



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Informativo de Jurisprudência nº 104

Núcleo de Jurisprudência e Súmula

Vitória/ES, deliberações publicadas no Diário Oficial Eletrônico do TCEES de 16 de março a 17 de abril de 2020



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Este Informativo, desenvolvido a partir das deliberações publicadas no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, contém resumos elaborados pelo Núcleo de Jurisprudência e Súmula, não consistindo em repositório oficial da jurisprudência deste Tribunal.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

1. FINANÇAS PÚBLICAS. ROYALTIES. UTILIZAÇÃO. Parecer em Consulta TC nº 003/2020 - Os recursos de royalties devem ser aplicados conforme a Lei Federal nº 7.990/89 e as regras do direito financeiro, sendo vedada sua aplicação no pagamento de dívidas que não sejam com a União e no pagamento do quadro permanente de pessoal, exceto do magistério em efetivo exercício na rede pública.

OUTROS TRIBUNAIS

2. STF - Servidor público e processo administrativo disciplinar.

3. STF - Responsabilidade civil do Estado e dever de fiscalizar.

4. STF - Inelegibilidade: configuração de ato doloso de improbidade administrativa e fato superveniente.

5. TCU - É irregular a utilização dos serviços advocatícios do corpo técnico de órgão ou entidade pública para defender dirigentes ou ex-dirigentes em processos administrativos ou judiciais, quando comprovado que os atos praticados foram manifestamente ilegais ou contrários aos interesses da instituição, tendo em vista o caráter personalíssimo da responsabilização.

6. TCU - Formular representação ao TCU com interesses predominantemente privados, em detrimento do interesse público, pode configurar litigância de má-fé, a ensejar a aplicação da multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 15, 80 e 81 da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil).

7. TCU - A ausência de critério de aceitabilidade dos preços unitários em edital de licitação para contratação de obra, em complemento ao critério de aceitabilidade do preço global, configura erro grosseiro que atrai a responsabilidade do parecerista jurídico que não apontou a falha no exame da minuta do ato convocatório, pois deveria saber, como esperado do pareceristas médio, quando as disposições editalícias não estão aderentes aos normativos legais e à jurisprudência.

8. TCU - Nos convênios para a realização de eventos, configura débito a diferença entre o valor pago à empresa intermediadora do show a título de cachê e o valor efetivamente repassado ao artista ou a seu representante exclusivo, salvo se demonstrados outros custos incorridos pela empresa que justifiquem a divergência.



9. TCU - É válida a utilização do Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde (BPS) como referência de preços para aquisição de medicamentos e, conseqüentemente, para fins de quantificação de superfaturamento e sobrepreço, desde que balizada por critérios adequados, que aproximem a pesquisa à contratação analisada.

PLENÁRIO

1. FINANÇAS PÚBLICAS. ROYALTIES. UTILIZAÇÃO. Parecer em Consulta TC nº 003/2020 - Os recursos de royalties devem ser aplicados conforme a Lei Federal nº 7.990/89 e as regras do direito financeiro, sendo vedada sua aplicação no pagamento de dívidas que não sejam com a União e no pagamento do quadro permanente de pessoal, exceto do magistério em efetivo exercício na rede pública.

Trata-se de consulta apresentada pelo Prefeito Municipal de Viana, Sr. Gilson Daniel Batista, que solicitou orientação desta Corte de Contas acerca dos seguintes questionamentos: “1) os recursos financeiros recebidos pelo município com base na Lei Estadual nº 8.308/16 (royalties do Fundo) podem ser utilizados hoje para custear aquelas despesas previstas no art. 3º dessa norma legal já revogada, e da Lei Estadual nº 10.988/2019, pois foram adquiridos quando ela estava vigorando? 2) OU devem ser empregados para custear somente as despesas previstas na legislação federal que estiver em vigor na data do gasto”? O Plenário, por maioria, nos termos do voto do relator, decidiu por responder a consulta nos seguintes termos:

- Os recursos transferidos aos municípios a título de compensação financeira pela exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva (royalties) devem ser aplicados conforme a Lei Federal 7.990/89 e as regras de direito financeiro, sendo, portanto, vedada sua aplicação no pagamento de dívidas que não sejam com a União, e no pagamento do quadro permanente de pessoal (exceto do magistério em efetivo exercício na rede pública).

[Parecer em Consulta TC nº 003/2020-Plenário](#), TC 0689/2020, relator conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, publicado em 03/04/2020.



