

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, 13 a 24 de novembro de 2017

n. 70



◆ NÚCLEO DE
JURISPRUDÊNCIA ◆
SÚMULA

SUMÁRIO

PLENÁRIO

1. **Finanças públicas. Parecer em Consulta TC nº 018/2017-Plenário**, acerca da não incidência dos recursos da Cosip na base de cálculo do duodécimo repassado pelo executivo ao legislativo municipal.
2. **Servidores públicos. Prejulgado nº 023** - Negada aplicabilidade a dispositivo de lei municipal que estabeleceu pagamento de gratificação a cargos comissionados enquadrados em regime de tempo integral sem previsão de critérios razoáveis para concessão.
3. **Licitações. Prejulgado nº 024** - Negada exequibilidade a dispositivo de lei municipal que estabeleceu tratamento diferenciado a licitante enquadrado como ME e EPP localizado na sede do ente contratante.
4. **Previdência**. Ao realizar transação financeira com recursos previdenciários, os responsáveis pela gestão de RPPS devem obedecer rigorosamente aos critérios de segurança previstos na legislação pertinente, sob pena de responsabilidade por eventual dano ao erário decorrente de aplicação irregular.
5. **Previdência**. Para que o RPPS aplique recursos previdenciários em instituição financeira, esta deverá ser previamente credenciada, assegurando, assim, as condições de segurança, rentabilidade, solvência e liquidez.
6. **Administração pública**. É irregular a terceirização de serviços públicos essenciais e típicos da administração pública para atendimento a excesso de demanda permanente, propiciado pela falta de planejamento e de eficiência da própria gestão.
7. **Processual**. O esgotamento dos efeitos de lei orçamentária impede a apreciação de incidente de inconstitucionalidade suscitado perante o TCE.

8. **Processual**. O anonimato, por si só, não é motivo para não se conhecer de denúncia apresentada ao TCE.
9. **Administração pública**. Na celebração de contrato de gestão para transferência do gerenciamento de serviços de saúde a organização social pelo Estado, não compete ao Conselho Estadual de Saúde aprovar o modelo de gestão previamente a sua implantação nas unidades hospitalares.
10. **Administração pública**. Ao optar pela transferência do gerenciamento de serviços de saúde a organização social por meio de contrato de gestão, a administração pública deve elaborar estudo técnico detalhado que fundamente a conclusão pelo modelo adotado, contemplando a avaliação dos custos do serviço e o ganho de eficiência esperado.

OUTROS TRIBUNAIS

11. **TCU** - Em contratações de serviços de software, não há amparo legal para a exigência de certificado de qualidade de processo de software, a exemplo de CMMi ou MPS.BR, como requisito de habilitação no certame licitatório.
12. **TCU** - Taxa de BDI com percentual acima do limite referencial não representa, por si só, superfaturamento, desde que o preço contratado, ou seja, custo mais BDI, esteja compatível com o preço de mercado.
13. **TCU** - Não há vedação à participação do autor do projeto básico em certame licitatório para a elaboração do projeto executivo ou para a assessoria técnica dos projetos durante a construção da obra. A proibição incide sobre a participação do autor do projeto básico ou executivo na licitação para a contratação da obra, serviço ou fornecimento deles decorrentes, nos termos do art. 9º, inciso I, da Lei 8.666/1993.
14. **STF** - Contrato de concessão: advento da Lei 12.783/2013 e prorrogação.

PLENÁRIO

1. Parecer em Consulta TC 018/2017, acerca da não incidência dos recursos da Cosip na base de cálculo do duodécimo repassado pelo Executivo ao Legislativo municipal.

O Vereador do Município de Cachoeiro de Itapemirim formulou consulta a este Tribunal com o seguinte questionamento: “*Cosip - contribuição para custeio da iluminação pública. A referida contribuição compõe a base de cálculo do repasse realizado pelo Executivo ao legislativo Municipal?*”. O Plenário, à unanimidade, preliminarmente, conheceu da Consulta e, no mérito, a respondeu nos seguintes termos:

- *As receitas tributárias, referidas no art. 29-A, da Constituição Federal, são as receitas provenientes de impostos, taxas e contribuições de melhoria, nos termos preconizados no art. 5º do CTN, c/c art. 11 da Lei 4.320/64, excluindo, portanto, a receita da Cosip, ressaltando que a base de cálculos para fins de limite de despesa do legislativo é composta tão somente pelas receitas expressamente contidas no art. 29-A da CF, devendo este entendimento ser aplicado a partir de 2019.*

[Parecer em Consulta TC-018/2017-Plenário](#), TC 6692/2015, relator conselheiro Domingos Augusto Taufner, publicado em 13/11/2017.

