

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, 1º a 12 de maio de 2017

n. 56



◆ NÚCLEO DE
JURISPRUDÊNCIA ◆
SÚMULA

SUMÁRIO

PLENÁRIO

1. **Administração pública.** Prejulgado n.º 013, sobre a criação de diário oficial eletrônico pelos Municípios e pressupostos legais a serem observados.
2. **Administração pública.** É imprescindível a participação do Estado na disciplina de matéria sobre serviços de saneamento básico em regiões metropolitanas.
3. **Finanças públicas.** O Município que possua regime próprio de previdência, ao analisar a concessão de reajuste real a servidores ativos, deve avaliar seus impactos financeiros atuais e futuros nos servidores inativos.
4. **Responsabilidade.** A verificação se certa contratação pode ou não ser realizada é atribuição da autoridade competente na estrutura do órgão, amparada pela manifestação da assessoria jurídica, e não de quem a solicita diante de uma necessidade de serviço.
5. **Responsabilidade.** É possível a responsabilização de parecerista jurídico pelo ato de aprovação de editais e minutas de contrato em procedimento licitatório, dado o caráter obrigatório e vinculante dessa manifestação.
6. **Servidores públicos.** Inexistindo disposições específicas nas normas estatutárias dos entes envolvidos, a remuneração do servidor cedido deve observar o teto constitucional estabelecido para o órgão cedente.

OUTROS TRIBUNAIS

7. **STF** - Gratuidade de ensino e cobrança de mensalidade em curso de especialização.

8. **STF** - Responsabilidade subsidiária da Administração e encargos trabalhistas não adimplidos.
9. **STF** - Acumulação de cargo público e 'teto' remuneratório.
10. **TCU** - É facultado ao gestor, dentro da sua esfera de discricionariedade, anular todo o procedimento licitatório, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/1993, ou invalidar apenas os atos insuscetíveis de aproveitamento e retomar o certame do momento imediatamente anterior ao ato ilegal, em analogia ao art. 4º, inciso XIX, da Lei 10.520/2002.
11. **TCU** - A limitação a número máximo de empresas integrantes de consórcio deve ter motivação prévia e consistente, sob pena de afrontar os arts. 3º, § 1º, inciso I, e 33 da Lei 8.666/93 c/c os arts. 2º e 50 da Lei 9.784/99.

PLENÁRIO

1. Prejulgado n.º 013, sobre a criação de diário oficial eletrônico pelos Municípios e pressupostos legais a serem observados.

Trata-se de Incidente de Prejulgado deflagrado a partir de Denúncia formulada a esta Corte de Contas por suposta irregularidade na criação do Diário Oficial dos Municípios (DOM-ES), que surgiu como fruto da cooperação entre a Associação dos Municípios do Espírito Santo – AMUNES (Resolução AMUNES n.º 01/2014) e a Federação Catarinense de Municípios – FECAM. Por meio do [Acórdão 368/2017-Plenário](#) o prejulgado foi aprovado nos seguintes termos:

- 1) É possível a criação de um diário oficial eletrônico pelos municípios, conforme os pareceres em consulta lavrados por esta Corte de Contas (TC 008/2007, 008/2012, 007/2013 e 04/2014);

- 2) Com fundamento na autonomia municipal e no Princípio da Legalidade, previsto no artigo 37, da [Constituição Federal](#), admite-se a criação de um veículo próprio para a divulgação dos atos oficiais dos municípios, desde que os entes federados interessados, individualmente, aproveem por lei municipal, a exemplo do que fora previsto no artigo 6º, inciso XIII, da [Lei nº 8.666/93](#), para os fins da lei de licitações, uma vez que, todas as publicações oficiais objetivam o atendimento das mesmas finalidades, dentre elas, a observância dos Princípios da Publicidade, Legalidade e Eficiência;
- 3) A criação de um diário oficial eletrônico comum, para a publicação dos atos oficiais dos municípios, pode ser viabilizada, desde que providenciada lei, por cada um dos entes federados municipais, e não por intermédio de Resolução, da associação;
- 4) Além de lei autorizativa dos municípios associados e da garantia do Princípio da Publicidade, exige-se a segurança das informações, sendo necessário providenciar a ICP – infraestrutura chaves públicas e chaves de criptografia;
- 5) Ressalta-se, contudo, que devem ser excepcionadas as publicações que, por lei específica, exigem formas especiais, tal qual ocorre na lei de licitações;
- 6) A associação dos municípios não pode adquirir, via autarquia estadual responsável pela tecnologia das informações, o domínio de um sítio eletrônico público (.es.gov.br), que só pode ser utilizado por órgãos públicos;
- 7) Se, no entanto, os entes federados municipais formalizarem um consórcio público, com personalidade jurídica de direito público, observando-se as formalidades legais, admite-se o requerimento à autarquia estadual, do

domínio de um sítio eletrônico público (.es.gov.br), que embora seja adstrito aos órgãos públicos, pode ser estendido às pessoas jurídicas de direito público, que integram a Administração Indireta;

