

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, 31 de outubro a 11 de novembro de 2016

n. 46



◆ NÚCLEO DE
JURISPRUDÊNCIA ◆
SÚMULA

SUMÁRIO

PLENÁRIO

1. Prejulgado nº 011 - Negada a exequibilidade de artigo de lei municipal que autorizou a integração do adicional de insalubridade a proventos de aposentadoria de servidor público.
2. Parecer Consulta TC 17/2016, sobre possibilidade de concessão de pensão por morte de servidor público a companheiros de união homoafetiva.
3. Parecer Consulta TC 18/2016, sobre possibilidade de autarquia previdenciária promover desconto do valor de plano de saúde, farmácia e outros sobre a folha de pagamento de aposentados e pensionistas.
4. Parecer Consulta TC 19/2016, sobre possibilidade de criação de cargos, estando o órgão acima do limite prudencial de gastos, sob a justificativa de economicidade.
5. Parecer Consulta TC 20/2016, sobre possibilidade de professor estatutário utilizar tempo de efetivo exercício no cargo de Coordenador do Programa Mais Educação para fins de aposentadoria especial de magistério prevista no artigo 40, §5º, da CF.

OUTROS TRIBUNAIS

6. TCU - Não se admite a entrega pela contratada de produto diferente da amostra apresentada e aprovada na licitação, pois a aceitação do produto demandaria nova avaliação técnica, prejudicando a celeridade da execução contratual e favorecendo a contratada em relação às demais participantes do certame.
7. TCU - A locação de computadores deve ser precedida de estudos de viabilidade que comprovem sua vantagem para a Administração quando comparada com a aquisição.
8. STF - Greve de servidor público e desconto de dias não trabalhados.

PLENÁRIO

1. Prejulgado nº 011 - Negada a exequibilidade de artigo de lei municipal que autorizou a integração do adicional de insalubridade a proventos de aposentadoria.

Trata-se de prejulgado decorrente do Acórdão TC-704/2016-Plenário, proferido nos autos do Processo TC-2113/2007. Nestes autos foi interposto Pedido de Reexame pela Prefeitura de Iconha em face de decisão que denegou registro de aposentadoria a servidor municipal em função da incorporação nos proventos de parcelas de insalubridade e adicional por hora-extra por falta de fundamento legal. O Município alegou que o Estatuto dos Servidores Municipais (Lei n.º 013/1990), com as alterações introduzidas pela Lei Municipal 312/2004, autorizava a integração da parcela de insalubridade aos proventos. Na fundamentação do referido Acórdão, a relatora destacou que a alteração promovida pela lei municipal conflita com texto do artigo 40, §2º, da [Constituição Federal](#), com redação dada pela EC 20/98. Sobre a sistemática da previdência social disposta constitucionalmente, afirmou que *“ao estabelecer que os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo, a EC 20/98 veda a incorporação de gratificações e adicionais de natureza provisória aos proventos”*. Registrou ainda que a [Lei Federal n.º 9.717/98](#), que dispõe sobre regras gerais para a organização e funcionamento e regimes próprios de previdência social de todos os entes federativos, *“veda a incorporação de gratificações decorrentes de função de confiança, de cargo em comissão ou do local do trabalho aos proventos dos servidores públicos”*. Face ao exposto, concluiu por, preliminarmente, suscitar incidente de inconstitucionalidade em face da lei municipal. O Plenário, à unanimidade, resolveu o incidente suscitado no sentido **negar a exequibilidade do art. 1º, da Lei nº 312/04**, que alterou o art. 66 e

o § 2º do art. 70, ambos da Lei nº 013/90 (Estatuto dos Servidores Municipais), do Município de Iconha, formando o respectivo **prejulgado**. [Prejulgado nº 011/20016](#), decorrente do [Acórdão TC-704/2016-Plenário](#), TC-2113/2007-Plenário, relatora Conselheira em substituição Márcia Jaccoud Freitas, Prejulgado publicado em 30/08/2016.

2. Parecer Consulta TC 17/2016, sobre possibilidade de concessão de pensão por morte de servidor público a companheiros de união homoafetiva.

