

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, 04 a 15 de setembro de 2017

n. 65



◆ NÚCLEO DE
JURISPRUDÊNCIA ◆
SÚMULA

SUMÁRIO

PLENÁRIO

1. **Servidores públicos.** Prejulgado nº 020 - Negada exequibilidade a dispositivo legal que criou cargo em comissão de procurador adjunto sem descrição das respectivas atribuições.
2. **Agentes políticos.** Supremacia da lei orgânica no ordenamento jurídico municipal e possibilidade de ser exigido cumprimento ao princípio da anterioridade na fixação de subsídios de prefeito e vice-prefeito.
3. **Convênios.** Aplicação de recursos de convênio com desvio de finalidade em benefício de ente conveniente e dever de ressarcimento do débito.

OUTROS TRIBUNAIS

4. **STF** - Fundef e fórmula de cálculo;
5. **TCU** - É indevida a utilização de ata de registro de preços por quaisquer interessados – incluindo o próprio gerenciador, os órgãos participantes e eventuais caronas, caso tenha sido prevista a adesão para órgãos não participantes – para aquisição separada de itens de objeto adjudicado por preço global de lote ou grupo para os quais o fornecedor convocado para assinar a ata não tenha apresentado o menor preço na licitação.
6. **TCU** - A inclusão de cláusula de antecipação de pagamento fundamentada no art. 40, inciso XIV, alínea d, da Lei 8.666/1993 deve ser precedida de estudos que comprovem sua real necessidade e economicidade para a Administração Pública.

PLENÁRIO

1. Prejulgado nº 020 - Negada exequibilidade a dispositivo legal que criou cargo em comissão de procurador adjunto sem descrição das respectivas atribuições.

Trata-se de prejulgado decorrente do Acórdão TC-849/2017-Plenário. No presente caso, que cuidou de representação de autoria do Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo em face do município de João Neiva, vislumbrou-se a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Municipal 1.509/2004, que criou o cargo em comissão de Procurador Adjunto, na estrutura da procuradoria do município, sem que fossem descritas as respectivas atribuições, em violação ao estabelecido pelos incisos II e V do artigo 37 da Constituição Federal. No acórdão em comento, o relator afirmou que *“não há margem para que sejam criados cargos comissionados em Procuradorias municipais sem que haja o correto e devido delineamento das atribuições próprias de cargos em comissão na forma como estabelece a Lei Fundamental brasileira”*. E acrescentou: *“embora não se possa afirmar com veemência que o exercício do cargo comissionado criado esteja em desacordo com o que estabelece a Constituição no que se refere à designação de funções de chefia, direção e assessoramento, entendo que do ponto de vista jurídico-interpretativo a redação do dispositivo legal, ora analisado, o torna materialmente inconstitucional, em razão de sua vagueza e de sua inexatidão em relação à especificação das atribuições inerentes ao ocupante do cargo de Procurador Adjunto”*. Assim, concluiu por negar exequibilidade ao art. 1º da Lei Municipal nº 1509/2004. O relator foi acompanhado, à unanimidade, pelo Plenário, sendo formado o respectivo prejulgado. [Prejulgado nº 020/2017](#), formado a partir do Acórdão TC-849/2017-Plenário, relator Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, publicados em

05/09/2017 e 04/09/2017 respectivamente.

2. Supremacia da lei orgânica no ordenamento jurídico municipal e possibilidade de ser exigido cumprimento ao princípio da anterioridade na fixação de subsídios de prefeito e vice- prefeito.

Cuidam os autos de recurso de reconsideração interposto pelo secretário municipal de educação e pela chefe de gabinete do prefeito do município de Vitória em face do Acórdão TC-474/2012, que julgou irregulares atos de gestão sob a responsabilidade dos recorrentes no exercício de 2004, com a imputação de débito e imposição de multa. Dentre as irregularidades atacadas, encontra-se o pagamento de subsídio ao vice-prefeito com base na Lei Municipal nº 6.097/04, que havia autorizado o referido dispêndio no mesmo exercício em que fora aprovada, em desacordo com o art. 112 da Lei Orgânica Municipal, que exige observância ao princípio da anterioridade para tanto. Os recorrentes alegaram a inconstitucionalidade da lei orgânica do município, por ofensa ao princípio da simetria, eis que o texto constitucional não mais estabelecia essa restrição. Sustentaram ainda o aparente conflito legislativo entre as referidas leis em âmbito local, defendendo a validade da lei fixadora dos subsídios, por ser especial e posterior em relação à lei orgânica. O relator, corroborando integralmente o posicionamento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, esclareceu inicialmente que *“o Texto Constitucional estabelece regras específicas de processo legislativo municipal no que diz respeito à criação da lei de regência dos municípios, o que, per si, gera uma hierarquia da Lei Orgânica Municipal sobre as demais leis produzidas no município”*. Assim, destacou: *“não há que se falar em conflito de normas. O que ocorre é que a Lei Orgânica, como norma superior, serve de fundamento de validade para a elaboração de qualquer outra lei no âmbito municipal”*. Quanto à suposta inconstitucionalidade da lei orgânica, aduziu que