- 8) Caso, no entanto, os entes federados não preencham os requisitos exigidos para a formação de um consórcio público, poderão estes contratá-lo, realizando procedimento licitatório, uma vez que só se admite a contratação direta, por dispensa de licitação, nos termos do artigo 24, XXVI, da [Lei nº 8.666/93](#), quando o consórcio tiver a natureza de pessoa jurídica de direito público e a contratação for realizada pelos próprios entes federados consorciados;
- 9) De outro lado, admite-se a criação de um diário oficial eletrônico pelos municípios e a sua disponibilização por intermédio de uma página privada na internet (.com.br), com a intermediação de uma associação privada, desde que a entidade associativa não tenha fins lucrativos, objetive o atendimento de interesses da coletividade e seja expressamente autorizada a representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente, nos termos do artigo 5º, XXI, da Constituição Federal, ressaltando-se a necessidade de que esta seja específica, para a finalidade de intermediar a criação de um diário oficial comum aos municípios interessados;
- 10) Sendo necessário, contudo, a contratação pela associação de municípios de pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, conforme já explicitado no item anterior, esta dependerá de licitação;
- 11) Há que se observar ainda a necessidade de atendimento dos Princípios Administrativos

Constitucionais, a começar pelo Princípio da Publicidade. Do mesmo modo, deve-se observar o Princípio da Eficiência, uma vez que, a economia de recursos públicos deverá constituir com a publicidade uma equação equilibrada;

- 12) Por fim, também exige-se a segurança das publicações, por intermédio de chaves de segurança e de criptografia, garantindo a veracidade das informações a serem publicadas.

[Prejulgado nº 013/2017](#), aprovado pelo [Acórdão TC-368/2017-Plenário](#), TC-10187/2015, relator Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, publicados em 03/05/2017 e 02/05/2017 respectivamente.

2. É imprescindível a participação do Estado na disciplina de matéria sobre serviços de saneamento básico em regiões metropolitanas.

Trata-se de análise de medida cautelar, decorrente de Representação formulada pela Companhia Espírito-Santense de Saneamento - CESAN em face da Companhia de Desenvolvimento de Vitória - CDV, noticiando irregularidades na autorização pela CDV para que fossem elaborados estudos viabilidade de um novo modelo de sistema de saneamento no Município de Vitória. Em juízo de cognição sumária, analisando os requisitos para concessão da cautelar, o relator observou que: *“embora todos os Estados da Federação possuam Companhias Estatais de Saneamento Básico, a titularidade municipal dos serviços de abastecimento de água potável já é questão pacífica no Direito Brasileiro, pertencendo aos municípios, dado o seu caráter local, quando não se tratar de região metropolitana”*. Sobre esse aspecto, fez menção à decisão do STF no bojo da ADIn n. 1.842/RJ no seguinte sentido: *“Por ocasião daquele julgamento, o Excelso Pretório fixou*

entendimento de que (i) a titularidade dos serviços de saneamento básico é, de fato, municipal (confirmando julgados anteriores do próprio Supremo), e (ii) somente no caso das Regiões Metropolitanas há a gestão do sistema de maneira compartilhada entre o Estado e os Municípios, a ser exercida de forma “colegiada”, em Assembleias que congreguem a participação de todos os Prefeitos e do Governador do Estado”. Assim, acrescentou ser *“imprescindível a participação do Estado para disciplinar matéria sobre o serviço de saneamento básico em regiões metropolitanas, como ocorre in casu, passando a competência legislativa a ser do Estado, o que decorre diretamente do objetivo de integração de políticas de interesse comum inerente à criação dessa região metropolitana, o que inviabiliza a atuação isolada do Município de Vitória, por meio da CDV, sob pena de invasão de competência constitucionalmente estabelecida”*. Por fim, concluiu: *“Cabe, pois, ao Estado legislar acerca do saneamento básico, estabelecendo diretrizes, disciplinando a participação dos demais entes que compõem sobredita região, de maneira a preservar o interesse comum dos entes nas áreas de tais aglomerações urbanas”*. Demonstrando a presença dos requisitos legais que autorizam a medida de urgência, o relator entendeu por conhecer da representação e conceder a tutela cautelar, *inaudita altera pars*, para suspender os atos posteriores à aprovação do estudo de concessão dos serviços prestados pela CESAN a fim de prevenir a ocorrência de dano ao erário. O Plenário, por maioria, nos termos do voto do relator, ratificou a Decisão Monocrática 00384/2017-1. [Decisão TC-1367/2017](#), TC-0509/2017, relator Conselheiro em substituição Marco Antônio da Silva, publicado em 10.05.2017.

3. O Município que possua regime próprio de previdência, ao analisar a concessão de reajuste real a servidores ativos, deve avaliar seus impactos financeiros atuais e futuros nos servidores inativos.

Cuidam os autos de Representação proposta pelo Ministério Público de Contas em face da Prefeitura e da Câmara Municipal de Guarapari noticiando irregularidade na concessão de reajustes para servidores municipais. O Relator destacou, de início, que *“por uma questão de lógica, primeiro o Município deve promover a revisão geral anual de todos os seus servidores no mesmo índice e na mesma data, para depois então, caso exista folga orçamentária, promover reajustes diferenciados, casos estes sejam necessários e legítimos.”* Registrou também que *“a garantia da revisão geral anual deve ser interpretada em conjunto com o princípio da responsabilidade fiscal.”* Lembrando que o Município de Guarapari possui regime próprio de previdência, o relator observou ainda que não pode deixar de ser observada a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial: *“Qualquer aumento real dado aos servidores ativos, pode impactar imediatamente no montante de pagamento aos servidores inativos, para aqueles casos (que atualmente ainda são a maioria) que haja paridade. Além disso, poderá comprometer os valores futuros devidos a esses servidores quando aposentados. Por isso que no momento de análise da concessão de reajuste real a servidores ativos devem ser analisados os impactos financeiros atuais e futuros nos servidores inativos”.* Por fim, concluiu que, *“não obstante o dever de guardar o preceito constitucional previsto no art. 37, X da CF (revisão geral anual), este deverá ser feito em consonância com o art. 169 caput da CF (limite de gastos com pessoal que é regulamentado pela LRF). E havendo reajuste real de remuneração, também deverá ser observada a parte final do caput do art. 40 da CF (o RPPS deve ter equilíbrio financeiro e*

