

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.

Informativo de Jurisprudência

Vitória, 20 de novembro a 07 de dezembro de 2018

n. 86



◆ NÚCLEO DE
JURISPRUDÊNCIA ◆
SÚMULA

SUMÁRIO

PLENÁRIO

- 1. Previdência. Parecer em Consulta TC nº 017/2018** - Impossibilidade de o poder público municipal complementar aposentadoria de servidor aposentado pelo regime geral de previdência.
- 2. Administração Pública. Prejulgado nº 037** - Conferida interpretação conforme a Constituição ao art. 241 da Lei Orgânica Municipal de Jaguaré, para que subvenções a entidades esportivas profissionais sejam concedidas de modo não habitual, somente em casos específicos compatíveis com o interesse público e após se priorizar o desporto educacional. Negada exequibilidade a dispositivos da Lei nº 406/1997, do mesmo município, sobre contratação temporária.
- 3. Administração Pública. Prejulgado nº 038** - Mantida eficácia da Lei nº 3824/2011, do município de Serra, que instituiu hipóteses de contratação temporária em consonância com os requisitos constitucionais.
- 4. Responsabilidade.** Habilitação indevida de licitante e erro grosseiro.
- 5. Processual.** Não se aplica o princípio da fungibilidade recursal para se conhecer de pedido de reexame interposto no lugar do recurso de agravo.

1ª CÂMARA

- 6. Finanças Públicas.** A celebração de parcelamento de contribuição previdenciária devida por município ao INSS requer autorização específica do poder legislativo, eis que a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas equiparam-se a operações de crédito.

- 7. Contrato administrativo.** É vedada a indicação prévia de profissional na subcontratação de serviços realizada por agência de publicidade nos termos da Lei Federal nº 12.232/2010.

2ª CÂMARA

- 8. Processual.** Caracterizam-se como protelatórios os embargos de declaração que visem rediscutir matéria já apreciada e decidida na decisão embargada.
- 9. Licitação.** Em licitação para aquisição de combustível, a exigência de número mínimo de postos credenciados deve ser justificada levando-se em conta, ao menos, o histórico de abastecimentos do órgão licitante.

OUTROS TRIBUNAIS

- 10. STF** - Direito subjetivo à nomeação e contratação de terceirizados.
- 11. TCU** - Para fins de qualificação técnico-operacional, pode-se exigir comprovação de experiência mínima na execução de serviços continuados semelhantes ao objeto da contratação em lapso temporal superior ao prazo inicial do contrato, desde que as circunstâncias específicas da prestação do serviço assim o exijam, o que deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada na experiência pretérita do órgão contratante e em estudos prévios à licitação.
- 12. TCU** - A subcontratação do objeto é admitida apenas parcialmente, desde que motivada sob a ótica do interesse público e com os seus limites devidamente fixados pelo contratante, não podendo a atuação do contratado transformar-se em mera intermediação ou administração de contrato.

PLENÁRIO

1. Parecer em Consulta TC nº 017/2018 - Impossibilidade de Poder Público Municipal complementar aposentadoria de servidor aposentado pelo regime geral de previdência.

Trata-se de consulta formulada pelo Presidente da Câmara Municipal de Itarana, sobre a possibilidade daquele órgão “*arcar com a complementação de proventos de aposentadoria a servidor devidamente aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social, notadamente pelo sistema de aposentadoria proporcional*”. O Plenário a respondeu nos seguintes termos:

1.3. Quanto ao mérito, para que seja respondida nos termos da Instrução Técnica de Consulta 10/2018-8 que conclui no sentido de que “*os servidores públicos municipais efetivos da Câmara Municipal de Itarana que obtiverem aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), seja em caráter proporcional ou integral, não fazem jus ao direito à complementação da aposentadoria pelo referido Poder Público Municipal, pois o artigo 60, caput e parágrafo único, da Lei Municipal nº 783/2007 incorre em inconstitucionalidade formal orgânica, em face do art. 22, XXIII, e do art. 30, I c/c arts. 40 e 149, § 1º, todos da CRFB/88, bem como de inconstitucionalidade material, em face do art. 195, § 5º c/c o art. 40, § 12, ambos da CRFB/88*”.

[Parecer em Consulta TC-017/2018-Plenário](#), TC 8251/2017, relator Conselheiro em substituição João Luiz da Cotta Lovatti, publicado em 26/11/2018.

2. Prejulgado nº 037 - Conferida interpretação conforme a Constituição ao art. 241 da Lei Orgânica Municipal de Jaguaré, para que subvenções a entidades esportivas profissionais sejam concedidas de modo não habitual, somente em casos específicos compatíveis com o interesse público e após se priorizar o desporto educacional. Negada exequibilidade a dispositivos da Lei nº 406/1997, do mesmo município, sobre contratação temporária.

