinte tema submetido à sistemática da repercussão geral:

“Tema 1001 - Limites da competência legislativa municipal em matéria de contratação pública e âmbito de incidência da vedação constitucional ao nepotismo (restrita à contratação de mão de obra pela Administração Pública ou extensiva à celebração de contratos administrativos).”

Na origem, o então prefeito do Município Francisco Sá/MG ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, tendo por objeto o artigo 96 da Lei Orgânica do Município, que contém o seguinte texto:

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

Afirma que não há na Constituição do Estado e na Constituição Federal regra semelhante, que proíba a contratação de parentes de agentes políticos.

Assim, ressalta que a norma é eivada de inconstitucionalidade, pois a competência legislativa municipal encontra limite no princípio da simetria, conforme o parágrafo único do artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

Aduz que o silêncio das Constituições Federal e Estadual é eloquente, de forma que não poderia o Município, em sua Lei Orgânica, impor tal restrição. Nessa linha, afirma que a contratação de parentes de servidores e

de agentes políticos é permitida, desde que obedecidos os parâmetros instituídos pela Lei 8.666/1993, que trouxe normas gerais sobre licitações e contratos.

Anota, por fim, que “resta clara a inconstitucionalidade do art. 96 da Lei Orgânica do Município de Francisco Sá/MG, porquanto, tal regra viola as normas dos artigos 84, § único, 57 e 93, § 3º, 169, 170 e 171 da Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989” (Vol. 3, fl. 11).

Em 10/2/2006, a liminar foi deferida pelo relator do processo no Tribunal de origem (Vol. 3, fl. 84), suspendendo-se a eficácia do artigo 96 da Lei Orgânica do Município Francisco Sá/MG.

Todavia, em 13/3/2006, a liminar foi revogada, “porque contrária à decisão prolatada em 16-02-2006, que deferiu liminar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, em tramitação perante o STF, que questiona a legalidade da Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, que, por sua vez, determina a extinção de possível nepotismo no Judiciário” (Vol. 3, fl. 89).

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais manifestou-se pela constitucionalidade da norma local (Vol. 4, fl. 20).

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por maioria, julgou procedente a ação direta, ao fundamento de que o artigo 96 da Lei Orgânica do Município Francisco de Sá viola o princípio da simetria, uma vez que nem a Constituição do Estado, nem a Constituição da República e a Lei 8.666/1993 vedam a contratação de parentes de agentes políticos pela Administração Pública.

Assim, a norma é inconstitucional, pois carece ao Município competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos. O acórdão recebeu a seguinte ementa (Vol. 4, fl. 44):

“EMENTA: ADIN. PARENTES. CONTRATAÇÃO. VEDAÇÃO. Não há nas Constituições da República e do Estado de Minas Gerais a vedação à contratação de parentes inserta no art. 96 da lei Orgânica do Município de Francisco Sá, que se afigura contrária ao princípio da simetria com o centro, com fulcro no art. 172 da CE/1989. Tampouco existe tal limitação no regime jurídico das licitações, estatuído pela CR /1988 e pela lei nº 8.666/1993. Representação acolhida.”

O *Parquet* Estadual opôs Embargos de Declaração (Vol. 4, fl. 68), que foram rejeitados (Vol. 4, fl. 84).

Irresignado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS interpôs o presente Recurso Extraordinário (Vol. 5, fl. 4), com amparo no artigo 102, III, “a”, da Constituição Federal. Preliminarmente, arguiu a repercussão geral da matéria e a ausência de fundamentação adequada do acórdão recorrido, em violação ao artigo 93, IX, da Constituição Federal.

No mérito, enfatiza que o artigo 96 da Lei Orgânica do Município Francisco Sá/MG, ao estabelecer a vedação de contratação pela municipalidade de parentes até o terceiro grau de agentes políticos e de servidores municipais, nada mais fez a não ser *dar concretude aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da isonomia previstos no art. 5º, I e 37, da CR, o que é possível graças à autonomia dos Municípios (Art. 29 e 30, da CR)* (Vol. 5, fl. 23).

Assevera ser equivocado o entendimento extraído do acórdão recorrido, uma vez que a inexistência de norma idêntica na Constituição do Estado e na Constituição Federal não constitui óbice para que a vedação seja prevista na Lei Orgânica Municipal, pois os entes municipais dispõem da *tríplice capacidade de auto-organização, normatização própria, autogoverno e autoadministração* (Vol. 5, fl. 20).

Pondera, ainda, que “ *o legislador municipal preservou a norma geral (art. 37 da CR e 13 da CE), e, diversamente do entendimento majoritário da e. Corte Superior, atentou para o interesse local (art. 30, I, da CR) e, fazendo uso da competência suplementar, que lhe compete (art. 30, II, da CR), conferiu concretude aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da isonomia, que são normas de preordenação* (Vol. 5, fl. 22).

Articula que a norma local está em conformidade com o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 12, julgada por esta SUPREMA CORTE, bem como com diversos precedentes do próprio Tribunal de origem, que reconhecem a constitucionalidade de normas que vedam o nepotismo.

Por derradeiro, ressalta que o artigo 96 da Lei Orgânica Municipal não usurpou a competência privativa do Chefe do Poder Executivo, *porque não está ela regulando ou dispondo sobre regimento jurídico dos servidores - esta, sim, indubitavelmente, matéria de iniciativa privativa do Chefe do*

Poder Executivo -, mas tão-somente explicitando princípios constitucionais previstos nas Cartas da República e do Estado nos artigos 37, caput, e 13, respectivamente (Vol. 5, fl. 28).