atuarial), para que o município não seja inviabilizado”. O Plenário sem divergência, nos termos do voto do relator, conheceu da representação e a julgou parcialmente procedente. [Acórdão TC-509/2017-Plenário](#), TC-2925/2016, relator Conselheiro Domingos Augusto Taufner, publicado em 08/05/2017.

4. A verificação se certa contratação pode ou não ser realizada é atribuição da autoridade competente na estrutura do órgão, amparada pela manifestação da assessoria jurídica, e não de quem a solicita diante de uma necessidade de serviço.

Trata-se de Prestação de Contas Anual e Relatório de Auditoria Ordinária da Câmara Municipal de Guarapari, referentes ao exercício de 2011. Foi arguida preliminar de ilegitimidade passiva de servidor a quem fora imputada responsabilidade pelo ato de solicitar contratações de serviços tidos por irregulares. Sobre a matéria, o relator transcreveu o seguinte entendimento técnico: *“para que alguém seja legítimo para figurar no polo passivo dos processos que tramitam nesta Corte, é necessário que sua conduta tenha tido o potencial de causar, mesmo que somada à conduta de outras pessoas, a irregularidade, (...), se nem mesmo abstratamente a conduta da parte, naquela conjuntura específica, for capaz de desencadear a ocorrência da irregularidade, estaremos diante de um caso de ilegitimidade passiva”.* No caso concreto, entendeu-se que *“o mero ato de solicitar determinada contratação não se reveste por si só, de ilegalidade, mormente se se considerar que o Diretor Geral da Câmara de Guarapari não tem poder para decidir se a contratação deverá ser ou não realizada, estando sua solicitação submetida ao crivo do superior, que poderá indeferir seu pedido”.* Destacou-se que *“Poder-se-ia cogitar em sua responsabilidade caso a solicitação tivesse se baseado em dados manipulados ou motivação falsa, que induzissem o ordenador de despesas a erro, ou quando se originassem de sua*

desídia culposa com a coisa pública". Nesse sentido, afirmou-se que: "A verificação se certa contratação pode ou não realizar-se é atribuição da autoridade competente na estrutura do órgão, amparada pela manifestação da assessoria jurídica (art. 38, VI da [Lei nº 8.666/93](#)), não de quem, diante de uma necessidade de serviço, solicita-a". Por esses motivos, conclui-se pela ilegitimidade passiva do servidor. [Acórdão TC-184/2017-Plenário](#), TC-1883/2012, relator Conselheiro Domingos Augusto Taufner, publicado em 02/05/2017.

5. É possível a responsabilização de parecerista jurídico pelo ato de aprovação de editais e minutas de contrato em procedimento licitatório, dado o caráter obrigatório e vinculante dessa manifestação.

Trata-se de Prestação de Contas Anual e Relatório de Auditoria Ordinária da Câmara Municipal de Guarapari, referentes ao exercício de 2011. Foi arguida preliminar de ilegitimidade passiva do parecerista jurídico, que pretendeu sua exclusão do polo passivo da demanda fiscalizatória aduzindo que os pareceres jurídicos emitidos possuíam natureza meramente opinativa, não vinculando a decisão tomada pelo administrador. Sobre a matéria, o relator subscreveu o seguinte entendimento: "*considerando que o Parecer emitido pelo Defendente teve por fundamento legal o disposto no art. 38, inc. VI e Parágrafo Único da [Lei nº 8.666/93](#), sendo, portanto, exigido por lei como ato formal e necessário ao regular procedimento licitatório, possuindo, segundo entendimento sedimentado pelo STF, natureza obrigatória e vinculante, temos que é plenamente possível a responsabilização do seu signatário na hipótese de comprovação de dano ao erário proveniente de decisão administrativa tomada com supedâneo nas referidas peças técnico-jurídicas*". Acrescentou ainda que "*apenas foi tratado sobre a possibilidade jurídica e legal de imputação de*

responsabilidade solidária do 'advogado público' juntamente com o Gestor Público, quando, na hipótese, restar adequadamente demonstrado que a emissão de parecer técnico-jurídico é exigência legal (obrigatório) e o mesmo possuir força vinculante em relação à decisão a ser tomada, e, ainda, quando houver erro grosseiro ou quando o parecer não estiver devidamente fundamentado; quando não defende tese jurídica aceitável; e/ou quando não está alicerçado em entendimento doutrinário ou jurisprudência". Nesse sentido, concluiu-se por afastar a preliminar de ilegitimidade passiva arguida. [Acórdão TC-184/2017-Plenário](#), TC-1883/2012, relator Conselheiro Domingos Augusto Taufner, publicado em 02/05/2017.

6. Inexistindo disposições específicas nas normas estatutárias dos entes envolvidos, a remuneração do servidor cedido deve observar o teto constitucional estabelecido para o órgão cedente.