OUTROS TRIBUNAIS

2. STF - Servidor público e processo administrativo disciplinar.

Em conclusão de julgamento, a Segunda Turma negou provimento a recurso ordinário em mandado de segurança no qual se impugnava decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que manteve a demissão do impetrante do cargo de auditor-fiscal da Receita Federal, em razão da prática de ilícito administrativo (Informativo 766). Na espécie, o recorrente reiterava o argumento de que o ato debatido estaria contaminado por vício de forma que tornaria nulo o processo administrativo disciplinar. Aduzia que servidor em estágio probatório não poderia compor comissão de inquérito, sob pena de descumprir-se o caput do art. 149 da Lei 8.112/1990 (1). Sustentava, ainda, haver desproporcionalidade da pena administrativa aplicada, que não teria levado em conta a absolvição na esfera criminal. O colegiado destacou que, para o STJ, a exigência legal foi atendida, pois a estabilidade no serviço público federal do integrante em estágio probatório foi adquirida em 1993, em outro cargo. Complementou que a Administração, ao saber do questionamento, substituiu o referido servidor, sem aproveitar qualquer ato decisório no processo disciplinar. Ausente a demonstração de prejuízo concreto, a declaração de nulidade é desautorizada. Quanto ao argumento de desproporcionalidade da pena em decorrência da absolvição na esfera criminal, observou que competia ao administrador aplicar a penalidade prescrita na lei. Despiciendo cogitar-se de razoabilidade ou proporcionalidade. Além disso, a jurisprudência desta Corte reconhece a independência entre as esferas penal e administrativa. A repercussão da primeira na segunda ocorre somente nos casos em que constatada a inexistência material dos fatos ou a negativa de autoria, até porque a valoração na esfera administrativa não é a mesma da penal. Na situação em apreço, a improcedência do pedido condenatório na esfera penal decorreu de falta de prova. No processo administrativo, a produção de prova foi suficiente para a formação do convencimento condenatório disciplinar. RMS 32357/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 17.3.2020. (RMS-32357). [Informativo STF nº 970](#).

3. STF - Responsabilidade civil do Estado e dever de fiscalizar.

Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular. Com essa tese de repercussão geral (Tema 366), o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, negou provimento a recurso extraordinário interposto de acórdão em que o tribunal de origem deu provimento a recurso de apelação por considerar ausente o nexo causal entre as falhas noticiadas na prestação de serviços públicos e a explosão havida em



loja de fogos de artifício (Informativos 917 e 918). Prevaleceu o voto do ministro Alexandre de Moraes, no qual expôs que a Constituição Federal, no art. 37, § 6º (1), adotou a responsabilidade objetiva do Estado pela teoria do risco administrativo, não pela teoria do risco integral. Várias são as decisões do Supremo Tribunal Federal nesse sentido e a apontar a impossibilidade de qualquer legislação, inclusive, ampliar isso e aceitar a teoria do risco integral. A observância de requisitos mínimos, positivos e negativos, é necessária para a aplicação da responsabilidade objetiva. Na situação dos autos, dois requisitos positivos exigíveis estão ausentes. Inexiste conduta, comissiva ou omissiva, do poder público. Por conseguinte, o nexo causal não pode ser aferido. A abertura de comércio de fogos com pólvora não é possível sem a perícia da Polícia Civil, órgão do Estado-membro. É ela que pode realizar a vistoria, não o município. Ademais, a legislação da municipalidade estabelecia o procedimento e previa a inspeção. Exigia, no protocolo, a comprovação do seu pedido e o recolhimento da taxa na Polícia Civil para dar sequência ao procedimento. Entretanto, protocolada a pretensão, faltou a comprovação de ter sido feito requerimento na Polícia Civil. Logo, o procedimento administrativo ficou parado. A atuação do poder público municipal foi a esperada: aguardar a complementação dos documentos pelos requerentes. Nada seria exigível da municipalidade. A atividade praticada pelos comerciantes era clandestina. Eles precisavam da licença para funcionar, o que só poderia ser concedido com prévia vistoria. Dessa maneira, os proprietários começaram a comercializar sem autorização. Inclusive, a má-fé dos proprietários do imóvel foi reconhecida em outro processo relacionado a esta causa. Naqueles autos, o magistrado acentuou que, no local, funcionava verdadeiro depósito clandestino de pólvora, armazenada em quantidade tal que se fazia supor uma fábrica clandestina. Assim, existiu desvio na utilização do imóvel. Percebe-se que, além da ausência de requisitos positivos, incide a culpa exclusiva dos proprietários, porque não aguardaram a necessária licença e estocaram pólvora. O ministro Roberto Barroso pontuou que a discordância é sobre o nexo de causalidade. A omissão específica no comércio de fogos de artifício ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou forem de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular. O simples requerimento de licença de instalação ou o recolhimento da taxa de funcionamento não são suficientes para caracterizar o dever específico de agir. Segundo o ministro Gilmar Mendes, a questão resume-se à responsabilidade por fato ilícito causado por terceiro, que instalou clandestinamente loja sem obedecer a legislação municipal, estadual e federal. O ministro Marco Aurélio sinalizou que a responsabilidade do Estado é objetiva, considerado ato comissivo. A partir do momento em que se tem ato omissivo, a responsabilidade é subjetiva. Entendeu ser o município diligente ao não expedir a licença e exigir a observância de requisitos normativos. Vencidos os ministros Edson Fachin (relator), Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Dias Toffoli, que deram parcial provimento ao recurso extraordinário, a fim de restaurar as conclusões da sentença. O relator compreendeu ser objetiva a responsabilidade civil atribuível ao Estado também no caso de condutas omissivas.