Assevera que a *prática do nepotismo (favoritismo) na nomeação e contratação de servidores públicos comissionados nos Poderes Executivo e Legislativo municipais caracteriza busca de finalidade dissociada da ética de conduta na qual deve se pautar o Administrador Público (Vol. 5, fl. 31),* bem como que importa em violação ao princípio da igualdade. Assim, não há que se falar em reserva de iniciativa ao Chefe do Poder Executivo, de forma que não houve vulneração ao artigo 61, II, “a”, da Constituição da República.

Admitido o recurso na origem (Vol. 5, fl. 51), a Procuradoria-Geral da República, intimada, manifestou-se pelo provimento do apelo, nos termos da seguinte ementa (Vol. 5, fl. 60):

“Recurso extraordinário. Controle de constitucionalidade estadual. Lei Orgânica Municipal que veda a contratação, com o Município, de parentes do Prefeito, do Vice-Prefeito, dos Vereadores e dos servidores municipais. Constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal em hipótese análoga. Parecer pelo provimento do recurso”.

Em 29/6/2018, a questão constitucional foi submetida ao Plenário Virtual desta SUPREMA CORTE, oportunidade em que se reconheceu a repercussão geral da matéria, consoante o seguinte ementário:

“EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA MUNICIPAL QUE VEDA QUE O MUNICÍPIO CELEBRE CONTRATO COM AGENTES PÚBLICOS MUNICIPAIS E RESPECTIVOS PARENTES, ATÉ O TERCEIRO GRAU. DISCUSSÃO ACERCA DA COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA CRIAR NORMAS RESTRITIVAS EM MATÉRIA DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. VEDAÇÃO AO NEPOTISMO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL”.

Na data 13/5/2022, iniciou-se o julgamento deste *leading case* em sessão virtual.

A Relatora, Min. CÁRMEN LÚCIA, votou no sentido de dar provimento ao Recurso Extraordinário, e propôs a fixação da seguinte tese: *"É constitucional a norma municipal pela qual proibida a participação em licitação ou em execução de contratos de parentes, até terceiro grau, de Prefeito, Vice-Prefeito, Vereadores e de servidores públicos municipais, editada no exercício de competência legislativa suplementar municipal e editada com o objetivo de dotar de máxima eficácia os princípios da impessoalidade, da igualdade e da moralidade administrativa"*.

O Ministro ROBERTO BARROSO divergiu, em parte, da Relatora, para interpretar o art. 96 da Lei Orgânica do Município de Francisco Sá conforme a Constituição, de modo a excluir a proibição de contratação de pessoas ligadas, por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até o terceiro grau inclusive, ou por adoção, a servidores municipais que não ocupem cargo em comissão ou função de confiança, propondo a fixação da seguinte tese: *"É constitucional o ato normativo municipal, editado no exercício de competência legislativa suplementar, que proíba a participação em licitação ou a contratação: (a) de agentes eletivos; (b) de ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança; (c) de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer destes; e (d) dos demais servidores públicos municipais"*, no que foi acompanhado pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI.

Pedi vista dos autos.

É o relatório.

Não merecem ser acolhidas as razões da parte recorrente. Em relação à suscitada ofensa ao art. 93, IX, da Carta Magna, o Juízo de origem não destoou do entendimento firmado por esta CORTE no julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339).

Nessa oportunidade, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL assentou que o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal de 1988 "exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão".

No caso em apreço, a fundamentação do acórdão recorrido alinha-se às diretrizes desse precedente.

Assim, preenchidos os pressupostos legais e constitucionais de admissibilidade do Recurso Extraordinário, prequestionada a matéria e reconhecida sua repercussão geral, passo à análise do mérito, já adiantando que vou divergir, em parte, da Eminente Relatora, Min. CÁRMEN LÚCIA.

Conforme narrado, cuida-se, na origem, de acórdão prolatado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade do artigo 96 da Lei Orgânica do Município Francisco Sá/MG, que prevê que *O Prefeito, o Vice-Prefeito, os Vereadores e os Servidores Municipais, bem como as pessoas ligadas a qualquer deles por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até o terceiro grau inclusive, ou por adoção não poderão contratar com o Município, subsistindo a proibição até seis meses após findas as respectivas funções.*

Veja-se o voto condutor do acórdão recorrido (Vol. 4, fl. 45):

“Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito Municipal de Francisco Sá em face do parágrafo único do artigo 96 da Lei Orgânica Municipal, de 21 de março de 1990, que vedou a contratação, pelo Município, de pessoas ligadas por laço de matrimônio ou parentesco ao Prefeito, Vice-Prefeito, vereadores e servidores municipais. O Des. Corrêa de Marins concedeu à liminar à fl. 82-TJ, tendo revogado-a à fl. 86-TJ em face da Resolução n° 07, de 18 de outubro de 2005, editada pelo Conselho Nacional de Justiça. A requerida apresentou esclarecimentos via fax, às fls. 101/109-TJ, juntando os originais às fls. 112/119-TJ, em que aduz a constitucionalidade da vedação. A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de fls. 126/135-TJ, entendeu pela constitucionalidade do art. 96 da Lei Orgânica do Município de Francisco Sá, tudo conforme relatório que passa a fazer parte deste voto.

Coerente com o entendimento que tenho sustentado em hipóteses semelhantes àquela ora em debate, entendo ser inconstitucional o dispositivo impugnado, que tem a seguinte redação:

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

Não desconheço que esta disposição visa a atender ao princípio da moralidade administrativa, o que seria louvável, não fora sua

oposição a outros princípios constitucionais, como o da simetria com o centro e mesmo o da isonomia.

Com efeito, em que pese às opiniões em contrário, não vejo nas Constituições da República e do Estado de Minas Gerais vedação semelhante àquela contida no art. 96 da Lei Orgânica do Município de Francisco Sá, o que me leva a concluir que este dispositivo é contrário ao princípio da simetria com o centro, que encontra guarida no art. 172 da CE/1989.