Trata-se de prejulgado decorrente da análise de incidente de inconstitucionalidade no Acórdão TC 1444/2017, que tratou de auditoria realizada na Prefeitura de Jaguaré. Durante a fiscalização foi relatada suposta concessão indevida de subvenção a entidade esportiva profissional pelo município, com base em previsão do art. 241 da lei orgânica, com a seguinte redação: “*É facultado ao Município de Jaguaré a concessão de subvenções a entidades esportivas profissionais, semi-profissionais e amadoras, desde que em competições oficiais municipais e intermunicipais*”. Foi suscitada, preliminarmente, a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, por suposta violação aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, bem como a primazia do interesse público sobre o privado. Segundo manifestação técnica conclusiva, não se verifica inconstitucionalidade na expressão “*profissional*” contida no referido normativo a ensejar seu expurgo do ordenamento jurídico, porém, impõe-se que esse seja interpretado conforme a Constituição. Nesse sentido, sustentou que as Constituições Federal e Estadual não vedam a destinação de recursos públicos a entidades esportivas profissionais, observando, contudo, que a transferência de recursos àqueles que desempenhem esporte de alto rendimento (gênero de que o esporte profissional é espécie) deve acontecer em casos específicos, não rotineiramente, e após a priorização do desporto educativo. Sob esse aspecto, observou que “*a LOM de Jaguaré não*

é explícita, silenciando sobre a destinação somente ocorrer em casos específicos. Mais que isso, o art. 241, da LOM de Jaguaré, equipara as entidades esportivas profissionais e não profissionais – algo que a CF expressamente coíbe (art. 217, III, CF)”. O relator, corroborando o opinamento técnico, opinou, preliminarmente, pela rejeição da negativa de exequibilidade do art. 241, da LOM de Jaguaré, por inconstitucionalidade, a fim de dar-lhe interpretação conforme à Constituição, de modo que as subvenções a entidades esportivas profissionais de que trata o dispositivo sejam concedidas de modo não habitual, somente em casos específicos compatíveis com o interesse público, e após se priorizar o desporto educacional. Ainda na mesma auditoria, foi suscitada, também a inconstitucionalidade dos incisos III a IV do art. 2º da Lei Municipal nº 406/1997¹ por permitirem a contratação temporária em situações genéricas e sem determinação de prazo razoável. Sobre a descrição das situações que permitiriam as contratações, a área técnica destacou primeiramente que *“o caráter geral e abstrato das disposições é um traço das leis, uma vez que devem ser aplicadas a diversas situações, de forma que certo grau de generalidade é pré-requisito para que a lei não seja considerada uma lei de efeitos concretos”*. No entanto, observou que *“leis que se destinam a precisar normas constitucionais de eficácia limitada, como é o caso, devem ter um grau de abstração e generalidade reduzido, de modo que possam, de fato, especificar a norma constitucional e regular a situação delineada na CF”*. Assim, afirmou que cabe à Administração local prever em lei quais são as possíveis situações de necessidade

¹ Art. 2º Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:
I – assistência a situações de calamidade pública;
II – combate a surtos endêmicos;
III – implantação e/ou manutenção de serviços de interesse público;

temporária e o que pode ser enquadrado como excepcional interesse público. Analisando as hipóteses previstas na lei municipal, concluiu pela negativa de exequibilidade aos incisos III e IV do art. 2º, da Lei 406/1997 e à expressão *“serviços”* do inciso V do art. 2º da Lei 406/1997, de Jaguaré. O relator corroborou entendimento técnico, opinando por modular os efeitos da decisão para que os contratos já celebrados com base nos referidos normativos fossem preservados pelo período de 12 meses contados da publicação do acórdão. O Plenário, por decisão unânime, acolheu o voto do relator, formando-se o Prejulgado nº 037. Acórdão TC nº 1444/2017, relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo, TC 1750/2014, em 19/02/2018. [Prejulgado nº 037](#), publicado em 20/11/2018.

3. Prejulgado nº 038 - Mantida eficácia da Lei nº 3824/2011, do município de Serra, que instituiu hipóteses de contratação temporária em consonância com os requisitos constitucionais.

Trata-se de prejulgado decorrente de análise de incidente de inconstitucionalidade realizada no Acórdão TC-416/2018-Plenário. No caso, houve representação em face da Prefeitura Municipal da Serra, visando apurar irregularidades no Processo Seletivo Simplificado (PSS) Edital 002/2017, que tinha por objeto a contratação temporária de professores de informática para os quadros do município. Em sede de incidente de inconstitucionalidade, suscitado em face da Lei Municipal nº

IV – admissão de profissional do magistério para manutenção e desenvolvimento de atividades de educação infantil e do ensino fundamental;
V – execução de obra ou de serviço certo;