Cuidam os autos de Recurso de Reconsideração interposto pelo Prefeito Municipal de Vila Velha face ao Acórdão TC 114/2010, que julgou irregulares os atos praticados pelo recorrente, apenando-o com multa e ressarcimento ao erário. Figurou dentre as irregularidades o pagamento de servidor federal, cedido ao Município, acima do teto constitucional, considerando o subsídio do Chefe do Executivo Municipal. O Relator corroborou entendimento técnico no seguinte sentido: "*entende-se que em situações do gênero, inexistindo disposições específicas nas normas estatutárias dos servidores públicos dos entes envolvidos, o teto constitucional a ser aplicado deve ser o do órgão cedente, porquanto a este pertence as normas que estabelecem e regulamentam a remuneração do servidor cedido, independentemente de quem suportará o ônus do seu pagamento durante a cedência, (...), não se revela razoável impor que*

servidores detentores de cargos efetivos em determinada esfera de poder ou ente federativo sejam obrigados a receber contraprestação pecuniária inferior à de seus respectivos cargos ao serem cedidos para realizar funções de maior relevância no órgão ou ente de destino". E acrescentou que "a cessão possui caráter temporário e precário, não tendo o condão de alterar a situação jurídica do servidor em relação ao seu vínculo com o órgão ou entidade cedente, (...), o servidor cedido à Prefeitura Municipal de Vila Velha mantém seu vínculo funcional mesmo durante a cessão. Conseqüentemente, o teto aplicável neste caso é o teto único aplicado na esfera federal, representado pelo subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal". O Plenário, à unanimidade, conheceu do recurso interposto e afastou a referida irregularidade. [Acórdão TC-176/2017-Plenário](#), TC-6264/2010, relator Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 02/03/2017.

OUTROS TRIBUNAIS

7. STF - Gratuidade de ensino e cobrança de mensalidade em curso de especialização.

A garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança por universidades públicas de mensalidade em cursos de especialização. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário para denegar segurança. Preliminarmente, o Colegiado, também por maioria, indeferiu pedido de sustentação oral do advogado do "amicus curiae" da Associação Nacional dos Pós-Graduandos (ANPG) já ter se exaurido a fase de sustentação oral na sessão anterior, e tendo ele se inscrito apenas na sessão subsequente. Vencidos, no ponto,

os ministros Marco Aurélio, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, que deferiam o pleito, ao fundamento de que, se há inscrito terceiro, sem que ainda tivesse sido proferido qualquer voto, se deveria, em prestígio ao devido processo legal, viabilizar a sustentação. Quanto ao mérito, inicialmente, o Colegiado observou que, a despeito da Súmula Vinculante 12 (1), alargar a sua aplicação para os cursos de extensão seria interpretação equivocada do verbete sumular. Asseverou haver no texto constitucional uma diferenciação entre "ensino", "pesquisa" e "extensão", que formam tripé harmônico e essencial para a educação de qualidade. Nos termos do art. 206, IV, da Constituição Federal (CF), a gratuidade do ensino é um princípio aplicável a todos os estabelecimentos oficiais. Para tanto, conforme exige o art. 212, "caput", da CF, um percentual da receita pública deve ser destinado à "manutenção e desenvolvimento do ensino". O art. 213, § 2º, da CF autoriza, "argumentum a contrario", a captação de recursos destinados à pesquisa e à extensão porque os recursos públicos, a que se refere o art. 212, "caput", da CF, têm destinação precípua às escolas públicas. Já as atividades descritas no art. 213, § 2º, da CF não necessariamente contam com recursos públicos. Seria incorreto, porém, concluir que a Constituição não exige financiamento público para a pesquisa e extensão. Explicou que a indissolubilidade entre "ensino, pesquisa e extensão", princípio previsto no "caput" do art. 207 da CF, exige que o financiamento público não se destine exclusivamente ao ensino, visto que, para a manutenção e desenvolvimento do ensino, são necessários, nos termos do art. 207, pesquisa e extensão. Entretanto, há um espaço de conformação no texto constitucional para a definição das atividades que integram a manutenção e o desenvolvimento do ensino. De fato, o regime constitucional de pós-graduação deve derivar das exigências constitucionais contidas no art. 207 da CF.

Impossível afirmar, com base na leitura estrita da CF, que as atividades de pós-graduação são abrangidas pelo conceito de manutenção e desenvolvimento do ensino, parâmetro constitucional para a destinação, com exclusividade, dos recursos públicos. Por isso, para a solução do presente caso, é preciso examinar se a instituição de cursos de pós-graduação (especialização) implica, necessariamente, gratuidade. O Colegiado frisou competir ao legislador a tarefa de disciplinar quais características determinado curso assumirá. Caso a atividade preponderante se refira à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, a gratuidade deverá ser observada, nos termos do art. 206, IV, da CF. Para matéria relativa a ensino, pesquisa e extensão, a competência regulamentar é concorrente entre a União e os Estados-Membros (CF, art. 24, IX), mas também é afeta à autonomia universitária. Quanto a este último aspecto, a universidade pode contar, por expressa previsão constitucional (CF, art. 213, § 2º), com recursos de origem privada. Ademais, embora não disponham de competência para definir a origem dos recursos a serem utilizados para a manutenção e o desenvolvimento do ensino, as universidades podem definir quais são as atividades de pesquisa e extensão passíveis de realização em regime de colaboração com a sociedade civil. No exercício de sua competência para definir normas gerais (CF, art. 24, § 1º), a União editou a Lei 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Dessa lei é possível depreender que os cursos de pós-graduação se destinam à preparação para o exercício do magistério superior (arts. 64 e 66) e, por isso, são indispensáveis para a manutenção e o desenvolvimento das instituições de ensino (art. 55). Porém, é preciso observar que apenas os cursos de pós-graduação que se destinam à manutenção e ao desenvolvimento do ensino são financiados pelo Poder Público. Novamente é a Lei 9.394/1996, em seus arts. 70 e