Da mesma forma, não há, no regime jurídico das licitações, estatuído pela CR/1988 e pela Lei nº 8.666/1993, qualquer disposição que tenha alcance semelhante àquela disposta na norma ora em debate.

Desse modo, como não tem o Município competência para estabelecer normas gerais de licitação, concluo pela inconstitucionalidade do art. 96 da Lei Orgânica de Francisco Sá, também por este viés. Adiciono que o posicionamento que aqui adoto corresponde ao que sustentei nos julgamentos das ADIns nº 1.0000.03.400283-2/001, nº 1.0000.00.239139-9/000 e nº 1.0000.00.287271-1/000.

Por tais fundamentos, acolho à Representação para declarar a inconstitucionalidade do art. 96 da Lei Orgânica de Francisco Sá”.

Quando da manifestação acerca da repercussão geral da matéria, o Eminentíssimo Ministro DIAS TOFFOLI pontuou que esta CORTE foi instada a se manifestar sobre duas questões, quais sejam:

(i) limites da competência legislativa municipal em matéria de contratação pública, a partir do cotejo com a norma constitucional que atribui à União competência privativa para editar normas gerais em matéria de licitação e contratação, em todas as suas modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, estados, Distrito Federal e municípios (art. 21, inciso XXVII, da Constituição Federal); e

(ii) âmbito de incidência da vedação constitucional ao nepotismo, restando o questionamento sobre se essa vedação incidiria apenas no contexto da contratação de mão de obra pela administração pública ou se incidiria também na celebração de contratos administrativos pelo poder público.

(1) Dos limites da competência legislativa municipal em matéria de contratação pública

O artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, é expresso ao dispor que compete privativamente à União legislar sobre: *XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.*

Já o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, dispõe sobre a obrigatoriedade de os contratos celebrados pela Administração Pública serem precedidos de processo licitatório, nos termos da lei: *XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

O federalismo e suas regras de distribuição de competências legislativas são um dos grandes alicerces da consagração da fórmula *Estado de Direito*, que, conforme salientado por PABLO LUCAS VERDÚ, ainda exerce particular fascinação sobre os juristas. Essa fórmula aponta a necessidade de o Direito ser respeitoso com as interpretações acerca de diferentes dispositivos constitucionais que envolvem diversas competências legislativas, para que se garanta a previsão do legislador constituinte sobre a divisão dos centros de poder entre os entes federativos, cuja importância é ressaltada tanto por JORGE MIRANDA (*Manual de direito constitucional*. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, t.1, p. 13-14), quanto por JOSÉ GOMES CANOTILHO (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. Almedina, p. 87).

A essencialidade da discussão, portanto, não está na maior ou menor importância do assunto específico tratado pela legislação, mas sim, na observância respeitosa à competência constitucional do ente federativo para editá-la (MAURICE DUVERGER. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1955. p. 265 e ss.), com preservação de sua autonomia e sem interferência dos demais entes da federação, pois, como salientado por LÚCIO LEVI:

“a federação constitui, portanto, a realização mais alta dos princípios do constitucionalismo. Com efeito, a ideia do Estado de direito, o Estado que submete todos os poderes à lei constitucional, parece que pode encontrar sua plena realização somente quando, na fase de uma distribuição substancial das competências, o Executivo e o Judiciário assumem as características e as funções que têm no Estado Federal”. (NORBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCI, GIANFRANCO PASQUINO (Coord.). *Dicionário de política*. v. I, p. 482).

O equilíbrio na interpretação constitucional sobre a distribuição de competências na história do federalismo iniciou com a Constituição norte-americana de 1787. A análise de suas características e consequências, bem como do desenvolvimento de seus institutos vem sendo realizada desde os escritos de JAY, MADISON e HAMILTON, nos artigos federalistas, publicados sob o codinome *Publius*, durante os anos de 1787-1788, até os dias de hoje, e mostra que se trata de um sistema baseado principalmente na consagração da divisão constitucional de competências, para manutenção de autonomia dos entes federativos e equilíbrio no exercício do poder (THOMAS MCINTYRE COOLEY. *The general principles of constitutional law in the United States of America*. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1898. p. 52; DONALD L. ROBINSON. *To the best of my ability: the presidency the constitution*. New York: W. W. Norton & Company, 1987. p. 18-19). Em 1887, em seu centenário, o estadista inglês WILLIAM GLADSTONE, um dos mais influentes primeiros-ministros ingleses, afirmou que a Constituição dos Estados Unidos “ *era a mais maravilhosa obra jamais concebida num momento dado pelo cérebro e o propósito do homem* ”, por equilibrar o exercício do poder.

É importante salientar, dentro dessa perspectiva da “ *mais maravilhosa obra jamais concebida* ”, que a questão do federalismo e do equilíbrio entre o Poder Central e os Poderes Regionais foi das questões mais discutidas durante a Convenção norte-americana, pois a manutenção do equilíbrio Democrático e Republicano, no âmbito do Regime Federalista, depende do bom entendimento, definição, fixação de funções, deveres e responsabilidades entre os três Poderes, bem como da fiel observância da distribuição de competências legislativas, administrativas e tributárias entre União, Estados e Municípios, característica do Pacto Federativo, consagrado constitucionalmente no Brasil, desde a primeira Constituição Republicana, em 1891, até a Constituição Federal de 1988.

A Federação, portanto, nasceu adotando a necessidade de um poder central, com competências suficientes para manter a união e coesão do próprio País, garantindo-lhe, como afirmado por HAMILTON, a oportunidade máxima para a consecução da paz e liberdade contra o facciosismo e a insurreição (*The Federalist papers*, no IX) e permitindo à União realizar seu papel aglutinador dos diversos Estados-Membros e de equilíbrio no exercício das diversas funções constitucionais delegadas aos três poderes de Estado.