3824/2011, cujo artigo 1º² autoriza a contratação temporária de diversos profissionais para atuação nas unidades de ensino do município da Serra, a relatoria ressaltou que *“o inciso IX, do artigo 37, da Constituição Federal, não discrepa dos termos da Lei Municipal da Serra nº 3824/2011, vez que a contratação de pessoal pode ser realizada por tempo determinado, visando atender excepcionalmente o interesse público, contudo há de se considerar ou não a ausência de requisitos essenciais da finalidade e motivo, bem como a generalidade das normas municipais de não apontarem as situações excepcionais que autorizariam as contratações temporárias”*. Destacou, ainda que *“eventual contratação temporária obrigatoriamente deve-se dar apenas em casos excepcionais, em que eventual demora cause danos ao interesse público ou, mais especificamente, ao princípio da continuidade da ação estatal e do serviço público”*. Contudo ressaltou essa necessidade excepcional não pode ser gerada pela inércia do administrador público, vez que o planejamento é o princípio norteador da Administração. Afirmou que a Lei Municipal da Serra nº 3824/2011 está em consonância com os ditames constitucionais, tendo em vista que o dispositivo da lei municipal institui hipótese específica genérica para contratação temporária, podendo haver violação da regra apenas nos casos específicos, em razão da reiterada existência de contratações temporárias, sem realização de concurso público, o que deve ser verificado no mérito da questão. Por fim, divergindo do posicionamento da área técnica e do douto representante do Parquet de Contas, a relatoria entendeu que o incidente suscitado

² Art. 1º. Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público e para cumprimento do disposto no inciso IX, do art. 37, da CF e em conformidade com a Política Nacional da Educação Especial, fica o Poder Executivo autorizado a contratar 130 Professores MaPB - Informática Educativa, 30 Professores MaPB –

deve ser resolvido no sentido de que seja mantida a eficácia dos termos da Lei Municipal da Serra nº 3824/2011, por entender que não há afronta ao artigo 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. O Plenário decidiu, por maioria, segundo o voto do relator, formando-se o Prejulgado nº 038. Acórdão TC-416/2018-Plenário, relator conselheiro em substituição Marco Antônio da Silva, em 09/07/2018. [Prejulgado nº 038](#), publicado em 20/11/2018.

4. Habilitação indevida de licitante e erro grosseiro.

Trata-se de recurso de reconsideração em face do Acórdão TC 1215/2015, que, ao analisar o relatório de auditoria extraordinária da Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy, imputou responsabilidade ao recorrente, tendo em vista que, ao ser designado para atuar como pregoeiro no Pregão nº 33/2009, habilitou e contratou empresa que não possuía o serviço objeto da licitação dentre suas atividades. Analisando a questão, o relator destacou que é competência legal do pregoeiro promover a habilitação das empresas e, portanto, de verificar se as atividades desempenhadas pela licitante eram realmente condizentes com o objeto licitado, acrescentando que tal atribuição encontrava-se prevista tanto em cláusula do edital no pregão, como na Lei Federal nº 10.520/2002. Ademais, pontuou que, apesar dos obstáculos e dificuldades reais enfrentadas pelo recorrente, em função da urgência de sua designação, os quais devem ser considerados pelo julgador, a luz do disposto do art. 22, do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lindb), caberia exclusivamente ao pregoeiro, no momento da condução do certame, verificar a

Bilíngue e 30 profissionais para a função de Técnico Tradutor e Interprete de Libras – Língua Portuguesa – Libras, para atuação nas Unidades de Ensino do Município da Serra.

documentação apresentada pela licitante, relativa à fase de habilitação, certificando-se de que empresa contratada realmente desenvolvia todas as atividades objeto da licitação. Registrou que o valor expressivo do certame, de R\$3.216.000,00 (três milhões, duzentos e dezesseis reais), bem como o desconhecimento das regras dispostas no edital, por si só, já ensejariam uma postura mais diligente por parte do pregoeiro durante a fase de julgamento, como também após a sua conclusão. Nesses termos, o relator, divergindo, em parte, do entendimento técnico e ministerial e considerando que a conduta praticada pelo agente público se enquadra na hipótese de culpa por erro grosseiro, nos termos do artigo 28 do Decreto-Lei 4.657/1942, decidiu por manter a irregularidade analisada. O Plenário decidiu, por maioria, manter a irregularidade nos termos do voto do relator. Acórdão 1212/2018-Plenário, TC-1212/2018, relator conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, publicado em 22/11/2018.

5. Não se aplica o princípio da fungibilidade recursal para se conhecer de pedido de reexame interposto no lugar do recurso de agravo.

Trata-se de pedido de reexame interposto em face do Acórdão TC 194/2018, que não conheceu e arquivou representação em face do Pregão Eletrônico nº 017/2017, da Prefeitura Municipal de Serra. Em análise da admissibilidade do recurso interposto, a área técnica dispôs que, de acordo com o art. 427 da Resolução 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), a decisão que não conhece de uma representação é do tipo terminativa. Apontou que, no caso, seria cabível o recurso de agravo, vide art. 415 da Resolução 261/2013. Verificou, ainda, que o pedido de reexame fora interposto dentro do mesmo prazo do agravo, não se cogitando de má-fé, pois o recorrente não seria beneficiado em nada da interposição errônea. Acerca do equívoco na interposição