71, que fixa as regras para contabilizar essas despesas. Segundo o Tribunal, não se deve, evidentemente, ler a Constituição com fundamento na lei, mas sua referência exemplifica o fato de que ao legislador é possível descrever as atividades que, por não se relacionarem com a manutenção e o desenvolvimento do ensino, não dependem de recursos exclusivamente públicos. É lícito, dessa forma, às universidades perceber remuneração pelo seu desempenho. Além disso, a elaboração da lei não retira das universidades a competência para, por meio de sua autonomia, desenvolver outras atividades voltadas à comunidade que não se relacionem precisamente com a exigência constitucional da manutenção e do desenvolvimento do ensino. Essa observação vai ao encontro do próprio texto constitucional, ou seja, não há, na previsão de autonomia das universidades (CF, art. 207), remissão à regulamentação por lei, diversamente do que ocorre com as regras sobre a carreira dos professores (CF, art. 206, V), com a forma de gestão democrática (CF, art. 206, VI) e com a contratação de professores estrangeiros (CF, art. 207, § 1º). Há, aqui, potencialmente, um choque entre as competências legais do Poder Legislativo e normativas das universidades, ou do órgão encarregado de sua organização (CF, art. 211, § 1º). Esse conflito tem, em tese, assento constitucional e não legal. No caso, contudo, não há conflito a exigir a intervenção por parte do Supremo Tribunal Federal (STF). Tanto a CF quanto a lei dão margem ao juízo de conformação a ser realizado pelas universidades para definir se determinado curso de especialização destina-se à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, hipótese em que, por expressa previsão constitucional, os recursos para seu financiamento deverão ser exclusivamente públicos. Nesse sentido, o art. 71 da Lei 9.394/1996 exclui das despesas de manutenção e desenvolvimento a formação de quadros especiais para a administração, caso em que, desde que restrita aos cursos

de especialização, não haveria impedimento para as universidades, por analogia, disciplinarem outros cursos cuja cobrança de mensalidade fosse possível. O Colegiado afirmou ser evidente que as universidades não são completamente livres para definir suas atividades. O desempenho precípua de suas funções exige que, no mínimo, haja completa realização daquelas que se relacionem com a manutenção e o desenvolvimento do ensino. Nada impede que, para além dessas atividades, a universidade possa definir outros cursos para a comunidade, como cursos de extensão, que, embora se relacionem ao ensino, guardam independência quanto a ele. Afastou o argumento de que, por ostentarem natureza autárquica ou fundacional, as universidades somente poderiam adotar o regime tributário para a obtenção de receitas, a implicar que o serviço desempenhado passasse a ser remunerado por taxa. Isso porque, em primeiro lugar, a adoção do regime de direito público, previsto no art. 37 da CF, não impõe, necessariamente, que a obtenção de receita seja exclusivamente pela via tributária. Ademais, o princípio da gratuidade veda, precisamente, a cobrança de prestação compulsória (CF, art. 205), como ocorre nas atividades de manutenção e desenvolvimento do ensino. Além disso, por serem as atividades extraordinárias desempenhadas de modo voluntário pelas universidades, pode ser estabelecida uma tarifa como contraprestação. Relembrou que, no julgamento da ADI 800/RS (DJE de 27.6.2014), se reconheceu que o traço característico de uma prestação estatal remunerada por taxa é a compulsoriedade, prevista no art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN). Na mesma direção aponta ainda o Enunciado 545 da Súmula desta Corte (2). Essa diferenciação é fundamental para também estender às atribuições desempenhadas pelas universidades o entendimento sumulado pelo STF. Dessa forma, por não ser taxa a cobrança de mensalidade para os cursos não relacionados com a manutenção e o desenvolvimento do ensino,

não está sujeita à legalidade estrita. Noutras palavras, podem as universidades regulamentar a forma de remuneração do serviço desempenhado. Ainda no que tange às limitações impostas às universidades, é mister registrar que os professores são servidores públicos e, como tal, destinam-se ao desempenho das tarefas indicadas nos seus cargos. Não podem, conseqüentemente, eximir-se de suas obrigações ordinárias para desempenhar aquelas que, por conveniência, a universidade decidiu oferecer ao público, mediante pagamento. Além disso, embora tenham autonomia para definir as atividades ofertadas ao público, as universidades devem ter em conta que prestam serviço público e, portanto, devem garantir os direitos dos usuários (CF, art. 175, II), observar a modicidade tarifária (CF, art. 175, III) e manter serviço de qualidade (CF, art. 206, VII), atendidas as exigências do órgão coordenador da educação (CF, art. 211, § 1º). Finalmente, a regulamentação dessas atividades deve ainda observar o princípio da gestão democrática do ensino (CF, art. 206, VI). Em suma, o Plenário concluiu ser preciso reconhecer que nem todas as atividades potencialmente desempenhadas pelas universidades se referem exclusivamente ao ensino. A função desempenhada por elas é muito mais ampla do que as formas pelas quais elas obtêm financiamento. Assim, o princípio da gratuidade não as obriga a perceber exclusivamente recursos públicos para atender sua missão institucional. Ele exige, porém, que, para todas as tarefas necessárias à plena inclusão social, missão do direito à educação, haja recursos públicos disponíveis para os estabelecimentos oficiais. O termo utilizado pela CF é que essas são as tarefas de manutenção e desenvolvimento do ensino. Conseqüentemente, são a elas que se estende o princípio da gratuidade. Nada obstante, é possível às universidades, no âmbito de sua autonomia didático-científica, regulamentar, em harmonia com a legislação, as atividades destinadas preponderantemente à extensão