Durante a evolução do federalismo, passou-se da ideia de três campos de poder mutuamente exclusivos e limitadores, segundo a qual a União, os Estados e os Municípios teriam suas áreas exclusivas de autoridade, para um novo modelo federal baseado principalmente na cooperação, como salientado por KARL LOEWENSTEIN (*Teoria de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1962. p. 362).

O legislador constituinte de 1988, atento a essa evolução, bem como sabedor da tradição centralizadora brasileira, tanto obviamente nas diversas ditaduras que sofremos, quanto nos momentos de normalidade democrática, instituiu novas regras descentralizadoras na distribuição formal de competências legislativas, com base no princípio da predominância do interesse, e ampliou as hipóteses de competências concorrentes, além de fortalecer o Município como polo gerador de normas de interesse local.

O princípio geral que norteia a repartição de competência entre os entes componentes do Estado Federal brasileiro, portanto, é o princípio da predominância do interesse, não apenas para as matérias cuja definição foi preestabelecida pelo texto constitucional, mas também em termos de interpretação em hipóteses que envolvem várias e diversas matérias, como na presente ação direta de inconstitucionalidade.

A própria Constituição Federal, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, *a priori*, diversas competências para cada um dos entes federativos, União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-Membros e Municípios (CF, arts. 24 e 30, I).

Atuando dessa maneira, se, na distribuição formal de competências, houve um maior afastamento do federalismo centrípeto que sempre

caracterizou a república brasileira, na distribuição material, nossas tradições históricas, político-econômicas e culturais, somadas ao próprio interesse do legislador constituinte, que permaneceria como poder constituído (Congresso Nacional), após a edição da Constituição de 1988, acabaram por produzir grande generosidade do texto constitucional na previsão dos poderes enumerados da União, com a fixação de competência privativa para a maioria dos assuntos de maior importância legislativa.

Consequentemente, concordemos ou não, no texto da Constituição de 1988, as contingências históricas, político-econômicas e culturais mantiveram a concentração dos temas mais importantes no Congresso Nacional, em detrimento das Assembleias locais, como salientado por JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO (*Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 317), e facilmente constatado ao analisarmos o rol de competências legislativas da União estabelecidas no artigo 22 do texto constitucional.

Essa opção inicial do legislador constituinte, ao centralizar nos poderes enumerados da União (CF, artigo 22) a maioria das matérias legislativas mais importantes, contudo, não afastou da Constituição de 1988 os princípios básicos de nossa tradição republicana federalista, que gravita em torno do princípio da autonomia, da participação política e da existência de competências legislativas próprias dos Estados/Distrito Federal e Municípios, indicando ao intérprete a necessidade de aplicá-los como vetores principais em cada hipótese concreta em que haja a necessidade de análise da predominância do interesse, para que se garanta a manutenção, fortalecimento e, principalmente, o equilíbrio federativo (GERALDO ATALIBA. *República e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 10), que se caracteriza pelo respeito às diversidades locais, como bem salientado por MICHAEL J. MALBIN, ao apontar que a intenção dos elaboradores da Carta Constitucional Americana foi justamente estimular e incentivar a diversidade, transcendendo as facções e trabalhando pelo bem comum (*A ordem constitucional americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 144), consagrando, ainda, a pluralidade de centros locais de poder, com autonomia de autogoverno e autoadministração, para que se reforçasse a ideia de preservação da autonomia na elaboração do federalismo, como salientado por ALEXIS DE TOCQUEVILLE, ao comentar a formação da nação americana (*Democracia na América: leis e costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 37 e ss.), que serviu de modelo à nossa Primeira Constituição Republicana em 1891.

Nos regimes federalistas, respeitadas as opções realizadas pelo legislador constituinte e previamente estabelecidas no próprio texto constitucional, quando surgem dúvidas sobre a distribuição de competências e, conseqüentemente, a necessidade de definição do ente federativo competente para legislar sobre determinado e específico assunto, que engloba uma ou várias matérias com previsão ou reflexos em diversos ramos do Direito, caberá ao intérprete priorizar o fortalecimento das autonomias locais e o respeito às suas diversidades como pontos caracterizadores e asseguradores do convívio no Estado Federal, que garantam o imprescindível equilíbrio federativo (JUAN FERRANDO BADÍA. *El estado unitário: El federal y El estado regional* . Madri: Tecnos, 1978, p. 77; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. *O Estado federal brasileiro na Constituição de 1988* . Revista de Direito Administrativo, n. 179, p. 1; RAUL MACHADO HORTA. *Tendências atuais da federação brasileira* . Cadernos de direito constitucional e ciência política, n. 16, p. 17; e, do mesmo autor: *Estruturação da federação*. Revista de Direito Público, n. 81, p. 53 e ss.; CARLOS MÁRIO VELLOSO. *Estado federal e estados federados na Constituição brasileira de 1988: do equilíbrio federativo* . Revista de Direito Administrativo, n. 187, p. 1 e ss.; JOSAPHAT MARINHO. *Rui Barbosa e a federação* . Revista de Informação Legislativa, n. 130, p. 40 e ss.; SEABRA FAGUNDES. *Novas perspectivas do federalismo brasileiro* . Revista de Direito Administrativo, n. 99, p. 1 e ss.).

Em várias oportunidades, venho defendendo uma interpretação mais elástica, no sentido de permitir aos Estados e mesmo aos Municípios a possibilidade de legislar. Temos, portanto, historicamente, dentro do federalismo brasileiro, não um federalismo cooperativo, mas, como já disse, um federalismo centrípeto, em que a União, tradicionalmente, não só fica com as matérias mais importantes, mas também, nas demais, com as normas gerais. E, por cultura jurídica nossa, no embate entre leis federais, leis estaduais e leis municipais, há uma tendência de valorar mais a legislação federal. Então, quando verifico a possibilidade de uma interpretação pela autonomia dos Estados, que isso configure realmente uma das finalidades da Constituição de 1988, que ampliou a repartição de competências. Tenho por princípio, portanto, interpretar mais extensivamente aos Estados.