do recurso, ressaltou que, no âmbito da jurisdição civil, a interposição de apelação nas hipóteses em que o recurso cabível seria o agravo é interpretado como erro grosseiro segundo a jurisprudência, não se admitindo a fungibilidade, mesmo que a demanda tenha sido apresentada no prazo para manejo do reclamo adequado. Considerou, então, o equívoco ocorrido como inescusável, ademais pela peça recursal ter sido elaborada por profissional habilitado do Direito, que certamente possui o discernimento suficiente para distinguir uma decisão terminativa (que não resolve o mérito), de outra definitiva (com resolução de mérito). Nesse sentido, concluiu que restou afigurado erro grosseiro a interposição equivocada de recurso que tenha previsão legal e regimental, como no caso em apreço, não cabendo a aplicação do princípio da fungibilidade, previsto no art. 399 do RITCEES. Assim, o relator não conheceu do recurso, e tomou como razões de decidir o entendimento técnico exposto e do Ministério Público de Contas. O Plenário decidiu, à unanimidade, por não conhecer do recurso, nos termos do voto do relator, arquivando-se os autos. Acórdão TC-1240/2018-Plenário, TC-04743/2018, relator conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 26/11/2018.

1ª CÂMARA

6. A celebração de parcelamento de contribuição previdenciária devida por município ao INSS requer autorização específica do poder legislativo, eis que a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas equiparam-se a operações de crédito.

Trata-se de irregularidade relativa ao pagamento, a menor, de contribuições patronais e o recolhimento, também a menor, de contribuições previdenciárias retidas de servidores vinculados ao

RGPS (INSS), verificadas na Prestação de Contas Anual da Prefeitura Municipal de Muniz Freire, referentes ao exercício de 2015. Em suas justificativas, o gestor alegou que a ausência de pagamento se deveu às dificuldades financeiras enfrentadas pelo município durante o exercício e relatou ter firmado parcelamento da dívida com a Secretaria da Receita Federal. Inobstante, segundo a análise técnica conclusiva, o responsável não encaminhou o termo de parcelamento, bem como a lei que o teria autorizado, opinando assim pelo não acolhimento das alegações de defesa. Por ocasião da sustentação oral, foi acostada aos autos cópia do termo de parcelamento firmado pelo município, relativa ao parcelamento especial de débitos previdenciários. Sobre o tema, a área técnica salientou que, consoante o §1º do art. 29 da LRF, a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo Município equipara-se a operações de crédito, sendo imprescindível, desta forma, a autorização específica do Poder Legislativo para que o ente firme os parcelamentos e reparcelamentos de contribuições previdenciárias devidas ao INSS. Registrou que essa determinação está em consonância ainda com o disposto no art. 7º, §§ 2º e 3º, da Lei Federal nº 4.320/1964. Observou, também, que a Portaria do Ministério da Fazenda MF nº 333/2017 evidenciou claramente em seu artigo 5º-A sobre a necessidade de lei autorizativa específica para o caso de parcelamentos de contribuições devidas pelo ente federativo, relativos a competências até março de 2017. Considerando que a autorização legal não foi apresentada pelo gestor, bem como não foi possível localizá-lo em consulta ao sítio eletrônico da Câmara Municipal, opinou-se pela manutenção da irregularidade. O relator, corroborando entendimento técnico e ministerial, concluiu por manter as irregularidades, julgando irregulares as contas do prefeito, com aplicação de multa e determinação ao atual gestor para instauração de Tomada de Contas Especial para

apuração e quantificação do dano, bem como identificação dos responsáveis, a fim de apurar a totalidade dos encargos financeiros incidentes sobre o recolhimento em atraso das parcelas devidas referentes às contribuições previdenciárias, e o ressarcimento aos cofres públicos. A Primeira Câmara deliberou, por unanimidade, nos termos do voto do relator. Acórdão TC-1652/2017-Primeira Câmara, Processo TC-6853/2016, relator, conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 03/12/2018.

7. É vedada a indicação prévia de profissional na subcontratação de serviços realizada por agência de publicidade nos termos da Lei Federal nº 12.232/2010.

Trata-se de representação, formulada em face do Departamento Estadual de Trânsito do Espírito Santo – Detran/ES, visando apurar irregularidades na subcontratação de serviços de produção e edição de vídeos por agência de publicidade, contratada pelo referido órgão e subcontratante do serviço. Dentre as irregularidades foi apontada exigência indevida em fase de subcontratação. A instrução técnica conclusiva destacou que a subcontratação questionada não atendeu às exigências legais (Lei Federal nº 12.232/2010) e contratuais, pois houve indicação de diretores de cena e seus respectivos “cachês” pela agência contratada, antes da abertura da sessão pública, o que culminou na elaboração de orçamentos pelos fornecedores considerando tais valores pré-fixados. Ressaltou que a indicação de um profissional prestador de serviços de publicidade, por oferecer um serviço técnico especializado, é expressamente vedada pelo art. 25, inciso II da Lei n. 8.666/93. Verificou, que os defendentes buscaram justificar a indicação dos diretores de cena em razão da experiência técnica dos profissionais e de que os preços praticados estavam compatíveis com o mercado, ou seja, trataram