O diretor presidente do Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Serra formulou consulta a este Tribunal questionando o seguinte: *“1) É possível a concessão de pensão por morte a companheiros(as) homossexuais de servidor(a) público, na ausência de legislação do Ente que elenque companheiros homossexuais como dependentes, ou é necessária a precisão expressa na legislação do Ente? 2) Em caso positivo, a concessão administrativa de benefício previdenciário o(a) companheiro(a) do mesmo sexo, quais os requisitos devem ser observados para concessão? 3) É obrigatória Justificação Administrativa ou Judicial?”* O Plenário, à unanimidade, preliminarmente, conheceu da Consulta e, no mérito, a respondeu nos seguintes termos:

- 1) É possível a concessão de pensão por morte a companheiros de união homoafetiva de servidor público, sendo desnecessária a previsão expressa na legislação do ente, em observância a decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 4277/DF;
- 2) Os requisitos para a concessão da pensão por morte a companheiro em união estável homoafetiva são os mesmos utilizados para a concessão a companheiro em união estável heteroafetiva, quais sejam, a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo

de constituição de família (art. 1.723, caput, do [Código Civil](#)), devendo ser sopesadas as hipóteses de impedimentos e suspensão elencadas no Código Civil;

- 3) Não há obrigatoriedade de reconhecimento da união estável por meio de ação judicial declaratória (justificação judicial). A utilização de procedimento de justificação administrativa, por sua vez, depende do que dispõe a legislação de cada ente, destacando-se que não pode haver diferenciação de procedimentos para o reconhecimento da união estável heteroafetiva e da união estável homoafetiva.

[Parecer Consulta TC-017/2016-Plenário](#), TC 361/2016, relatora Conselheira Márcia Jaccoud Freitas, publicado em 31/10/2016.

3. Parecer Consulta TC 18/2016, sobre possibilidade de autarquia previdenciária promover desconto do valor de plano de saúde, farmácia e outros sobre a folha de pagamento de aposentados e pensionistas.

O diretor presidente do Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Serra formulou consulta a este Tribunal questionando o seguinte: *“(i) Autarquia Previdenciária pode promover o desconto de valor de plano de saúde, farmácia e outros na folha de pagamento? (ii) Na hipótese de ser possível, é exigível autorização mensal para desconto de tais rubricas ou é suficiente a autorização inicial tanto nas hipóteses de valores fixos quanto nas hipóteses de valores variáveis? (iii) A despesa do usuário com plano de saúde, farmácia, e outros por ele contratado deve respeitar a margem consignável de 30% ou tal despesa não obedece este percentual previamente estabelecido?”* O Plenário, à unanimidade, preliminarmente, conheceu da Consulta e, no mérito, a respondeu nos seguintes termos:

- 1) Autarquia previdenciária pode promover o desconto de

valor de plano de saúde, farmácia e outros na folha de pagamento de aposentados e pensionistas, desde que haja previsão em Lei;

- 2) A permissão do beneficiário é condição para a consignação. No entanto, a exigência de autorização inicial ou mensal para o desconto depende da regulamentação dada pela Lei. Havendo previsão legal, mas inexistindo a regulamentação do procedimento de consignação em folha de pagamento, a autorização inicial para a consignação dada pelo beneficiário se perpetua até que ele a revogue;
- 3) As despesas que decorram de desconto facultativo autorizado pelo servidor em folha de pagamento devem ter como margem de consignação o percentual máximo de 35% (trinta e cinco por cento), sendo 5% (cinco por cento) exclusivamente para despesas com operações de cartões de crédito, observada conjuntamente sempre o que dispõe a legislação local, a qual não poderá fixar limite acima do estabelecido na presente consulta.

[Parecer Consulta TC-018/2016-Plenário](#), TC 362/2016, relatora Conselheira em substituição Márcia Jaccoud Freitas, publicado em 31/10/2016.

4. Parecer Consulta TC 19/2016, sobre possibilidade de criação de cargos, estando o órgão acima do limite prudencial de gastos, sob a justificativa de economicidade.

O Presidente da Câmara Municipal de Muniz Freire formulou consulta a este Tribunal questionando o seguinte: “- *Mesmo com a vedação de criação de cargos citada no art. 22, parágrafo único-II, da LC 101, tais cargos poderiam ser criados com a justificativa de que haveria economia e redução no gasto com pessoal? - Caso a criação dos cargos seja legalmente permitida sob a alegação de economicidade, qual o tratamento a ser dado a tal situação se, na*

prática, caso a economia ocorresse, não acarretasse queda no índice de despesa com pessoal para o limite legal?” O Plenário, à unanimidade, preliminarmente, conheceu da Consulta e, no mérito, a respondeu nos seguintes termos:

- 1) Quanto ao primeiro questionamento, considerando o disposto no art. 22, parágrafo único, II, da [Lei Complementar 101](#), a necessidade de haver dotação orçamentária para criação de cargos em um ambiente de equilíbrio financeiro (art. 169, § 1º, incisos I e II, da [Constituição Federal](#)) e a tese do bloqueio de competência constitucional circunstancial, previsto naquele primeiro preceptivo, entende-se não ser possível a criação de cargos públicos, ainda que supostamente se justifiquem por uma economicidade não demonstrada, enquanto o órgão se encontrar acima do limite prudencial de gastos de despesa com pessoal, mesmo que da criação não resulte o correspondente provimento;
- 2) Quanto ao segundo questionamento, entende-se prejudicado em razão da resposta negativa ofertada ao primeiro quesito.