Assim, à luz do regramento geral estabelecido pela Constituição para determinar a distribuição de competências entre os entes Federados, cumpre analisar, na hipótese dos autos, se a legislação municipal poderia dispor sobre a proibição de o *Prefeito, o Vice-Prefeito, os Vereadores e os*

Servidores Municipais, bem como as pessoas ligadas a qualquer deles por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até o terceiro grau contratar com o Município Francisco Sá/MG.

Não obstante os argumentos aduzidos pelo Tribunal *a quo*, o Município não invadiu a competência da União para editar normas gerais relacionadas à licitação ou aos contratos (art. 22, XXVII, CF/1988). O legislador municipal, atuou dentro limites da competência legislativa suplementar atribuída aos Municípios pelo art. 30, I e II, da Constituição Federal.

Na hipótese dos autos, embora a Constituição Estadual e a Lei 8.666/1993, vigente à época dos fatos, tenham sido silentes quanto à proibição de contratação de cônjuge ou parentes até o terceiro grau de agentes políticos e de servidores públicos municipais, o artigo 96 da Lei Orgânica do Município Francisco Sá/MG tem por objeto proibir o nepotismo no âmbito da Administração Pública municipal.

Nesse contexto, a jurisprudência desta SUPREMA CORTE é firme no sentido de que a vedação ao nepotismo, que visa odiosamente a satisfação de interesses pessoais ou familiares do administrador público, tem fundamento na própria Constituição Federal, que, por sua vez, determina a observância dos princípios da *moralidade*, da *impessoalidade* e da *eficiência* (artigo 37, *caput*).

Nesse sentido, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, sob a sistemática da Repercussão Geral, no RE 579.951 (Tema 66), que trata sobre matéria análoga, qual seja a *Reserva de lei para a vedação de nepotismo no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo*, placitou as seguintes diretrizes: **(a)** desnecessidade de lei formal antinepotista para impedir o aludido estratagema; e **(b)** leis sobre nepotismo não são de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Vejamos:

“ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político,

ocupante, de cargo em comissão.” (RE 579951, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 24/10/2008).

Nesse sentido, ilustrativos os seguintes julgados: RE 922.947-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 15/8/2017; RCL 19.911-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 2/6/2015; RCL 26.418-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 25/9/2019, RE 601.746-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 12/11/2018.

Dessa forma, em que pese o artigo 22, XXVII, da CF/1988 dispor que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratos administrativos, o Município, ao disciplinar a vedação da prática de nepotismo em seu território, atuou dentro de sua competência legislativa suplementar prevista no artigo 30, incisos I e II, da CF/1988: *Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.*

Como realçado pelo Eminentíssimo Desembargador ALMEIDA MELO, cujo voto ficou vencido no acórdão recorrido, o Município, dentro da autonomia que lhe foi conferida pela Constituição de 1988, tem competência para impor limites às contratações públicas locais com vistas a resguardar os princípios da moralidade e impessoalidade. Vejamos os argumentos aduzidos no voto (Vol. 4, fl. 53):

“Não vislumbrei a ofensa aos artigos acima mencionados, uma vez que a autonomia municipal pode cuidar dessa matéria, livremente, quando o faz em benefício da moralidade administrativa. Reiterei o voto que pronunciei no julgamento do caso de Arantina. Frisei que eventuais prejuízos causados à economia local, uma vez que conforme afirmado na inicial "o Município é obrigado a contratar com empresas sediadas fora de seu território", além de se tratar de argumentos fluidos e evasivos, devem ser analisados na aplicação da norma em cada caso concreto, e não no seu controle abstrato.

[...]

A autonomia estabelecida para o município, na Constituição de 1988, permite que sua Lei Orgânica disponha sobre os impedimentos à contratação com o Município, na defesa dos princípios constitucionais da Administração Pública, especialmente os da moralidade e da impessoalidade. Os princípios constitucionais da Administração Pública encontram-se no art. 37 da Constituição da República e não impedem que os municípios alonguem normas de contenção na defesa da moralidade e da probidade. Data vênia, julgo improcedente a ação”.

Nesse sentido, ambas as Turmas desta CORTE já placitaram o entendimento de que não usurpa a competência da União, para editar normas gerais sobre licitação e contratos, a norma municipal que, no interesse local, estabelece restrições a contratações públicas com parentes de agentes políticos e de servidores municipais:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BRUMADINHO-MG. VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, **VEREADORES** E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando “a igualdade de condições de todos os concorrentes”. Precedentes. Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes. Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação. Recurso extraordinário provido (RE 423560, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 19/6/2012)

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. VEDAÇÃO

DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, **VEREADORES** E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. 1. Hipótese em que a decisão proferida pelo Tribunal de origem está alinhada à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 423.560, Rel. Min. Joaquim Barbosa). 2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC /1973 (ARE 648476 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 30/6/2017)

(2) Da incidência da vedação constitucional ao nepotismo na celebração de contratos administrativos pelo poder público.