universitária, sendo-lhes, nessa condição, possível a instituição de tarifa. Vencido o ministro Marco Aurélio, que negava provimento ao recurso. Considerava que o inciso IV do art. 206 da CF prevê um princípio inafastável que garantiria a gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais, sem distinção, se de ensino básico, fundamental, superior, graduação ou pós-graduação. Além disso, o inciso I do art. 206 da CF asseguraria a igualdade de condições de acesso e permanência na escola. Não caberia ao intérprete, portanto, fazer distinção onde o texto constitucional não o fez, sob pena de gerar privilégio apenas aos que têm condições de arcar com os valores cobrados para os cursos. Em suma, as universidades públicas deveriam prestar o serviço educacional com base nas receitas previstas de forma exaustiva no texto constitucional (CF, art. 212) e, por serem públicas, haveriam de viabilizar, sem necessidade de qualquer pagamento, o acesso dos cidadãos em geral. RE 597854/GO, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 26.4.2017. (RE-597854). [Informativo STF n. 862, sessões de 24 a 28 de abril de 2017.](#)

8. STF. Responsabilidade subsidiária da Administração e encargos trabalhistas não adimplidos.

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Com esse entendimento, o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, conheceu em parte e, na parte conhecida, deu provimento a recurso extraordinário em que discutida a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. Na origem, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) manteve a responsabilidade subsidiária de

entidade da Administração Pública tomadora de serviços terceirizados pelo pagamento de verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa contratante. Isso ocorreu em razão da existência de culpa “in vigilando” do órgão público, caracterizada pela falta de acompanhamento e fiscalização da execução de contrato de prestação de serviços, em conformidade com a nova redação dos itens IV e V do Enunciado 331 da Súmula do TST. A recorrente alegava, em suma, que o acórdão recorrido, ao condenar subsidiariamente o ente público, com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF), teria desobedecido ao conteúdo da decisão proferida no julgamento da ADC 16/DF (DJE de 9.9.2011) e, conseqüentemente, ao disposto no art. 102, § 2º, da CF. Afirmava que o acórdão recorrido teria declarado a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, embora a norma tenha sido declarada constitucional no julgamento da ADC 16/DF. Sustentava violação dos arts. 5º, II, e 37, “caput”, da CF, por ter o TST inserido no item IV do Enunciado 331 da sua Súmula obrigação frontalmente contrária ao previsto no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações. Defendia, por fim, que a culpa “in vigilando” deveria ser provada pela parte interessada, e não ser presumida — v. Informativos 852, 853, 854 e 859. Prevaleceu o voto do ministro Luiz Fux, que foi acompanhado pelos ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia (Presidente) e Alexandre de Moraes. A Corte entendeu que uma interpretação conforme do art. 71 da Lei 8.666/1993, com o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, infirma a decisão tomada no julgamento da ADC 16/DF (DJE de 9.9.2011), nulificando, por conseguinte, a coisa julgada formada sobre a declaração de constitucionalidade do dispositivo legal. Observou que, com o advento da Lei 9.032/1995, o legislador buscou excluir a responsabilidade subsidiária da Administração, exatamente para evitar o descumprimento do disposto no art. 71 da Lei 8.666/1993,

declarado constitucional pela Corte. Anotou que a imputação da culpa “in vigilando” ou “in elegendo” à Administração Pública, por suposta deficiência na fiscalização da fiel observância das normas trabalhistas pela empresa contratada, somente pode acontecer nos casos em que se tenha a efetiva comprovação da ausência de fiscalização. Nesse ponto, asseverou que a alegada ausência de comprovação em juízo da efetiva fiscalização do contrato não substitui a necessidade de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido. Ao final, pontuou que a Lei 9.032/1995 (art. 4º), que alterou o disposto no § 2º do art. 71 da Lei 8.666/1993, restringiu a solidariedade entre contratante e contratado apenas quanto aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/1991. Vencida a ministra Rosa Weber (relatora), acompanhada pelos ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso. Concluíam: a) pela impossibilidade de transferência automática para a Administração Pública da responsabilidade subsidiária pelo descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada; b) pela viabilidade de responsabilização do ente público, em caso de culpa comprovada em fiscalizar o cumprimento dessas obrigações; e c) pela competência da Administração Pública em comprovar ter fiscalizado adequadamente o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado. RE 760931/DF, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgamento em 26.4.2017. (RE-760931). [Informativo STF n. 862, sessões de 24 a 28 de abril de 2017.](#)