[Parecer Consulta TC-19/2016-Plenário](#), TC 1826/2016, relator Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 07/11/2016.

5. Parecer Consulta TC 20/2016, sobre possibilidade de professor estatutário utilizar tempo de efetivo exercício no cargo de Coordenador do Programa Mais Educação para fins de aposentadoria especial de magistério prevista no artigo 40, §5º, da CF.

O Diretor Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Serra formulou consulta com as seguintes indagações :“(i) *A atuação do professor estatutário, no âmbito*

Municipal ou Estadual, como Coordenador do Programa Mais Educação, de autoria do Governo Federal, considera-se 'funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio', para fins do art. 40, § 5º, da CF? (ii) Em caso afirmativo, quais deveriam ser as atividades desempenhadas pelo Coordenador do Programa para preenchimento do requisito do art. 40, § 5º, da CF? (iii) Faz-se necessário ato formal de nomeação para o exercício da função de Coordenador do referido Programa, no âmbito Municipal ou Estadual?" O Plenário, à unanimidade, preliminarmente, conheceu da Consulta e, no mérito, a respondeu nos seguintes termos:

- 1) O professor detentor de vínculo efetivo com a Administração, no exercício do cargo de Coordenador do Programa Mais Educação, no âmbito Municipal ou Estadual, não aproveitará o tempo de efetivo exercício no citado cargo para fins de aposentadoria especial de magistério (art. 40, § 5º, da [CF](#)), em razão de as funções do cargo se afastarem da regência de classe, direção de unidade escolar, coordenação escolar e assessoramento pedagógico;
- 2) O questionamento encontra-se prejudicado, pois se condicionava à resposta positiva no primeiro questionamento;
- 3) O provimento do cargo de Coordenador do Programa Mais Educação, no âmbito Municipal ou Estadual deverá ocorrer por meio de nomeação.

[Parecer Consulta TC-20/2016-Plenário](#), TC 360/2016, relatora Conselheira em Substituição Márcia Jaccoud Freitas, publicado em 07/11/2016.

OUTROS TRIBUNAIS

6. TCU - Não se admite a entrega pela contratada de produto diferente da amostra apresentada e aprovada na licitação, pois a aceitação do produto demandaria nova avaliação técnica, prejudicando a celeridade da execução contratual e favorecendo a contratada em relação às demais participantes do certame.

Recurso interposto por empresa contratada para fornecimento de cadeiras giratórias, em processo para formalização de rescisão contratual, questionara decisão adotada pelo Presidente do TCU, mediante a qual fora parcialmente mantida pena de impedimento para licitar e contratar com a União. Sintetizando os fatos, anotou o relator que *“a empresa apresentou uma amostra em conformidade com o edital, razão pela qual teve seu produto aprovado, sua proposta aceita e o contrato assinado”*. Nada obstante, prosseguiu, *“na fase de execução contratual, entregou um produto diferente do previsto na proposta apresentada e na amostra aprovada, em desrespeito ao art. 54, § 1º, da [Lei 8.666/1993](#). Com isso, o objeto não foi recebido em caráter definitivo pela Administração”*. Ademais, registrou o relator atraso de mais de cinquenta dias na entrega do objeto. Destacou, todavia, as divergências entre o produto apresentado e a amostra aprovada, conforme consignado pela unidade administrativa do Tribunal em parecer, anuindo o relator às seguintes ponderações: *“se fosse possível a aceitação do objeto com características distintas da amostra aprovada, seria necessário que a Administração refizesse novamente toda a análise feita na fase licitatória, nas condições estabelecidas pelo certame, fato esse que, além de trazer perda de celeridade ao processo de contratação pública e custos excessivos ao Tribunal, tornaria a fase de apresentação de amostras contraproducente, ou no mínimo inócua, dado que a finalidade da amostra é exatamente a de permitir que a Administração afira a compatibilidade material*