Necessário conjugar a dispensabilidade da comprovação de culpa do agente ou falha no serviço público com a imposição à Administração de um dever legal de agir. Ponderou que o município inverteu o procedimento regulamentar, deixou de realizar a vistoria prévia no prazo de 24 horas e permitiu a paralisação do processo administrativo. De igual modo, incorreu em violação de seu dever de exercício do poder de polícia. Por sua omissão, possibilitou que o comércio funcionasse clandestinamente e ali houvesse danos derivados de explosão. O ministro Luiz Fux salientou que a responsabilidade municipal está em permitir que atividade de alta periculosidade se realizasse em área próxima a residências. A ministra Cármen Lúcia enfatizou que o município fora acionado; estava, portanto, ciente da instalação do que seria comércio de fogos de artifício. Por sua vez, o ministro Celso de Mello destacou a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. RE 136861/SP, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 11.3.2020. (RE-136861). [Informativo STF nº 969](#).

4. STF - Inelegibilidade: configuração de ato doloso de improbidade administrativa e fato superveniente.

A Segunda Turma, por maioria e em conclusão de julgamento, negou provimento a dois agravos regimentais interpostos de decisão que, em juízo de retratação, proveu recurso extraordinário com agravo, para afastar declaração, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), de inelegibilidade de candidato, porquanto não mais subsistiria a premissa estruturante de rejeição das contas deste pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Os agravantes sustentavam, em síntese, que o ato agravado não poderia ter restabelecido a elegibilidade, pois, segundo a jurisprudência do TSE, a data de diplomação seria o termo final para se conhecer de fato superveniente ao registro da candidatura que afaste inelegibilidade. Anotavam, ainda, que o acórdão do TCU reconhecido como fato superveniente foi proferido em recurso de revisão julgado em 11.9.2019. Prevaleceu o voto do ministro Gilmar Mendes (relator). De início, registrou a oscilação do posicionamento do TSE sobre a aludida matéria ao longo dos anos. Com a ressalva de que o entendimento jurisprudencial não é absolutamente pacífico, avaliou que, no caso concreto, a inconstitucionalidade da decisão do TSE, na realidade, parece dar-se não em razão da limitação temporal da ocorrência do fato superveniente, mas da própria aplicação extensiva da alínea g do inciso I do art. 1º da Lei Complementar (LC) 64/1990. Assinalou estar previsto, claramente, no dispositivo legal, que a rejeição de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas pelo candidato só atrai a inelegibilidade se da rejeição se configurar ato doloso de improbidade administrativa. Depreendeu da análise detida dos autos que, entretanto, essa caracterização não se faz presente na espécie. A seu ver, o TSE realizou interpretação extensiva da cláusula de inelegibilidade para pressupor que a simples afronta à Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) implicaria a caracterização do ato doloso de improbidade, o que se revela em desacordo com o texto constitucional e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Isso porque, ao se manifestar acerca