2. Prejulgado nº 023 - Negada aplicabilidade a dispositivo de lei municipal que estabeleceu pagamento de gratificação a cargos comissionados enquadrados em regime de tempo integral sem previsão de critérios razoáveis para concessão.

Trata-se de prejulgado decorrente do Acórdão TC-701/2017-Plenário. No caso em comento, que tratou de Tomada de Contas Especial, convertida de Representação em face do Município de

Rio Bananal, foi suscitada a inconstitucionalidade da disposição constante do artigo 2º da Lei Municipal 382/1992, que estabeleceu o pagamento de gratificação aos ocupantes de cargo comissionado, enquadrados no regime de tempo integral, de até 80% do valor respectivo ao cargo. O relator manifestou-se no seguinte sentido: “*Na perspectiva da impessoalidade, é acertado o posicionamento do representante no sentido de que o mero estabelecimento de alíquota máxima para a concessão de gratificação aos ocupantes de cargos em comissão fatalmente viabiliza a concessão de gratificações com valores distintos para servidores que desempenhem funções assemelhadas*”. Observou ainda que “*a situação criada pelo dispositivo legal em questão também oportuniza a concessão de gratificações que, eventualmente, podem quase que dobrar a remuneração de determinado servidor municipal, sem que haja qualquer critério preestabelecido para regular e justificar a concessão de gratificações com uma porcentagem mais alta para um servidor e não para outro, principalmente nos casos em que há o exercício de funções semelhantes ou idênticas por diferentes servidores*”. E continuou: “*Afora isso, nota-se que a violação ao princípio da razoabilidade, porquanto não é possível identificar nenhuma relação de equivalência entre a gratificação prevista em lei e o critério estabelecido para a sua concessão e posterior concretização na remuneração de cada servidor municipal potencialmente apto a recebê-lo. Em outras palavras, pode-se afirmar que não há uma harmonização entre o direito previsto em lei e a motivação fática voltada à justificação da concessão da gratificação para um ou outro servidor municipal*”. Desse modo, relator destacou, ainda, “*a transgressão ao princípio da moralidade administrativa, haja vista que a concessão da gratificação nos moldes estabelecidos no referido dispositivo legal não atende aos padrões éticos que possam assegurar a boa*

administração e a disciplina interna na seara administrativa da Prefeitura de Rio Bananal”. Destarte, concluiu estar evidenciada a violação dos princípios insculpidos no art. 37, caput, da CRFB, de modo que deva ser negada aplicabilidade ao referido dispositivo legal. O Plenário, à unanimidade, decidiu conforme proposto pelo relator, formando-se o [Prejulgado nº 023/2017](#). Acórdão TC 701/2017-Plenário, TC 11066/2014, relator Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, publicados em 14/08/2017 e 20/11/2017, respectivamente

3. Prejulgado nº 024 - Negada exequibilidade a dispositivo de lei municipal que estabeleceu tratamento diferenciado a licitante enquadrado como ME e EPP localizado na sede do ente contratante.

Trata-se de prejulgado decorrente do Acórdão TC-1051/2017-Plenário. No caso concreto, que tratou de representação informando a existência de irregularidades no Pregão Eletrônico 34/2016 da Prefeitura Municipal de Vitória, foi suscitada a inconstitucionalidade do artigo 22 da lei municipal nº 7.797/2009, que estabeleceu preferência a licitantes enquadradas na condição de microempresas - ME e empresas de pequeno porte - EPP localizadas na sede do ente contratante. O representante informou que o referido edital destinou participação exclusiva às ME e EPP sediadas no município de Vitória, o que restringiu a competitividade do certame. Sobre o caso em comento, o relator concluiu: *“O cerne da questão aqui discutida, entretanto, é que a Lei Municipal 7.797/2009, assim o fez, entrando em conflito com dispositivos constitucionais, em especial, o artigo 19, III e artigo 37, XXI da Constituição Federal, este último proclamando que ‘ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições*

a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei”. Colacionou ainda o seguinte entendimento técnico: *“Em suma, não obstante previsto na Constituição Federal benefícios às ME e EPP, em momento nenhum se abre a possibilidade de se estabelecer qualquer distinção entre empresas pela sua procedência dentro do território nacional, de modo que uma norma como a do artigo 22 da Lei 7.797/2009, por impedir a participação de empresas sediadas em outras localidades, que não o Município de Vitória, constitui medida por demais radical, por alijar do certame licitatório empresas tão carecedoras de tratamento diferenciado como as sediadas em Vitória, reduzindo de forma considerável o universo de competidores no certame”*. Nesse sentido, o relator votou por acolher o incidente de inconstitucionalidade proposto, o submetendo ao Plenário para pronunciamento, proponho negar exequibilidade ao art. 22 da Lei Municipal nº 7.797/2009. O Plenário, à unanimidade, acompanhou o entendimento do relator, formando-se o [Prejulgado nº 024/2017](#). Acórdão TC-1051/2017-Plenário, TC 1669/2016, relator Conselheiro em substituição João Luiz Cotta Lovatti, publicados em 06/11/2017 e 20/11/2017, respectivamente.