entre o objeto ofertado pela licitante e a solução hábil a satisfazer sua necessidade". Ressaltou o relator que "as alterações no produto foram promovidas de forma unilateral, sem a aprovação ou sequer o conhecimento da Administração", dessa forma, "a realização de outra avaliação técnica no produto divergente fornecido implicaria em favorecimento da contratada em relação às demais licitantes participantes do certame, em ofensa ao basilar princípio da isonomia, que deve reger todas as contratações públicas". Nesse sentido, entendeu o relator não merecer guarida os argumentos da empresa quanto ao cabimento e à proporcionalidade da sanção de impedimento de licitar e de contratar, já que o próprio art. 7º da [Lei 10.520/2002](#) prevê a aplicação do dispositivo para aquele que "ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato". Restaram, ademais, evidentes os prejuízos suportados pelo TCU, como já havia sido demonstrado pelo Ministro Presidente em seu despacho, ao consignar que "a conduta da empresa deu causa a diversos **prejuízos suportados por este Tribunal (gastos administrativos, recursos humanos envolvidos, tempo despendido, análises técnicas produzidas, custos com viagem/visita técnica, dentre outros)**. [...] **A conduta da recorrente - que configura retardamento na execução do objeto - é expressamente tipificada no art. 7º da Lei 10.520/2002, configurando-se em prejuízo ao andamento do pregão e frustração dos esforços da Administração Pública na busca de maior eficiência no procedimento licitatório. Justifica-se, via de consequência, a aplicação da pena estatuída no referido dispositivo legal, isto é, a sanção de impedimento de licitar e de contratar com a União**". Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta do relator, para negar provimento ao recurso, mantendo inalterada a decisão da Presidência do Tribunal de Contas da União.

Acórdão 2611/2016 Plenário, Administrativo, Relator Ministro Bruno Dantas. [Informativo de Licitações e Contratos n.º 306, sessões de 4, 5 e 11 de outubro de 2016.](#)

7. TCU - A locação de computadores deve ser precedida de estudos de viabilidade que comprovem sua vantagem para a Administração quando comparada com a aquisição.

Em auditoria realizada no Ministério da Fazenda com o objetivo de examinar a legalidade e a legitimidade de contratos de locação de computadores e de serviços de impressão, firmados pela Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração (SPOA/MF), foi apontado, entre outras irregularidades, prejuízo decorrente da opção antieconômica/desvantajosa pela locação de computadores em detrimento de sua aquisição. A equipe de auditoria consignou que o total desembolsado com o contrato fora superior ao valor da aquisição dos computadores, utilizando-se preço médio obtido em pesquisa abrangendo várias aquisições realizadas pela Administração Pública. Na apreciação final, após instaurada a tomada de contas especial e efetuadas as citações, acolheu o relator o principal argumento dos responsáveis, no sentido de que a opção pela locação dos equipamentos em lugar da compra decorreria, essencialmente, da inexistência de orçamento disponível para investimento. Ponderou que atitude diversa dos gestores poderia trazer riscos ainda maiores à Administração em decorrência da descontinuidade das atividades que seriam prejudicadas pela falta dos computadores. Todavia, reputou relevante assinalar, com o fito de orientar a Administração e evitar a repetição da falha, que "por meio do o Acórdão 3.091/2014-TCU-Plenário, esta Corte já deixou assente que a locação de computadores deve ser precedida de estudos de viabilidade que comprovem sua vantagem para a Administração quando comparada com a aquisição". Assim, acompanhou o

Plenário o voto do relator, no sentido de julgar regulares com ressalvas as contas dos responsáveis, destacando na parte dispositiva do acórdão que *“a ressalva consiste na ausência de estudos de viabilidade a fim de comprovar a economicidade das locações frente às aquisições”*.

Acórdão 2686/2016 Plenário, Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Bruno Dantas. [Informativo de Licitações e Contratos n.º 307, sessões de 18 e 19 de outubro de 2016.](#)

8. STF - Greve de servidor público e desconto de dias não trabalhados.

A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre. É permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público.

Com base nesse entendimento, o Plenário conheceu, em parte, do recurso extraordinário e, por maioria, a ele deu provimento. Na espécie, discutia-se a possibilidade de desconto nos vencimentos dos servidores públicos dos dias não trabalhados em razão do exercício do direito de greve — V. Informativo 797.

O Tribunal assentou que: a) a deflagração de greve por servidor público civil corresponde à suspensão do trabalho e, ainda que a greve não seja abusiva, como regra geral, a remuneração dos dias de paralisação não deve ser paga; e b) somente não haverá desconto se a greve tiver sido provocada por atraso no pagamento aos servidores públicos civis ou se houver outras circunstâncias excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão da relação funcional ou de trabalho. Consideram-se assim aquelas circunstâncias em que o ente da administração ou o empregador tenha contribuído, mediante conduta recriminável,

para que a greve ocorresse ou em que haja negociação sobre a compensação dos dias parados ou mesmo o parcelamento dos descontos.