9. STF - Acumulação de cargo público e ‘teto’ remuneratório.

Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, XI (1), da Constituição Federal (CF) pressupõe consideração de cada um dos

vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público. Com base nesse entendimento, o Plenário, em julgamento conjunto e por maioria, negou provimento a recursos extraordinários e reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “percebidos cumulativamente ou não” contida no art. 1º da Emenda Constitucional (EC) 41/2003, que alterou a redação do art. 37, XI, da CF, considerada interpretação que englobe situações jurídicas a revelarem acumulação de cargos autorizada constitucionalmente. Além disso, declarou a inconstitucionalidade do art. 9º da EC 41/2003 (2), para afastar definitivamente o art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) (3), por já ter surtido efeitos na fase de transformação dos sistemas constitucionais — Cartas de 1967/1969 e 1988 —, excluída a abrangência a ponto de fulminar direito adquirido. No caso, os acórdãos recorridos revelaram duas conclusões principais: a) nas acumulações compatíveis com o texto constitucional, o que auferido em cada um dos vínculos não deve ultrapassar o teto constitucional; e b) situações remuneratórias consolidadas antes do advento da EC 41/2003 não podem ser atingidas, observadas as garantias do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos, porque oponíveis ao poder constituinte derivado. O Colegiado afirmou que a solução da controvérsia pressupõe interpretação capaz de compatibilizar os dispositivos constitucionais em jogo, no que aludem ao acúmulo de cargos públicos e das respectivas remunerações, incluídos os vencimentos e proventos decorrentes da aposentadoria, considerados os preceitos atinentes ao direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI) e à irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 37, XV). Ressaltou que a percepção somada de remunerações relativas a cargos acumuláveis, ainda que acima, no cômputo global, do patamar máximo, não interfere nos objetivos que inspiram o texto

constitucional. As situações alcançadas pelo art. 37, XI, da CF são aquelas nas quais o servidor obtém ganhos desproporcionais, observadas as atribuições dos cargos públicos ocupados. Admitida a incidência do limitador em cada uma das matrículas, descabe declarar prejuízo à dimensão ética da norma, porquanto mantida a compatibilidade exigida entre trabalho e remuneração. Assentou que as possibilidades que a CF abre em favor de hipóteses de acumulação de cargos não são para benefício do servidor, mas da coletividade. Assim, o disposto no art. 37, XI, da CF, relativamente ao teto, não pode servir de desestímulo ao exercício das relevantes funções mencionadas no inciso XVI (4) dele constante, repercutindo, até mesmo, no campo da eficiência administrativa. Frisou que a incidência do limitador, considerado o somatório dos ganhos, ensejaria enriquecimento sem causa do Poder Público, pois viabiliza retribuição pecuniária inferior ao que se tem como razoável, presentes as atribuições específicas dos vínculos isoladamente considerados e respectivas remunerações. Ademais, essa situação poderá potencializar situações contrárias ao princípio da isonomia, já que poderia conferir tratamento desigual entre servidores públicos que exerçam idênticas funções. O preceito concernente à acumulação preconiza que ela é remunerada, não admitindo a gratuidade, ainda que parcial, dos serviços prestados, observado o art. 1º da CF, no que evidencia, como fundamento da República, a proteção dos valores sociais do trabalho. Enfatizou que o ordenamento constitucional permite que os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) acumulem as suas funções com aquelas inerentes ao Tribunal Superior Eleitoral (CF, art. 119), sendo ilógico supor que se imponha o exercício simultâneo, sem a correspondente contrapartida remuneratória. Da mesma forma, os arts. 95, parágrafo único, I, e 128, § 5º, II, “d”, da CF veiculam regras quanto ao exercício do magistério por juízes e promotores de justiça, de maneira que não se pode cogitar,

presente o critério sistemático de interpretação, de trabalho não remunerado ou por valores inferiores aos auferidos por servidores que desempenham, sem acumulação, o mesmo ofício. Idêntica orientação há de ser observada no tocante às demais circunstâncias constitucionais de acumulação de cargos, empregos e funções públicas, alusivas a vencimento, subsídio, remuneração oriunda do exercício de cargos em comissão, proventos e pensões, ainda que os vínculos digam respeito a diferentes entes federativos. Consignou que consubstancia direito e garantia individual o acúmulo tal como estabelecido no inciso XVI do art. 37 da CF, a encerrar a prestação de serviços com a consequente remuneração, ante os diversos cargos contemplados, gerando situação jurídica na qual os valores devem ser recebidos na totalidade. O teto remuneratório não pode atingir, a partir de critérios introduzidos por emendas constitucionais, situações consolidadas, observadas as regras preexistentes, porque vedado o confisco de direitos regularmente incorporados ao patrimônio do servidor público ativo ou inativo (CF, arts. 5º, XXXVI, e 37, XV). Essa óptica deve ser adotada quanto às ECs 19/1998 e 41/2003, no que incluíram a expressão “percebidos cumulativamente ou não” ao inciso XI do art. 37 da CF. Cabe idêntica conclusão quanto ao art. 40, § 11, da CF, sob pena de criar situação desigual entre ativos e inativos, contrariando preceitos de envergadura maior, entre os quais a isonomia, a proteção dos valores sociais do trabalho — expressamente elencada como fundamento da República —, o direito adquirido e a irredutibilidade de vencimentos. As aludidas previsões limitadoras, a serem levadas às últimas consequências, além de distantes da razoável noção de teto, no que conduz, presente acumulação autorizada pela CF, ao cotejo individualizado, fonte a fonte, conflitam com a rigidez constitucional decorrente do art. 60, § 4º, IV, nela contido. Vencido o ministro Edson Fachin, que dava provimento aos

recursos extraordinários. Pontuava que o art. 37, XI, da CF deveria ser interpretado literalmente, de modo que o teto deveria ser aplicado de forma global e não individualmente a cada cargo. RE 612975/MT, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 26 e 27.4.2017. (RE-612975). RE 602043/MT, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 26 e 27.4.2017. (RE-602043). [Informativo STF n. 862, sessões de 24 a 28 de abril de 2017.](#)