FLÁVIO MATIOLI VERÍSSIMO SILVA e MARIA CAROLINA BELTRÃO SAMPAIO MATIOLI acentuam os seguintes meandros históricos da prática do nepotismo:

“O nepotismo vai ao encontro da concepção patrimonialista, que permeia, de forma indesejada, o Estado brasileiro. É nessa linha que se assenta o nepotismo em nível nacional: o favorecimento e nomeação de parentes para cargos no serviço público.”; e que, historicamente, “deita raízes nas estreitas relações entre poder e vínculos familiares. O termo teria surgido na primeira metade do último milênio, em decorrência da prática dos Papas de conceder cargos e favores a seus filhos ilegítimos (conhecidos como sobrinhos) e parentes, e reflete o significado da palavra *nepote*, que pode corresponder também a uma ideia de protetorado familiar. Em linhas gerais, pode-se descrever o nepotismo como um favorecimento baseado em vínculos de parentesco”. (*O Nepotismo Revisitado* : Interpretação e Reinterpretação da Súmula Vinculante 13 do STF. Revista da Advocacia Pública Federal).

Certamente, o amadurecimento democrático brasileiro vem permitindo que tradicionais problemas na administração pública, no âmbito dos Poderes estatais, possam ser discutidos sob o prisma do interesse público e visando a atender os reclamos éticos da sociedade, para que se possam expurgar práticas prejudiciais à Nação, apesar de históricas, aprimorando os mecanismos de controle em relação àqueles que exercem importantes funções no país.

Não há outra solução, em face desses expedientes escusos, com os quais se buscam fins de natureza essencialmente privada, senão considerar “inválidas as nomeações ou designações que atendem tão somente a critérios políticos, troca de favores ou nepotismo, hipóteses que traduzem desvio de finalidade”. (ALEXANDRE DE MORAES *et al* e Equipe Forense (org.). *Constituição Federal Comentada*. 1. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2018. p. 526).

De mais a mais, a Constituição da República consagra os princípios da *impessoalidade*, da *moralidade* e da *eficiência* no *caput* do artigo 37. A Administração Pública deve ser impessoal, ou seja, o agente público deve visar ao interesse público, e não a satisfação de seus interesses pessoais ou familiares. Nas nomeações de cargos em comissão ou funções de confiança, bem como nas contratações públicas, os órgãos diretivos dos Poderes de Estado atuam como executor do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal, e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são simplesmente do agente político, mas sim da entidade pública em nome da qual atuou, que deve agir de forma impessoal e moral (HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo brasileiro*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 82; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 111).

Como se sabe, a batalha contra o *nepotismo*, no âmbito do Poder Judiciário, foi iniciada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ. A Resolução nº 7 do CNJ, de 18/10/2005, disciplinou o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário, nos termos do disposto no art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal, e em respeito aos princípios da moralidade e da impessoalidade consagrados no art. 37, *caput*, da Carta da República.

No tocante ao ***nepotismo cruzado***, o Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução 7/2005, da qual tive a honra de ser um dos redatores, apontou a necessidade de existência de circunstâncias que caracterizem o ajuste para burlar a regra da vedação ao nepotismo mediante reciprocidade nas nomeações ou designações (*Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras: II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o*

terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações).

Tal previsão foi necessária em virtude de inúmeras e criativas hipóteses em que situações de nomeações *cruzadas, triangulares, em sequência*, ou qualquer maneira que se pretenda denominar, caracterizavam ajustes premeditados entre diversos agentes públicos, do mesmo ou de diferentes órgãos e poderes, para burlar a regra de vedação ao nepotismo, conforme salientei em julgamento no Conselho Nacional de Justiça (Tribunal Pleno, Pedido de Providências nº 399, Rel. Conselheiro ALEXANDRE DE MORAES, j. 28/3/2006).

A propósito, na ADI 1521-MC (DJ de 17/3/2000), nosso eminente Ministro MARCO AURÉLIO, o seu relator, proferiu as irretorquíveis palavras que indubitavelmente auxiliaram na pavimentação e sedimentação do entendimento desta SUPREMA CORTE sobre o tema em evidência. Vejamos:

“Tênuas têm sido as iniciativas objetivando coibir abusos notados no preenchimento de cargos em comissão: por vezes, são parentes de autoridades do primeiro escalão que efetuam concurso público para ocupação de cargos de menor importância, inclusive os situados na base da pirâmide hierárquica, para, a seguir, à mercê de apadrinhamento revelador de nepotismo, chegarem a cargos de maior ascendência, quer sob o ângulo da atividade desenvolvida, quer considerada a remuneração; outras vezes, ocorre a nomeação direta para o cargo em comissão, surgindo, com isso, em detrimento do quadro funcional que prestou concurso, aqueles que se diferenciam, em dose elevada, pelo chamado “QI” (sigla irônica que resume a expressão “quem indica”). A origem dessa situação é remota, com raízes fincadas no período da colonização. A par desse aspecto, tem-se ainda o desvirtuamento das próprias funções, de vez não raro dá-se a investidura para o exercício de funções que, na realidade, não se fazem compatíveis com a nomeação para cargos em comissão.

A Carta de 1988 homenageia, com tintas fortes, o princípio isonômico. Além da regra geral do artigo 5º, tem-se ainda a específica, reveladora de que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, devendo a investidura, excetuada a hipótese de cargo em comissão assim declarado em lei, ser precedida do concurso público de provas e de provas e títulos. A cultura brasileira conduziu o Constituinte de 1988 a inserir, relativamente à administração pública

direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, na abertura do capítulo próprio (Da Administração Pública), a obrigatoria observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Inegavelmente, o Constituinte voltou-se para o campo pedagógico, atento à realidade nacional, quantas e quantas vezes evitada de distorções.”

Em sequência, esta SUPREMA CORTE, visando à aplicação desse entendimento na administração direta e indireta de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, editou a Súmula Vinculante 13, contendo a seguinte redação:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

Na ADC 12, Relator Min. CARLOS BRITO, Dje de 12/2/2009, cujo objeto era Resolução 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça, que disciplinava o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento a fim de vedar o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, o TRIBUNAL PLENO declarou a constitucionalidade da norma, ao fundamento de que “as restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade.”