da indicação como se fosse um caso de inexigibilidade de licitação, situação vedada pela legislação. A área técnica concluiu que a agência de publicidade comprometeu a vantajosidade da subcontratação, afetando a busca da proposta mais vantajosa para a administração, já que os orçamentos para levantamento do custo de produção e as propostas apresentadas na sessão pública consideraram esses valores para composição dos preços, descumprido, portanto, o art. 3º, *caput*, da Lei n. 8.666/93. O relator assistiu razão a área técnica e ao douto representante do *Parquet* de Contas. A Primeira Câmara decidiu, à unanimidade, segundo o voto do relator por manter a irregularidade e recomendar ao Detran/ES e à Secom que reforcem as medidas visando ampliar a exigência de transparência nos procedimentos de subcontratação autorizados pela Lei 12.232/2010, observando-se o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Acórdão TC-1051/2018- Primeira Câmara, TC- 02219/2017, relator conselheiro em substituição Marco Antônio da Silva, publicado em 03/12/2018.

2ª CÂMARA

8. Caracterizam-se como protelatórios os embargos de declaração que visem rediscutir matéria já apreciada e decidida na decisão embargada.

Trata-se de embargos de declaração em face do Acórdão TC 1558/2017-Segunda Câmara (TC 6650/2017), que julgou os embargos de declaração opostos em face do Parecer Prévio TC 64/2017-Segunda Câmara, que, ao analisar a prestação de contas anual do Município de Alfredo Chaves no exercício de 2015, julgou irregulares as contas do recorrente. De acordo com o relator a questão da similitude entre os argumentos recursais postos nos

presentes embargos é absoluta com as razões de recurso dos primeiros embargos, o que pode ser facilmente depreendido de uma análise superficial das aludidas peças, limitando-se a não só repetir toda a fundamentação utilizada para atacar o Parecer Prévio 64/2017, mas, mais precisamente, reproduzir as mesmas alegações das quais se valeu nos primeiros aclaratórios para rebater a decisão que os julgou, e com a mesma pretensão: obter a declaração de nulidade da citação consumada nos autos do processo TC 5023/2016 e, via reflexa, de todos os atos processuais seguintes. Além disso, observou que em momento algum se vê nas alegações recursais qualquer menção a pontos do Acórdão 1558/2017, mas se limita a consignar as mesmas alegações de nulidade de citação sem identificar a obscuridade, contradição ou omissão a ser sanada. Dessa forma, a ausência de confronto pelas razões recursais estritamente direcionadas aos fundamentos da decisão recorrida, tal como exige o princípio da dialeticidade recursal, importa no descumprimento de pressuposto de regularidade formal, que para a espécie recursal em questão se encontra prevista no art. 1023 do CPC. Seguindo o entendimento exposto, o relator opinou por não conhecer dos embargos declaratórios. Além disso, verificou nítida caracterização de uma pretensão deliberadamente procrastinatória adotada pelo recorrente ao opor os embargos. Segundo o relator *“entende-se passível de carregar a pecha de protelatório os embargos declaratórios que objetivem rediscutir matéria já apreciada e decidida pela Corte Julgadora”*, mencionado precedente do STJ nesse sentido. Assim, considerando estar diante de um caso de procrastinação objetiva, em que se vê com clareza solar a caracterização do verdadeiro abuso do direito de recorrer, o relator, amparado nas circunstâncias amplamente descritas, sugeriu aplicação da multa ao responsável, conforme previsão no art. 168 e art. 135, XIII da LC 621/2012 c/c art. 412 e 389, XII do

RITCEES. A Segunda Câmara decidiu, à unanimidade, segundo o voto do relator, por não conhecer os embargos declaratórios, bem como, pelo flagrante caráter protelatório dos aclaratórios, impor multa ao responsável no valor de R\$ 2.000,00. Acórdão 01156/2018-Segunda Câmara, TC-1156/2018, relator conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, publicado em 03/12/2018.

9. Em licitação para aquisição de combustível, a exigência de número mínimo de postos credenciados deve ser justificada levando-se em conta, ao menos, o histórico de abastecimentos do órgão licitante.

Trata-se de representação em face da Prefeitura Municipal de Águia Branca, visando apurar irregularidades no Pregão Presencial nº 01/2018, que tinha por objeto a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de gerenciamento do abastecimento de combustíveis. Dentre as irregularidades apuradas, mereceu destaque a imposição de cláusula no edital que exigiu dos licitantes, sem qualquer justificativa, o credenciamento de postos nos 78 (setenta e oito) municípios do Estado do Espírito Santo, totalizando 152 (cento e cinquenta dois) postos. Analisando a questão, a equipe técnica apontou que: *“Não houve fundamentação plausível para a exigência de credenciamento de postos nos 78 (setenta e oito) municípios do Estado, assim como, não foram anexados aos autos, provas de que a administração necessita de todos esses 152 (centos e cinquenta e dois) estabelecimentos credenciados”*. Ademais, destacou que *“a simples afirmação de que o ‘critério é válido, porque corresponde a 2 postos por município’ não é suficiente para refutar a irregularidade já que não foram apresentados documentos ou justificativas que embasasse o número aleatório escolhido se ele não representa a necessidade da administração”*. Acrescentou também que *“a seleção do número deveria levar em conta, ao*