“em razão da autonomia municipal consagrada pela Constituição Federal, o município pode estabelecer medidas protetivas aos interesses locais, o que, na presente situação, se traduz em regra mais restritiva para a fixação de subsídio de agentes políticos em sua Lei Orgânica”. Nesse sentido, pontuou que: *“Da redação do artigo 29 da Constituição Federal, depreende-se que não se trata de norma negativa. Logo, inexistente vedação para que a Constituição Estadual, ou até mesmo Lei Orgânica Municipal, trate a matéria de forma mais restritiva”*. Dessa forma, concluiu pela constitucionalidade da lei orgânica municipal, asseverando que os recorrentes deveriam ter negado cumprimento à Lei Municipal nº 6.097/2004, por sua manifesta ilegalidade. O Plenário, à unanimidade, decidiu por rejeitar razões de justificativas apresentadas e, no mérito, negar provimento ao recurso interposto. Acórdão TC-1028/2017-Plenário, TC 4446/2013, relator Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 04/08/2017.

3. Aplicação de recursos de convênio com desvio de finalidade em benefício de ente convenente e dever de ressarcimento do débito.

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela SEAG na Prefeitura de Mantenópolis, para apuração de desvio de finalidade de recursos provenientes do Convênio 034/2007, que tinha por objeto a aquisição de um caminhão trucado com capacidade de 15 (quinze) toneladas de carga, porém foi indevidamente utilizado pela prefeitura na realização de pagamentos diversos. Conforme análise do relator restou caracterizado desvio de finalidade, observando que *“este ocorre quando o agente busca fim diverso do interesse público ou pratica atos com motivos estranhos ao interesse público seja por motivo pessoal, político, de terceiro ou ocorre quando, mesmo sendo o interesse público, o interesse é*

distinto daquele previsto na regra de competência do fim específico". Quanto ao dever de ressarcimento dos recursos, acrescentou: *"nas situações em que um ente político se beneficia da aplicação irregular, cogente a responsabilização direta deste, com sua condenação à restituição dos valores. Nessa linha, considerando que a utilização dos recursos recebidos, mesmo de forma diversa daquela pactuada, importou benefício ao ente, uma vez que tais importâncias foram transferidas aos cofres municipais para pagamentos diversos, o Município deverá ser condenado ao ressarcimento do débito"*. No tocante à responsabilização do gestor, pontuou: *"não havendo indício de ocorrência de locupletamento, o entendimento pacífico no TCU é de que, embora não sejam condenados à restituição dos valores, devam ter suas contas julgadas irregulares, com aplicação de multa"*. Ressalvou, entretanto, que essa medida não poderia ser adotada, eis que verificado o óbito do gestor, sustentando ser *"aplicável ao presente caso o Princípio da Intranscendência que veda, com âncora no art. 5º, XLV, da Carta Magna, que a pena, sanção jurídica personalíssima, se transfira a terceiros que não o próprio causador do ilícito"*. Assim, concluiu por julgar irregulares as contas do ex-prefeito municipal e condenar a prefeitura municipal ao ressarcimento do débito com os acréscimos legais pertinentes. O Plenário deliberou, à unanimidade, nos termos do voto do relator. Acórdão TC-818/2017-Plenário, TC-3218/2012, relator conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, publicado em 04/09/2017.