do § 4º do art. 37 da Constituição Federal (CF), o STF procedeu à devida distinção entre ato meramente ilegal e ato ímprobo, exigindo para este uma qualificação especial: lesar o erário ou, ainda, promover enriquecimento ilícito ou favorecimento contra legem de terceiro. Nessa linha, estaria o que firmado no RE 976.566 (Tema 576 da repercussão geral). Logo, o ato de improbidade administrativa não pode ser presumido pelo simples descumprimento da Lei de Licitações. Deve ser comprovado o especial fim de agir do agente público a depender do tipo enquadrado. Segundo o ministro, parece ter havido presunção de que, ocorrida a ilegalidade na contratação pública, o ato de improbidade administrativo doloso seria daí decorrente, sem se ater a elementos factuais, a partir de mera construção exegética destituída de dados empíricos. Não se coaduna com a jurisprudência do STF e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a conclusão de que a ausência ou dispensa indevida de licitação é considerada irregularidade insanável que configura ato doloso de improbidade administrativa, sendo conduta apta a atrair a inelegibilidade previstas no art. 1º, I, g, da LC 64/1990. O relator ressaltou que o fato de a ausência de licitação para a contratação de serviços de telefonia haver sido objeto de ressalva pela Controladoria Geral da União, desde 2009, não configura argumento suficiente para amparar que se trata de ato de improbidade administrativa doloso. Reiterou que não se deve confundir ilegalidade ou incompetência com ato de improbidade administrativa. Ausente o reconhecimento de dano e a clara existência de dolo, não subsiste a conclusão extraída pelo TSE. Ademais, o TCU, em sede de recurso de revisão, aprovou, com ressalva, as contas do recorrente e afastou as multas a ele impostas. Embora a decisão superveniente reforce a inadequação da interpretação dada pelo TSE ao caso, a bem da verdade, antes mesmo disso, já era incontroverso que a posição inicial do TCU não firmava a ocorrência de ato doloso ou de dano ao erário apto a amparar a incidência da aludida alínea. A decisão do TRE e a do TSE reconheceram essa circunstância, daí não há que se falar em necessidade de revolvimento fático-probatório. Em arremate, consignou que a decisão do TSE é originariamente acoimada de inconstitucionalidade, não havendo que se falar também em limitação para ocorrência de fato superveniente. Vencido o ministro Edson Fachin, que proveu o agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário, em face de não ser cabível o recurso para simples reexame de prova e da impossibilidade de, na sede eleita, rever interpretação de legislação infraconstitucional e seus requisitos. Verificou não ser possível manter o ato agravado até porque não caracterizadas as ofensas constitucionais indicadas no recurso extraordinário. O provimento de recurso extraordinário depende do reconhecimento, em primeiro lugar, de repercussão geral da questão constitucional trazida, o que não ocorreu; ou, como segunda opção, da existência de jurisprudência dominante em casos análogos, o que não parece ser a hipótese dos autos, até por suas peculiaridades intrínsecas. Noutro ponto, explicitou que o TCU julgou irregular as contas. O pronunciamento que se deu, em processo de revisão, foi proferido mais de dez meses após a decisão do TSE e mais de oito meses depois da diplomação dos candidatos eleitos. Sublinhou que a jurisprudência do TSE é



no sentido de que a data da diplomação é o termo final para se considerar e conhecer qualquer alteração fática ou jurídica superveniente que se refira aos requisitos para o registro da candidatura. Igualmente, que cabe à Justiça Eleitoral proceder ao enquadramento das irregularidades como insanáveis, ou não, e verificar se constituem, ou não, ato doloso de improbidade administrativa. ARE 1197808 AgR-segundo e terceiro/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3.3.2020. (ARE-1197808). [Informativo STF nº 968](#).

5. TCU - É irregular a utilização dos serviços advocatícios do corpo técnico de órgão ou entidade pública para defender dirigentes ou ex-dirigentes em processos administrativos ou judiciais, quando comprovado que os atos praticados foram manifestamente ilegais ou contrários aos interesses da instituição, tendo em vista o caráter personalíssimo da responsabilização.

Acórdão 689/2020-Plenário (Representação, Relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira). [Boletim de Jurisprudência nº 303](#).

6. TCU - Formular representação ao TCU com interesses predominantemente privados, em detrimento do interesse público, pode configurar litigância de má-fé, a ensejar a aplicação da multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 15, 80 e 81 da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil).

Acórdão 611/2020 Plenário (Representação, Relator Ministro Raimundo Carreiro). [Boletim de Jurisprudência nº 302](#).

7. TCU - A ausência de critério de aceitabilidade dos preços unitários em edital de licitação para contratação de obra, em complemento ao critério de aceitabilidade do preço global, configura erro grosseiro que atrai a responsabilidade do parecerista jurídico que não apontou a falha no exame da minuta do ato convocatório, pois deveria saber, como esperado do pareceristas médio, quando as disposições editalícias não estão aderentes aos normativos legais e à jurisprudência.

Acórdão 615/2020 Plenário (Recurso de Reconsideração, Relator Ministra Ana Arraes). [Boletim de Jurisprudência nº 302](#).

8. TCU - Nos convênios para a realização de eventos, configura débito a diferença entre o valor pago à empresa intermediadora do show a título de cachê e o valor efetivamente repassado ao artista ou a seu representante exclusivo, salvo se demonstrados outros custos incorridos pela empresa que justifiquem a divergência.

Acórdão 2577/2020 Segunda Câmara (Recurso de Reconsideração, Relator Ministro Augusto Nardes). [Boletim de Jurisprudência nº 302](#).

9. TCU - É válida a utilização do Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde (BPS) como referência de preços para aquisição de medicamentos e, conseqüentemente, para fins de quantificação de superfaturamento e sobrepreço, desde que balizada por critérios adequados, que aproximem a pesquisa à contratação analisada.

Acórdão 527/2020 Plenário (Recurso de Reconsideração, Relator Ministro Bruno Dantas). [Boletim de Jurisprudência nº 301](#).



Elaboração: Núcleo de Jurisprudência e Súmula – Secretaria Geral das Sessões

Contato: njs@tcees.tc.br