menos, o histórico de abastecimento do município”. Nesse sentido, o corpo técnico afirmou que: *“Exigir no edital uma lista tão extensa de postos credenciados restringiu a competitividade do certame, comprometendo a oportunidade de se obter uma proposta mais vantajosa para a celebração da prestação do serviço”*. Por fim, corroborando parcialmente o entendimento técnico, a relatoria entendeu que *“exigir dos licitantes o credenciamento de estabelecimentos em cada município, ou exigir um número alto de estabelecimentos em municípios cuja a estrutura não exige tal credenciamento, expressamente em razão da ausência de motivação desse quantitativo ter sido eleito como critério, fere claramente o princípio da isonomia, pois há restrição a competitividade e isto porque empresas que poderiam oferecer a melhor proposta, por não se enquadrarem nas exigências muitas vezes desnecessárias e sem fundamentação, desistem do processo licitatório”*. O Plenário, à unanimidade, decidiu por conhecer da representação e aplicar multa ao Secretário Municipal de Administração, responsável pela inclusão da cláusula irregular. Acórdão TC 1105/2018-Segunda Câmara, relator conselheiro Domingos Augusto Taufner, em 26/11/2018.

OUTROS TRIBUNAIS

10. STF - Direito subjetivo à nomeação e contratação de terceirizados.

A Primeira Turma, por maioria, deu provimento a agravo regimental para julgar improcedente o pedido formulado em reclamação ajuizada contra acórdão de tribunal regional do trabalho (TRT) que reconheceu o direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados para cadastro de reserva em concurso público para o cargo de advogado de sociedade de economia

mista, ante a contratação de escritórios de advocacia durante o prazo de vigência do certame. Os reclamantes alegavam violação ao Enunciado 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF), ao argumento de que o acórdão reclamado teria afastado a aplicação do art. 23, II, da Lei 11.909/2009 e do art. 25, § 1º, da Lei 8.987/1995, que permitiriam a terceirização dos serviços. Isso resultaria em declaração implícita de inconstitucionalidade dos referidos diplomas legais. O colegiado rejeitou a alegada contrariedade ao Verbete 10 da Súmula Vinculante do STF. Asseverou que o enfoque do acórdão reclamado não era a terceirização dos serviços, mas a preterição arbitrária pela Administração Pública. A Turma entendeu que, no caso, a contratação dos escritórios de advocacia ocorreu em detrimento dos advogados aprovados no concurso público para idêntica função jurídica e, sobretudo, quando ainda vigente o período de validade do certame, em ofensa ao disposto no art. 37, II, da Constituição Federal (CF). Em razão disso, os candidatos aprovados no concurso têm direito subjetivo à nomeação ao cargo efetivo do quadro da sociedade de economia mista. Considerou, ademais, não ter ocorrido vedação à terceirização dos serviços. O acórdão reclamado não enfrentou a questão à luz dos dispositivos legais invocados pelos reclamantes nem fez nenhum juízo expresso ou implícito da sua constitucionalidade. Por fim, a Turma reafirmou a jurisprudência do STF no sentido de que a reclamação não pode ser manejada como sucedâneo recursal. Vencidos os ministros Alexandre de Moraes (relator) e Roberto Barroso, que negaram provimento ao recurso por vislumbrarem desrespeito ao Enunciado 10 da Súmula Vinculante do STF, haja vista que o TRT afastou a aplicação das Leis 8.987/1995 e 11.909/2009 sem observar o disposto no art. 97 da CF. Rcl 29307 AgR/PB, rel. Min. Alexandre de Moraes, red. p/ o ac. Min. Rosa Weber, julgamento em 4.12.2018. (Rcl-29307). [Informativo STF nº 926](#).

11. TCU - Para fins de qualificação técnico-operacional, pode-se exigir comprovação de experiência mínima na execução de serviços continuados semelhantes ao objeto da contratação em lapso temporal superior ao prazo inicial do contrato, desde que as circunstâncias específicas da prestação do serviço assim o exijam, o que deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada na experiência pretérita do órgão contratante e em estudos prévios à licitação.

Representação formulada por licitante noticiou possíveis irregularidades relativas ao Pregão Eletrônico 5/2018, promovido pela Universidade Federal de Campina Grande, com vistas ao registro de preços para contratação *“de empresa especializada para prestação de serviços continuados de vigilância armada diurna e noturna, a serem executados no Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da UFCG, na cidade de Sousa/PB”*, por período de doze meses, podendo, por interesse da Administração, ser prorrogado o contrato por períodos iguais e sucessivos, limitada sua duração a sessenta meses. Apontou a representante que a habilitação da empresa vencedora teria sido indevida, porquanto fora aceito somatório de atestados de serviços executados de forma concomitante para a demonstração de experiência na prestação dos serviços, descumprindo cláusula do edital que exigia, para tanto, tempo mínimo de três anos. Analisando o mérito, após as oitavas regimentais, registrou o relator que o item 8.6.1 do edital previa que as empresas deveriam demonstrar a qualificação técnica por meio de *“comprovação de aptidão para a prestação dos serviços em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, ou com o item pertinente, por período não inferior a três anos, mediante a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado”*. Estabelecia, ainda, o item 8.6.2.3 do instrumento convocatório que *“para a comprovação da*