Não obstante o início da discussão doutrinária e jurisprudencial contra a prática do nepotismo tenha se dado nas hipóteses de nomeação para cargo público de cônjuge ou parentes de agentes públicos, entendo que o mesmo raciocínio deve ser empregado no que se refere às contratações públicas.

A defesa da moralidade administrativa está intimamente ligada à ideia de proteção à probidade na administração pública, de modo que não basta somente o cumprimento da estrita legalidade, mas também a integral

observância dos preceitos morais e éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui pressuposto de validade de todo ato do poder público. Assim, consoante já sustentado no tópico antecedente, a vedação ao *nepotismo* decorre do próprio texto constitucional, bem como decorre da CONSTITUIÇÃO FEDERAL a possibilidade de o Poder Público desconstituir atos administrativos editados contrariamente ao ordenamento jurídico.

De fato, a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o artigo 22, XXVII, da CF/1988, trazendo normas gerais de licitações e contratos a serem observadas por todos os entes da federação, foi silente no que se refere à vedação da prática do nepotismo no âmbito das contratações públicas.

No âmbito da Administração Pública Federal, o então Presidente da República, em 4 de junho de 2010, editou o Decreto Federal 7.203, que dispõe sobre a vedação do nepotismo, reconhecendo, inclusive, a proibição de contratação direta, sem licitação, de familiar de agente público que atue na área responsável pela demanda ou contratação (artigo 3º, § 3º).

Atenta ao entendimento de que também no âmbito das licitações e contratos devem ser observados os princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, a Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021, conhecida como nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos dispôs expressamente que:

“Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

[...]

III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil .

[...]

Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente :

[...]

IV - aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função

na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação ;

[...]

Art. 48.

[...]

Parágrafo único. Durante a vigência do contrato, é vedado ao contratado contratar cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, de dirigente do órgão ou entidade contratante ou de agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação .

[...]

Art. 122. Na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o contratado poderá subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o limite autorizado, em cada caso, pela Administração.

[...]

§ 3º Será vedada a subcontratação de pessoa física ou jurídica, se aquela ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação ”.

Andou bem a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ao impossibilitar a participação, em procedimento licitatório, bem como na execução do contrato, de cônjuge ou parentes até o terceiro grau de agente público dirigente do órgão ou entidade contratante, bem como de servidor público que *desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato* , uma vez que a permissão de tal prática no âmbito da Administração Pública pode dar margem à inobservância dos critérios da qualificação técnica e da idoneidade moral, violando, ainda, o artigo 37, XXII, da CF/1988; o artigo 3º da Lei 8.666/1993; e o artigo 5º da Lei 14.133 /2021, que determinam que seja assegurada a igualdade de condições a todos os concorrentes. Nesse particular, segue a reprodução dos dispositivos retromencionados:

Constituição Federal :

Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que **assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Lei 8.666/1993 :

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, **da igualdade**, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Lei 14.133/2021 :

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, **da igualdade**, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

A propósito, veja-se também decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, nos autos do Acórdão 1941/2013-Plenário, TC 025.582/2011-9, relator Ministro José Múcio Monteiro, 24/7/2013, assim ementado:

“DENÚNCIA. PARTE DAS OCORRÊNCIAS NÃO SUJEITAS À JURISDIÇÃO DO TCU. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PERTENCENTE AO PAI DO PREFEITO. AUDIÊNCIA. REVELIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. MULTA. ENCAMINHAMENTO DE INFORMAÇÕES AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS (TCE/MG) E AO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (FNDE)”.

(3) A vedação de contratações públicas com agentes do Estado em face das regras da Constituição Federal que estabelecem proibições e incompatibilidades relativas aos Parlamentares

Em que pesem os julgados de início referidos, de ambas as Turmas desta CORTE, tenham entendido que a proibição de contratação com o Município alcança os vereadores, não se pode olvidar que o art. 54, I, "a", da Constituição Federal ressalva da vedação de os parlamentares federais, desde a expedição do diploma, "firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público", na hipótese de **o contrato obedecer cláusulas uniformes** :

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**;

Essa disposição constitucional, por expressa previsão do arts. 27, § 1º, e 29, IX, da Constituição, aplica-se respectivamente aos mandatos de deputados estaduais e **vereadores**.

A jurisprudência assente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é firme sentido de que a lei orgânica municipal deve observar as mesmas proibições e incompatibilidades estabelecidas na Constituição Federal relativas aos Deputados e Senadores.

Citem-se, por exemplo, os seguintes precedentes:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Artigo 25, § 2º, da Lei 8.935, de 18.11.1994. Afastamento das atividades notariais e de registro em virtude de diplomação em mandato eletivo. Pretensão de que seja conferida interpretação conforme à Constituição ao dispositivo para que se admita o exercício do mandato de vereador municipal. Impossibilidade. 3. O art. 54 da Constituição Federal estabelece como regra a incompatibilidade da atividade legiferante com o exercício de função ou cargo em entidades públicas ou privadas que utilizem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores

públicos. Exceções expressamente previstas no texto constitucional (arts. 38, III; e 56, I). 4. **Princípio da simetria. Aplicação aos mandatos de deputado estadual e vereador.** Art. 27, § 1º, e art. 29, IX, da Constituição. 5. Art. 5º, XIII, c/c 22, XVI, da Constituição. Exigência de lei de competência da União para o estabelecimento de restrição ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. 6. Art. 236, § 1º, c/c art. 22, XXV, da Constituição. Atribuição ao legislador ordinário federal para regular as atividades dos notários e dos oficiais de registro. 7. Previsão, por meio de lei federal, da incompatibilidade do exercício simultâneo da atividade estatal de notários e registradores, exercida por meio de delegação, com a atividade legiferante. Possibilidade. 8. Revogação da medida cautelar concedida. 9. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente (ADI 1531, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 20/3/2020)