10. TCU - É facultado ao gestor, dentro da sua esfera de discricionariedade, anular todo o procedimento licitatório, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/1993, ou invalidar apenas os atos insuscetíveis de aproveitamento e retomar o certame do momento imediatamente anterior ao ato ilegal, em analogia ao art. 4º, inciso XIX, da Lei 10.520/2002.

O TCU apreciou representação acerca de possíveis irregularidades no Município de Barra de São Miguel/PB, afetas a alegadas ilegalidades e restrições à competitividade no edital da Concorrência Pública 1/2016, cujo objeto é a execução de obra civil pública de implantação da 2ª etapa do sistema de esgotamento sanitário daquele município. No curso da representação, verificou-se que houve falha na condução do processo licitatório, relativa à desclassificação das propostas de todos os licitantes, com fundamento no art. 48, inciso II, da Lei 8.666/1993, em face da suposta inexecutabilidade de itens isolados das planilhas de custos. No caso, o relator ressaltou que “as propostas apresentadas pelas licitantes não eram inexequíveis, pois, mesmo após a correção da alíquota previdência reproduzida erroneamente pelas empresas a partir de planilha anexada ao edital, permitiam que as empresas lucrassem ao participarem da licitação”. Acrescentou que “ainda que entendesse inexequíveis as propostas, a Comissão Permanente de Licitação – CPL deveria ter oportunizado às empresas a demonstração da exequibilidade, nos

termos da Súmula TCU 262”. Por fim, o relator entendeu que a correção dos procedimentos indevidos é simples e tem potencial de benefício financeiro para a Administração, sendo possível o aproveitamento dos demais atos anteriores à falha procedimental, em consonância com a jurisprudência do TCU, no sentido de que é possível a anulação parcial de procedimento licitatório, com o aproveitamento dos atos que não tenham sido maculados pelo vício. No entanto, o relator ponderou que “é facultado ao gestor, dentro da sua esfera de discricionariedade, a escolha entre anular todo o procedimento licitatório, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/1993, ou invalidar apenas os atos insuscetíveis de aproveitamento e retomar o certame no momento imediatamente anterior ao ato ilegal, em analogia ao art. 4º, inciso XIX, da Lei 10.520/2002”. Ponderou, ainda, que “essa providência tem como benefício adicional a eliminação de eventuais suspeitas de estabelecimento de acordos entre os licitantes”. Ao final, com base na proposta do relator, o Tribunal deliberou, entre outras medidas, no sentido de considerar a representação improcedente, fixar prazo para que a Prefeitura de Barra de São Miguel/PB “adote as providências necessárias à anulação da Concorrência Pública 1/2016 ou à declaração de nulidade da desclassificação das propostas da Concorrência Pública 1/2016 e dos atos subsequentes, retificando-os no que tange às irregularidades suscitadas nos presentes autos e republicando-os em obediência ao art. 21, § 4º, Lei 8.666/1993”. [Informativo de Licitações e Contratos n. 320, sessões de 4, 5, 11, 12 de abril de 2017.](#)

11. TCU - A limitação a número máximo de empresas integrantes de consórcio deve ter motivação prévia e consistente, sob pena de afrontar os arts. 3º, § 1º, inciso I, e 33 da Lei 8.666/93 c/c os arts. 2º e 50 da Lei 9.784/99.

O TCU apreciou representação acerca de possíveis irregularidades

em pregão eletrônico conduzido pela Superintendência Regional do Dnit nos Estados de Rondônia e Acre, para a contratação de empresas para execução de serviços do Programa de Contratos de Recuperação e Manutenção Rodoviária (Crema). O representante noticiara suposta restrição ao caráter competitivo do certame, consistente na limitação do número de empresas a integrarem consórcios (no máximo duas empresas), sem justificativa, o que afrontaria a jurisprudência do Tribunal. Sobre a questão, o relator afirmou que, “de fato, este Tribunal tem entendimento no sentido de que, uma vez admitida a participação de consórcios em processo licitatório, a limitação a um número máximo de empresas integrantes deve ser justificada”. Observou, ademais, que, no caso concreto, o pregoeiro não especificou os motivos que levaram à limitação ao número máximo de duas empresas na formação dos consórcios. Não obstante, entendeu o relator que não restou comprovado eventual prejuízo à competitividade ou à obtenção da proposta mais vantajosa no certame, razão pela qual votou no sentido de se conhecer da representação, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente, bem como de dar ciência ao órgão que, “no caso de limitação ao número máximo de empresas integrantes de consórcio, a ausência de motivação prévia e consistente constitui afronta aos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 33 da Lei 8.666/1993 c/c os arts. 2º e 50 da Lei 9.784/1999”. [Informativo de Licitações e Contratos n. 320, sessões de 4, 5, 11, 12 de abril de 2017.](#)