4. Ao realizar transação financeira com recursos previdenciários, os responsáveis pela gestão do RPPS devem obedecer rigorosamente aos critérios de segurança previstos na legislação pertinente, sob pena de responsabilidade por eventual dano ao erário decorrente de aplicação irregular.

Trata-se de indicativo de irregularidade verificado no IPS - Instituto de Previdência dos Servidores do Município da Serra/ES, referente ao exercício de 2012, em representação ofertada pelo Ministério Público Especial de Contas, que apontou possíveis inconsistências na aplicação financeira de recursos vinculados ao RPPS – Regime

Próprio de Previdência Social, administrado pelo IPS. Em manifestação, o relator observou, a princípio, que os recursos dos RPPS devem ser aplicados em conformidade ao que dispõe a legislação previdenciária. Nesse sentido, destacou que se faz necessário que os responsáveis, antes de efetuar a aplicação financeira, investiguem o risco da aplicação escolhida, sendo imprescindível conhecer as características do investimento, o quanto de risco está disposto a assumir. O relator ainda ressaltou a ausência de solidez da instituição financeira escolhida no caso em análise, observando que *“foram retirados recursos vinculados ao RPPS em instituição financeira com notável solidez financeira para aplicar em outra instituição que já apresentava sinais de insolvência financeira. O que poderia ser feita em uma simples pesquisa no site da CVM que tem informações para qualquer cidadão investidor”*. Nesse sentido, pontuou: *“É imperioso frisar que para realizar aplicações dos recursos vinculados ao RPPS, os responsáveis precisam observar com cautela, de forma minuciosa, as condições de segurança, rentabilidade, solvência, liquidez e transparência do fundo que será aplicado os recursos vinculados ao RPPS”*. O relator verificou também que não foram elaborados estudos que demonstrasse as vantagens, desvantagens, riscos, solidez e transparência do fundo onde foram aplicados os recursos. Ressaltou ainda que a transação financeira ocorreu sem a Declaração de Investidor Qualificado, afrontando diretamente o que preceitua os artigos 108 e 109 da Instrução CVM nº 409/2004, sem a qual ela jamais poderia ter sido efetivada. Concluiu seu entendimento pela procedência da representação, verificando que o prejuízo causado à coletividade se mostrou extremamente grave, uma vez que os responsáveis autorizaram transação financeira com os recursos vinculados ao RPPS sem obedecer à legislação e às normas legais, opinando pelo ressarcimento aos cofres do instituto de previdência dos valores referentes à perda

provocada pelo investimento no fundo e também de lucros cessantes. O Plenário deliberou, à unanimidade, nos termos do voto do relator, por converter os autos em Todas de Contas Especial, rejeitar as alegações de justificativas, condenando os responsáveis em ressarcimento de 3.901.460,95 VRTE, aplicando-lhes multa proporcional ao dano e, ainda, dada a gravidade da infração, aplicando pena de inabilitação para exercício de cargo em comissão e função de confiança pelo prazo de 05 anos. Acórdão TC-1122/2017-Plenário, TC-930/2013, relator conselheiro Domingos Augusto Taufner, publicado em 13/11/2017.

5. Para que o RPPS aplique recursos previdenciários em instituição financeira, esta deverá ser previamente credenciada, assegurando, assim, as condições de segurança, rentabilidade, solvência e liquidez.