Assinalou, de início, que o recurso não deveria ser conhecido quanto à suposta ofensa ao art. 100 da Constituição, pois não caberia falar em pagamento dos valores em discussão por meio de precatório, de acordo com precedentes da Corte.

Na parte conhecida, rememorou entendimento jurisprudencial pela legalidade dos descontos remuneratórios alusivos aos dias de paralisação, a exemplo do que fixado no MI 708/DF (DJe de 30.10.2008).

Frisou inexistir legislação específica acerca do direito de greve no setor público, razão pela qual, quando o tema alcança o Supremo Tribunal Federal, tem-se decidido pela aplicação da regra atinente ao setor privado.

Destacou a existência, em outros países democráticos, dos fundos de greve, geridos pelos sindicatos, cujos recursos seriam usados para remunerar os servidores públicos grevistas, de forma a não onerar o Estado. Além disso, ressaltou haver países, também democráticos, em que inexistiria o direito de greve a servidores públicos. Essa não seria a situação brasileira, pois esse direito estaria constitucionalmente assegurado.

Sublinhou a importância da negociação coletiva para resolver questões remuneratórias, muito embora os avanços no sentido da aplicação desse instituto no setor público ainda fossem pouco expressivos.

Ademais, sustentou que eventual compensação de dias e horas não trabalhados deveria ser sempre analisada na esfera da discricionariedade administrativa, por não haver norma a impor sua obrigatoriedade. Anotou que alguns entes federados teriam editado atos normativos impeditivos de abono ou compensação na hipótese de greve. Sem prejuízo da eventual

constitucionalidade dessas normas, seria possível inferir que a opção da administração deveria ser respeitada, até mesmo ao estabelecer premissas normativas impeditivas de negociações sobre determinados pontos, desde que razoáveis e proporcionais, até o advento de lei de regência nacional sobre o tema. Enquanto isso não ocorresse, o instrumento da negociação seria o melhor caminho para solucionar conflitos em cada caso, observados os limites acima traçados.

Salientou que, na espécie, de um lado, não haveria dados sobre imposição de sanção administrativa nem sobre a existência de processos disciplinares contra os grevistas. Pelo contrário, a autoridade impetrada apenas teria cumprido a lei e reconhecido a legitimidade dos descontos. Não haveria, por outro lado, certeza quanto à alegação de que os dias não trabalhados seriam devidamente compensados, o que seria impassível de exame no recurso. Não existiria, portanto, violação a direito líquido e certo dos impetrantes, ora recorridos.

Vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que negavam provimento ao recurso.

Consideravam que a greve dos servidores públicos seria direito fundamental ligado ao Estado Democrático de Direito.

Como a greve seria o principal instrumento de reivindicações civilizatórias da classe funcional pública diante do Estado, a suspensão do pagamento da remuneração dos servidores tocava a essencialidade do direito em debate. A adesão de servidor a movimento grevista não poderia representar uma opção economicamente intolerável ao próprio servidor e ao respectivo núcleo familiar.

No âmbito privado, a greve implicaria prejuízo ao empregador e ao trabalhador. Imposto esse ônus às partes, seria natural a busca por uma solução célere ao impasse. Isso não ocorreria no serviço público, entretanto. Por vezes, a opção do administrador seria

postergar ao máximo o início das negociações. Assim, permitir o desconto imediato na remuneração dos servidores significaria que os prejuízos do movimento paredista seriam suportados por apenas uma das partes em litígio. Portanto, a interpretação da legislação aplicável ([Lei 7.783/1989](#)) conforme à Constituição levaria à conclusão de que as relações obrigacionais entre agente público e administração deveriam ser regidas e sindicalizadas por decisão judicial, dada a impossibilidade de acordo, convenção ou laudo arbitral. Isso não implicaria falta de consequências aos grevistas, que deveriam compensar as horas não trabalhadas ao fim da greve.

Dessa forma, a suspensão do pagamento de servidores grevistas exigiria ordem judicial, que reconhecesse a ilegalidade ou abusividade da greve em concreto. Do mesmo modo, a decisão judicial deveria fixar condições para o exercício desse direito, nos termos da lei mencionada, com o menor prejuízo possível aos beneficiários do serviço público afetado.

O ministro Edson Fachin ficou vencido quanto à fixação da tese e os ministros Marco Aurélio e Rosa Weber não a endossaram.

RE 693456/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, 27.10.2016. (RE-693456).

[Informativo STF nº 845, de 24 a 28 de outubro de 2016.](#)