EMENTA: RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. VEREADOR. SECRETÁRIO MUNICIPAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS E VENCIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DOS RECURSOS. I - Em virtude do disposto no art. 29, IX, da Constituição, a lei orgânica municipal deve guardar, no que couber, correspondência com o modelo federal acerca das proibições e incompatibilidades dos vereadores. II - Impossibilidade de acumulação dos cargos e da remuneração de vereador e de secretário municipal. III - Interpretação sistemática dos arts. 36, 54 e 56 da Constituição Federal. IV - Aplicação, ademais, do princípio da separação dos poderes. V - Recursos extraordinários conhecidos e providos (RE 497554, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 14/5/2010)

O Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, em 1977, publicou o “Manual do Vereador”, editado pela Fundação Prefeito Faria Lima - CEPAM, no qual afirma: “Proíbe-se ao Vereador firmar ou manter contrato com o Município, desde que este não tenha cláusulas uniformes” (pag. 52). Outro mestre, ADILSON ABREU DALLARI, corrobora esse pensamento, ao asseverar que “Se a concorrência foi realizada e seguiu todos os trâmites, se houve igualdade de oportunidade, não vejo nenhuma vedação a que esse vereador possa contratar com o Município (*Revista de Direito Público nº 18, outubro /dezembro de 1971, pág. 30 2*). Em outra publicação, acresceu que “Seja permitido comprovar que desde longa data, há mais de vinte anos, temos mantido o entendimento no sentido de que o contrato administrativo precedido de licitação deve ser entendido como regido por cláusulas uniformes, não acarretando nem inelegibilidade, nem vedação ou impedimento.” (Revista Populus, Vol. 9, dez 2020, disponível em: http://ejetre-ba.jus.br/pluginfile.php/13610/mod_page/content/11/art%209%)

Sobre os contratos de adesão, ADILSON ABREU DALLARI, em comentário doutrinário sobre o art. 54, I, “a”, da CF, assevera que “é manso e pacífico que os chamados contratos de adesão obedecem a cláusulas uniformes. Entretanto é também manso e pacífico que existem outros contratos, além dos contratos de adesão, que também são regidos por cláusulas uniformes. Para ilustrar a afirmação, cita a manifestação de PINTO FERREIRA (“As Eleições Municipais e o Município na Constituição de 1988”, págs. 118 e 119) no sentido de que:

“Entre os contratos típicos de cláusulas uniformes estão os chamados contratos de adesão, cujo conteúdo é predeterminado por um dos contratantes em cláusulas que são as mesmas para todos. Geralmente se deixa um claro para se preencher o nome e a qualificação do outro contratante. Entre os contratos de cláusulas uniformes podem ser mencionados: os contratos de transportes, de seguros, de fornecimento de luz, força, gás e água, de prestação dos serviços de telefone e telégrafos, de direitos marítimos, certos contratos bancários, compromissos de compra e venda de imóveis regidos pela Lei nº 6.766, de 20.12.79, e de certa maneira o contrato de trabalho regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).”

Assim, DALLARI conclui que está “absolutamente claro que contrato de adesão é apenas uma das modalidades de contrato regido por cláusulas uniformes, dentre outros tantos contratos por ele referidos, em enumeração meramente exemplificativa, não exaustiva” (*Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas*, v. 192, em 1º/4/1993).

A lei municipal em comento, por sua vez, ao vedar, de forma genérica, aos vereadores e aos respectivos parentes de contratar com o Município, instituiu evidente limitação não prevista constitucionalmente, uma vez que não atentou para exceção expressamente prevista na parte final do art. 54, I, “a”, da CF. Assim, confrontando o dispositivo da lei municipal e da Constituição da República, percebe-se que, no ponto, houve, por parte do Poder Legislativo municipal, uma flagrante desobediência ao princípio da simetria.

Assim, se a vedação não se estende ao vereador, com mais forte razão, inexistente óbice para que os parentes do edil mencionadas na norma impugnada - *pessoas ligadas a qualquer deles por matrimônio ou*

parentesco, afim ou consanguíneo, até o terceiro grau inclusive, ou por adoção – contratam com o Município, na hipótese de avença ser firmada mediante cláusulas uniformes.

4. CONCLUSÃO

O acórdão recorrido declarou a inconstitucionalidade de todo o art. 96 da Lei Orgânica do Município de Francisco Sá. Todavia, consoante a fundamentação aqui desenvolvida, a proibição do Prefeito, Vice-Prefeito, Vereadores, e Servidores Municipais, bem como as pessoas ligadas a qualquer deles por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até o terceiro grau inclusive, ou por adoção de contratar com o Município, até seis meses após findas as respectivas funções, não afronta à Constituição.

De outro lado, no que toca à interdição de os vereadores e respectivos parentes contratarem com a Administração Pública, a limitação imposta não é cabível quando a avença obedecer a cláusulas uniformes, uma vez que essa exceção está expressamente prevista no art. 54, I, “a”, da CF, que, por força do princípio da simetria, é aplicável também aos vereadores.

Por todo o exposto, DIVIRJO, em parte, da Ilustre Relatora, para DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO declarando parcialmente a inconstitucionalidade do artigo 96 do Município de Francisco Sá/MG, de modo a CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME SEM REDUÇÃO DE TEXTO, SOMENTE PERMITINDO AOS VEREAORES E RESPECTIVOS PARENTES CONTRATAR COM O MUNICÍPIO QUANDO O CONTRATO OBEDECER A CLÁUSULAS UNIFORMES.

Fixo a seguinte tese de julgamento:

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

II - Não se aplica tal vedação aos vereadores e respectivos parentes, quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes, nos termos do artigo 54, I, “a” da Constituição Federal.”

É o voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/06/2023