experiência mínima de 3 (três) anos, será aceito o somatório de atestados de períodos diferentes, não havendo obrigatoriedade de os três anos serem ininterruptos, conforme item 10.7.1 do Anexo VII-A da IN SEGES/MPDG nº 05/2017”; e o item 8.6.2.4, por sua vez, definia que “poderá ser admitida, para fins de comprovação de quantitativo mínimo do serviço, a apresentação de diferentes atestados de serviços executados de forma concomitante, pois essa situação se equivale, para fins de comprovação de capacidade técnico-operacional, a uma única contratação, nos termos do item 10.9 do Anexo VII-A da IN SEGES/MPDG nº 05/2017”. Assim, para o relator, ainda que referidas cláusulas estivessem em consonância com a Instrução Normativa 5/2017 (itens 10.6, b, 10.6.1 e 10.9 do anexo VI) do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP), atualmente em vigor, a pregoeira se equivocou na aplicação das normas do edital: “Primeiro, porque o item 10.6.1[da IN 5/2017] dispõe que serão admitidos atestados referentes a “períodos sucessivos”, expressão que claramente afasta a possibilidade de concomitância. Segundo, porque o item 8.6.2.4 [do edital] autoriza apresentação de atestados executados concomitantemente para o fim nele previsto, qual seja, a “comprovação de quantitativo mínimo do serviço”, que não se confunde com “experiência mínima”. Não obstante o erro de interpretação do edital, entendeu o relator não ser o caso de anulação da habilitação da empresa vencedora, visto que, em resposta a impugnação do item 8.6.2.3, a pregoeira comunicara aos licitantes que seriam admitidos atestados de capacidade técnica em períodos concomitantes. “Esclarecimentos prestados administrativamente incorporam-se ao edital e, por consequência, vinculam todos os licitantes e o órgão licitante”. Além do que, segundo o relator, “também milita a favor da manutenção da habilitação o fato de IN 5/2017 conferir mera autorização para a Administração de exigir comprovação de

experiência mínima de três anos. Em outros termos, era lícito que instrumento convocatório exigisse comprovação prazo de experiência mínima diversa de três anos, como passou a ser o caso”. Sobre este ponto, estendendo sua análise para além do caso concreto, enfatizou o relator que a inclusão nos normativos do MP, a partir da IN 2/2008, da possibilidade de exigência de comprovação de pelo menos três anos de experiência, como critério de qualificação técnico operacional, decorrera de recomendação do TCU nesse sentido contida no Acórdão 1.214/2013 Plenário, o qual “teve por origem trabalho realizado por grupo de estudos formado para apresentar propostas para minimizar os problemas enfrentados pela Administração na contratação da prestação de serviços de natureza contínua” com vistas a “assegurar a solidez do futuro contrato e, com isso, a boa execução do objeto”. No entanto, continuou o relator, a questão “merece ser revisitada, para evitar a banalização que vem ocorrendo”, uma vez que o art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993 admite a exigência de “comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (...). Ocorre que contratos de terceirização para serviços contínuos são, em regra, firmados por prazo inicial de 12 meses, prorrogáveis sucessivamente por até 60 meses”. Destarte, “três anos de experiência mínima, para comprovação de qualificação técnico-operacional, supera o prazo estipulado na relação contratual inicial, caracterizando, em princípio, exigência incompatível com objeto licitado, contrariando o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993”. Ainda segundo o relator, “o impedimento à participação de empresas com menos de três anos de existência dificulta a entrada a novos concorrentes no setor em que se insere a contratação, principalmente no caso de serviços em que o setor público é contratante proeminente, como é o caso da segurança

armada”, além de restringir “a competitividade do certame, pois quanto mais exigências de qualificação, menor o número de empresas aptas a cumpri-las”. Acrescentou, ainda, que “por se tratar de exigência de qualificação com potencial de restringir o caráter competitivo do certame e o desenvolvimento do setor em que se insere o objeto da contratação, a experiência anterior em lapso temporal superior ao prazo inicial do contrato deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação e na experiência pretérita do órgão contratante, que indiquem ser tal lapso indispensável para assegurar prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas do órgão, por força da sua essencialidade, quantitativo, risco, complexidade ou qualquer outra particularidade. Convém, também, que o órgão contratante sopesse os reflexos da restrição no desenvolvimento do setor do serviço pretendido. A exemplo de zeladoria, limpeza, conservação e dedetização de grupos sanitários, lavatórios e vestiários, há atividades em relação às quais não me parece que a empresa com três anos de experiência tenha melhores condições de execução a contento do que outra que tenha executado quantitativo equivalente em prazo inferior”. Do que expôs o relator, dentre outras deliberações, julgou o colegiado parcialmente procedente a representação e deu ciência ao órgão licitante da interpretação a ser dada aos itens 10.6, b, 10.6.1 e 10.9 do anexo VI da Instrução Normativa 5/2017-MP. Acórdão 14951/2018 Primeira Câmara, Representação, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. [Informativo de Licitações e Contratos nº 359](#).