Trata-se, também, de indicativo de irregularidade verificado no IPS - Instituto de Previdência dos Servidores do Município da Serra/ES, exercício de 2012, em representação ofertada pelo Ministério Público Especial de Contas, que apontou possíveis inconsistências na aplicação financeira de recursos vinculados ao RPPS - Regime Próprio de Previdência Social, administrado pelo IPS. Segundo a representação, o IPS contratou de forma direta empresa para atuar na prestação de serviços de aplicações financeiras, deixando de observar o devido processo legal e as regras estabelecidas na Lei n.º 8.666/93. O relator corroborou entendimento técnico de que a contratação foi realizada desprovida de credenciamento da instituição financeira, ressaltando que *“o credenciamento é mais eficaz quanto ao processo licitatório, quando se trata de gestão de recursos financeiros e previdenciários, tendo em vista o que preceitua o art. 3º da Portaria nº 519 do Ministério da Previdência Social que exige que a entidade seja autorizada e credenciada”*. Pontuou que, nos termos da referida portaria, para que uma

instituição receba aplicações dos recursos de regimes próprios de previdência social, ela deverá ser credenciada, assegurando, assim, as condições de segurança, rentabilidade, solvência e liquidez da instituição, previstas na Resolução do Conselho Monetário Nacional - CMN nº 3.922, de 2010. Segundo o relator, no caso em exame, restou evidenciado que a aplicação financeira com os recursos vinculados ao RPPS do IPS foi realizada desprovida de credenciamento da instituição financeira, vez que no momento da aplicação não foi aferido se a instituição era considerada apta ou não para receber os recursos. Assim, concluiu estar *“demonstrado que os Responsáveis não agiram de forma adequada, eficiente e transparente a evitar o risco de uma aplicação financeira temerária com valores oriundos do erário público”*. O Plenário deliberou, à unanimidade, nos termos do voto do relator. Acórdão TC-1122/2017-Plenário, TC-930/2013, relator conselheiro Domingos Augusto Taufner, publicado em 13/11/2017.

6. É irregular a terceirização de serviços públicos essenciais e típicos da administração pública para atendimento a excesso de demanda permanente, propiciado pela falta de planejamento e de eficiência da própria gestão.

Versam os autos sobre auditoria ordinária realizada na Prefeitura Municipal da Serra, referente ao exercício de 2013. Dentre os achados de auditoria, constou irregularidade na terceirização de serviços de fisioterapia. Sobre o tema, o relator observou que *“é pacífica a jurisprudência no sentido de que a legalidade da terceirização de serviços públicos essenciais e típicos da Administração Pública depende do preenchimento de determinados e específicos requisitos”*. Assim, colacionou os referidos requisitos conforme exposto: *“1) as atividades terceirizadas não estejam entre as atribuições de servidores*

públicos e 2) a terceirização seja excepcional, para situações específicas, devidamente justificadas, de natureza não continuada, com características singulares e complexas, que não possam ser atendidas por profissionais do próprio quadro do contratante; 3) a terceirização se destine a atender demandas que ultrapassem a capacidade do próprio quadro e que sejam, concomitantemente, específicas e de natureza não continuada”. No caso em tela, a área técnica destacou ser *“nítido que os Responsáveis contribuíram para a necessidade dessa contratação temporária”*, observando que *“faltou planejamento e eficiência aos Responsáveis que, desde o início da nova gestão, em 02/01/2013, deveriam ter nomeado os candidatos aprovados e que formavam o cadastro de reserva do concurso público de 2012”*. Observou ainda que o contrato da terceirização celebrado já deixava claro que não era intenção da Administração Municipal realizar concurso público para prestar diretamente os serviços de fisioterapia, pois a cláusula 5.1 já previa a possibilidade de prorrogação, por até 05 anos, na forma do artigo 57 da Lei 8.666/93. De acordo com o entendimento técnico colacionado, o relator concluiu pela procedência da representação e pela manutenção da irregularidade. O Plenário, à unanimidade, deliberou nos termos propostos pelo conselheiro relator. Acórdão TC-1095/2017-Plenário, TC 1865/2014, relator conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, publicado em 20/11/2017.

7. O exaurimento dos efeitos de lei orçamentária impede a apreciação de incidente de inconstitucionalidade suscitado perante o TCE.

Cuidam os autos da Prestação de Contas Anual Prefeitura Municipal de Ibitirama, referentes ao exercício financeiro de 2012. Da análise constatou-se indicativo de irregularidade referente à abertura de créditos adicionais suplementares ilimitados, cuja

fundamentação não encontrava consonância com o estabelecido na Carta Magna. A área técnica suscitou o incidente de inconstitucionalidade no sentido de que fosse negada exequibilidade ao art. 5º da Lei Municipal de Ibitirama nº 719/2010. O relator, divergindo do posicionamento técnico e ministerial, no tocante ao incidente de inconstitucionalidade da Lei Orçamentária Anual do Município de Ibitirama, entendeu que *“os efeitos da lei orçamentária foram exauridos com o fim da vigência da LOA, com a aplicação de tal dispositivo legal até 31/12/2012”*. E registrou precedente desta Corte que adotou entendimento no mesmo sentido, consubstanciado no Acórdão TC-817/2017-Plenário. O Plenário, por maioria, acolheu a prejudicialidade do processamento do incidente de inconstitucionalidade suscitado, nos termos do voto vogal do conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, encampado pelo relator, conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges. Acórdão TC-1094/2017-Plenário, TC 3070/2013, relator conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, publicado em 20/11/2017.