OUTROS TRIBUNAIS

4. STF - Fundef e fórmula de cálculo

O valor da complementação da União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) deve ser calculado com base no valor mínimo nacional por aluno extraído da média nacional. A complementação ao Fundef realizada a partir do valor mínimo anual por aluno fixada em desacordo com a média nacional impõe à União o dever de suplementação de recursos, mantida a vinculação constitucional a ações de desenvolvimento e manutenção do ensino. Com base nesses entendimentos, o Plenário, em apreciação conjunta e por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados em ações cíveis originárias para condenar a União ao pagamento indenizatório da diferença entre os valores de complementação devidos, orçados com fundamento no Decreto 2.264/1997, e na fórmula de cálculo apresentada com base no valor mínimo nacional por aluno extraído da média nacional, durante os exercícios financeiros de 1998 a 2007. No caso, a controvérsia limitou-se ao período de existência do Fundef, criado pela Emenda Constitucional 14/1996 e extinto pela Emenda Constitucional 53/2006. Questionou-se a metodologia adotada pela União para calcular o valor mínimo anual por aluno, estabelecido no § 3º do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com a redação dada pela Emenda Constitucional 14/1996. Nos termos das normas de regência, a União estava obrigada a complementar os recursos do Fundef sempre que, no âmbito de cada Estado-Membro e do Distrito Federal, a quantia por aluno fosse inferior ao valor mínimo de referência. O legislador ordinário regulamentou a matéria por meio do art. 6º, § 1º da Lei 9.424/1996. Arguiu-se que o legislador ordinário utilizou o termo

“Fundo” no singular e referiu-se à receita e à matrícula total, de modo que o cálculo do valor mínimo anual por aluno deveria estar embasado em valores tomados em âmbito nacional. A União sustentou não haver fundo único de âmbito nacional que pudesse respaldar o cálculo defendido pelo Estado. O Tribunal afirmou que o Fundef tem função distributiva. Por isso, a complementação estabelecida para a União, a partir do art. 60 do ADCT, ao impor a ela a obrigação de complementar o valor por aluno que não alcançar o mínimo definido nacionalmente, não estabelece uma discricionariedade. A União não pode eleger a base de cálculo formada pelos elementos de índole estadual, porque isso significa ofender a função redistributiva do Fundef. Além disso, a Corte considerou ilegal o Decreto 2.264/1997 (3), que extravasou a delegação do § 1º, do art. 6º, da Lei 9.424/1996 e subverteu a lógica federativa e solidária da norma. Sendo assim, entendeu pertinente o pleito de recálculo do valor mínimo nacional por aluno. Vencidos os ministros Marco Aurélio (relator) e Luiz Fux, que julgaram improcedentes os pedidos. Pontuaram que o dispositivo legal deve ser interpretado à luz dos parágrafos do art. 60 do ADCT, na redação dada pela Emenda Constitucional 14/1996. O § 1º desse artigo determinava a criação de fundos de natureza contábil separadamente no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal. A legislação ordinária, ao materializar o comando do texto constitucional, não poderia contrariá-lo, referindo-se a fundo de âmbito nacional que inexistente. Enfatizaram que é pertinente a óptica veiculada pela União, segundo a qual o art. 6º, § 1º, da Lei 9.494/1996, ao empregar o termo “Fundo”, somente poderia versar aquele criado no âmbito de cada Estado-Membro e do Distrito Federal. Por fim, o Tribunal, também por decisão majoritária, deliberou delegar aos ministros a faculdade de decidir monocraticamente as demais ações cíveis originárias que tratem da mesma matéria. Vencido, no ponto, o ministro Marco Aurélio.

ACO 648/BA, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 6.9.2017. (ACO-648), ACO 660/AM, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 6.9.2017. (ACO-660), ACO 669/SE, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 6.9.2017. (ACO-669), ACO 700/RN, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 6.9.2017. (ACO-700) [Informativo STF nº 876](#).

5. TCU - É indevida a utilização de ata de registro de preços por quaisquer interessados – incluindo o próprio gerenciador, os órgãos participantes e eventuais caronas, caso tenha sido prevista a adesão para órgãos não participantes – para aquisição separada de itens de objeto adjudicado por preço global de lote ou grupo para os quais o fornecedor convocado para assinar a ata não tenha apresentado o menor preço na licitação.

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit/Sede) relacionadas ao Pregão Eletrônico 448/2016, que objetivava o registro de preços para aquisição de mobiliário, incluindo fornecimento, montagem e instalação. O objeto do certame fora dividido em dois grupos, sendo o primeiro composto de mesas, armários, divisórias e outros, ao passo que o segundo fora constituído de cadeiras, poltronas e sofás. Entre as irregularidades apontadas, estava a “*permissão de adesão à ata para aquisição de itens, isoladamente, por outros órgãos não participantes*”. Em seu voto, o relator ressaltou que o agrupamento de itens em lotes frequentemente resulta na adjudicação de diversos produtos por valores superiores aos que teriam sido obtidos caso os mesmos itens fossem licitados separadamente. Para o relator, o critério do menor preço por lote com itens agrupados geralmente acarreta o descarte de lances