12. TCU - A subcontratação do objeto é admitida apenas parcialmente, desde que motivada sob a ótica do interesse público e com os seus limites devidamente fixados pelo contratante, não podendo a atuação do contratado transformar-se em mera intermediação ou administração de contrato.

A partir de representação formulada ao TCU dando ciência de inquérito civil público conduzido pela Procuradoria da República no Estado do Espírito Santo, foi instaurada tomada de contas especial com vistas a apurar possíveis irregularidades na contratação de transporte escolar por parte da prefeitura municipal de São Mateus-ES, com recursos do Programa Nacional do Transporte Escolar (Pnate). Entre as irregularidades suscitadas, mereceu destaque a *“ocorrência de superfaturamento e de locupletamento da contratada em razão da subcontratação de 75% do objeto contratual, beneficiando-se, assim, da diferença entre o valor contratual ajustado, e recebido do município, e o valor que pagou às subcontratadas”*. A unidade técnica que atuou no feito ressaltou terem sido subcontratadas duas empresas que haviam participado da licitação, em competição com a subcontratante, bem como o *“fato de o valor subcontratado (R\$ 2,30/km) corresponder ao valor anteriormente pago no contrato então vigente corrigido pelo percentual de ajuste acumulado apurado pela própria prefeitura (calculado em 27,3770%)”*. Ao concordar com a imputação de débito, o relator assinalou dois aspectos quanto à solicitação, por parte da contratada, de autorização ao ex-prefeito para subcontratar o objeto pactuado: *“(1) o pedido de subcontratação abrangia a quase totalidade das linhas (75%), mas não a integralidade do contrato; (2) não há mínima justificativa sobre a necessidade de tal subcontratação, seja sobre o atendimento de algum interesse da administração, seja sobre a melhor prestação do serviço”*. E o então prefeito teria encaminhado resposta à contratada autorizando *“não só a*

subcontratação parcial requerida, mas, ainda mais: a subcontratação/transferência total da execução dos serviços”. Ao invocar o art. 72 da Lei 8.666/1993, o relator pontou que “a subcontratação, se autorizada, é admitida somente parcialmente. E só é admissível quando seja compatível com a natureza do objeto, devendo a Administração fixar limite, para que a contratação de obras, serviços ou fornecimento não seja convalidada em integral ou preponderante serviço de intermediação ou de administração de contratos, caracterizando efetiva burla ao princípio da licitação e, conseqüentemente, potencial pagamento por serviços não contratados e não executados: a intermediação/administração de contratos”. No caso concreto, acrescentou o relator, “a autorização para subcontratar revela-se flagrantemente ilegal, pois inexistente argumento de necessidade apresentado pela contratada; inexistente avaliação de conveniência para a Administração; inexistentes pareceres que expusessem fundamentos fáticos dessa natureza; situações que se somam ao fato de o então prefeito ter ampliado o atendimento do pedido inicial feito pela contratada, ao autorizar subcontratação/transferência total do objeto contratual, quando foi requerido apenas subcontratação parcial, e permitindo a efetiva e concreta mutação da situação de fato da contratada: de prestadora direta de serviços para mera intermediária entre a administração municipal e as empresas que efetivamente realizaram o transporte escolar”. E arrematou: “o objeto (transporte escolar) era constituído por um conjunto de linhas de transporte. Cada linha poderia ser operada isoladamente pela subcontratada. O que se subcontratou não foram atividades partes de uma operação mais abrangente conduzida sob a responsabilidade da contratada, como, por exemplo, uma determinada linha de transporte. A contratada subcontratou várias linhas, que no total representaram 75% do conjunto das

linhas licitadas. Cada uma delas operada integralmente pela subcontratada”. Destarte, o trabalho da contratada nessas linhas consistiu tão somente em “emitir a nota fiscal para a prefeitura de São Mateus, receber o pagamento (R\$ 2,59/km) e repassar o equivalente a R\$ 2,30/km para as subcontratadas, apropriando-se, sem justa causa, do diferencial (deduzidos os impostos recolhidos). Tal ganho ilegítimo, perceptível a um administrador diligente, foi viabilizado pela autorização, não fundamentada e desarrazoada, concedida pelo ex-prefeito, que não agiu com o cuidado devido, necessário e esperado”. Ao final, o relator registrou que, ao autorizar a subcontratação, “ainda que sustentada em parecer da procuradoria do município - inepto, no caso -, o ex-prefeito viabilizou a concretização de ganhos indevidos da empresa contratada”. Acolhendo a proposição do relator, o colegiado decidiu julgar irregulares as contas dos responsáveis e condená-los, solidariamente, em débito. Acórdão 14193/2018 Primeira Câmara, Tomada de Contas Especial, Relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira. [Informativo de Licitações e Contratos nº 359](#).