individuais mais vantajosos para a Administração. A corroborar seu entendimento, o relator trouxe à colação excertos da proposta de deliberação que fundamentou o [Acórdão 2977/2012 Plenário](#), nos seguintes termos: *“A adjudicação por grupo, em licitação para registro de preços, sem robustas, fundadas e demonstradas razões (fáticas e argumentativas) que a sustente, revela-se sem sentido quando se atenta para o evidente fato de que a Administração não está obrigada a contratar a composição do grupo a cada contrato, podendo adquirir isoladamente cada item, no momento e na quantidade que desejar. Essa modelagem torna-se potencialmente mais danosa ao erário na medida em que diversos outros órgãos e entidade podem aderir a uma ata cujos preços não refletem os menores preços obtidos na disputa por item. Em registro de preços, a realização de licitação utilizando-se como critério de julgamento o menor preço global por grupo/ lote leva, vis à vis a adjudicação por item, a flagrantes contratações antieconômicas e dano ao erário, potencializado pelas possibilidades de adesões, uma vez que, como reiteradamente se observa, itens são ofertados pelo vencedor do grupo a preços superiores aos propostos por outros competidores.”*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu considerar parcialmente procedente a representação, sem prejuízo de determinar ao Dnit/Sede que se abstenha de “autorizar a utilização da ata de registro de preços por quaisquer interessados (incluindo o próprio órgão gerenciador, os órgãos participantes e eventuais caronas - caso tenha sido prevista a adesão para órgãos não participantes) para aquisição separada de itens de objeto adjudicado por preço global de lote/grupo para os quais o fornecedor convocado para assinar a ata não tenha apresentado o menor preço no pregão eletrônico SRP 448/2016”. Acórdão 1893/2017-Plenário, Representação, Relator Ministro Bruno Dantas. [Informativo de Licitações e Contratos nº 330](#).

6. TCU - A inclusão de cláusula de antecipação de pagamento fundamentada no art. 40, inciso XIV, alínea d, da Lei 8.666/1993 deve ser precedida de estudos que comprovem sua real necessidade e economicidade para a Administração Pública.

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (TRT/5ª Região) relacionadas à contratação de empresa, por inexigibilidade de licitação, para adequação e atualização dos projetos da nova sede daquela Corte Trabalhista na cidade de Salvador/BA. Entre as irregularidades apontadas, estava a realização de pagamento antecipado – com base no art. 40, incisos XIII e XIV, da Lei 8.666/1993 – à contratada sem que houvesse estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida. Em sede de audiência, a Desembargadora Presidente do TRT/5ª Região alegou que, embora constasse no contrato cláusula alusiva ao pagamento de 10% do valor total contratado a título de assinatura, o referido pagamento se justificara como mobilização de equipe de trabalho. Alegou também que essa mobilização fora atestada pela Coordenadoria de Projetos Especiais, a qual teria também confirmado a entrega de um *“conjunto de desenhos editáveis no padrão DWG”*. Na sequência, teria sido elaborado parecer técnico pelo Diretor da Coordenadoria de Projetos Especiais, dele se extraíndo que o item mobilização teria como objetivo custear, inicialmente, os deslocamentos de pessoal técnico e equipamentos da contratada, bem como hospedagem e alimentação dos referidos profissionais, os quais já estariam realizando serviços de levantamento cadastral, além de já terem sido entregues *“704 arquivos de pranchas em CAD (editáveis)”*, necessários para o início dos trabalhos. Concluiu que o pagamento em questão teria ocorrido em um ambiente de total transparência, razão pela qual não haveria procedência na

alegação contida na representação de que houve a liquidação de 10% do contrato imediatamente após sua assinatura e sem comprovação da prestação de serviços. Em seu voto, o relator ponderou não restar demonstrado que a cláusula de antecipação de pagamento fora precedida de estudo fundamentado que comprovasse sua real necessidade e economicidade, mesmo que a título de mobilização em um contrato de prestação de serviços técnicos de arquitetura, no qual não há a mobilização de grandes equipamentos, como em um contrato de obra. Para o relator, no entanto, o fato de o pagamento inicial *“ter seguido todas as instâncias decisórias”* pesava em favor da inexigibilidade de conduta diversa por parte da Desembargadora Presidente do TRT/5ª Região, que, *“diante de uma ampla gama de pareceres atestando que havia a contraprestação de um serviço, ainda, de forma diligente, encaminhou a documentação para o setor de contabilidade atestar sua veracidade”*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu considerar parcialmente procedente a representação, sem prejuízo de dar ciência ao TRT/5ª Região de que a inclusão de cláusula de antecipação de pagamento fundamentada no art. 40, inciso XIV, alínea d, da Lei 8.666/1993, deve ser precedida de estudos fundamentados que comprovem sua real necessidade e economicidade para a Administração Pública. Acórdão 1826/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo. [Informativo de Licitações e Contratos nº 330](#).