8. O anonimato, por si só, não é motivo para não se conhecer de denúncia apresentada ao TCE.

Trata-se de denúncia anônima noticiando supostas irregularidades ocorridas na Prefeitura Municipal de Aracruz. Sobre o não conhecimento da denúncia, liminarmente, devido ao anonimato, o Ministério Público de Contas se manifestou no seguinte sentido: *“Frise-se que a ausência de identificação do denunciante, por si só, apesar da previsão do inciso IV do art. 94 da LC n. 621/2012, não geraria, automaticamente, o não conhecimento da denúncia. Isso porque o Tribunal de Contas tem, inexoravelmente, o dever de apurar e, constatada violação às normas de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e, haja ou não dano ao erário Municipal ou Estadual, punir qualquer agente seu*

ou particular, aplicando-lhes as sanções legalmente previstas, consoante artigos 70 e 71 da Constituição do Estado do Espírito Santo”. Nesse sentido, observou: *“Diante do poder-dever conferido no art. 1º, incisos I e IX, da LC n. 621/2012, em sede da máxima do in dubio pro societate, deve essa Corte de Contas verificar a existência de mínimos critérios de plausibilidade”*. O Parquet de Contas registrou ainda que: *“Se essa investigação confirmar ao menos a plausibilidade, ainda que por meio de indícios, do objeto da denúncia anônima, convalidando-a, ela passa a suprir a lacuna do anonimato, devendo, portanto, esse Tribunal adotar as medidas que estejam na sua competência de forma a salvaguardar o erário, não em virtude da denúncia, conforme demonstrado, mas no exercício regular do poder-dever constitucional que lhe foi deferido”*. Nesta inteligência, observou-se ainda que, pelos documentos que constavam os autos, a situação fática indicava o atendimento aos demais requisitos de admissibilidade da denúncia. O relator, por sua vez, ratificou integralmente o posicionamento ministerial, reconhecendo ainda a existência de fortes indícios de dano ao erário decorrente do caso concreto em questão. Assim, o relator complementou: *“Há ainda situações de violação de princípios regedores da administração pública, como a legalidade, moralidade e impessoalidade, resultantes dos atos aqui narrados. Tem-se em tela, então, questão de ordem pública que ultrapassa os limites do formalismo processual, até porque no processo administrativo se busca a verdade real e o dever do Tribunal de Contas de apurar ilegalidades e dano ao erário é indisponível”*. Em sessão Plenária, decidiu-se por, preliminarmente, conhecer da denúncia em razão da prevalência do dever deste Tribunal de Contas de apurar irregularidades e dano ao erário que chegue ao seu conhecimento. Acórdão TC-1168/2017-Plenário, TC 952/2017, relator conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 13/11/2017.

9. Na celebração de contrato de gestão para transferência do gerenciamento de serviços de saúde a organização social pelo Estado, não compete ao Conselho Estadual de Saúde aprovar o modelo de gestão previamente a sua implantação nas unidades hospitalares.

Trata-se de representação em face Contrato de Gestão 001/2012, celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde - SESA e a organização social Associação Evangélica Beneficente Espírito Santo - AEBES, visando à operacionalização da gestão e à execução de atividades e serviços de saúde no Hospital Estadual Dr. Jayme Santos Neves - HEJSN. A área técnica sustentou ter ocorrido alijamento ilegal do Conselho Estadual de Saúde - CES durante o processo de terceirização da gestão hospitalar do HEJSN, entendendo, em sede de análise técnica conclusiva, que *“seria obrigatória a participação do Conselho Estadual de Saúde nas decisões relativas às políticas públicas e suas decisões vinculariam a Administração, não sendo meramente opinativas, por se tratar de um órgão deliberativo”*. O relator, divergindo do entendimento técnico, primeiramente informou que os artigos 12 e 13 da Lei Estadual 4.317/1990 – citados para embasar o entendimento técnico – foram revogados em dezembro de 2004, quando adveio a Lei Estadual 7.964, que definiu o conselho como *“um órgão permanente e deliberativo que atua ‘na formulação de estratégias e no controle da execução’ da política de saúde, inclusive quanto aos aspectos econômicos e financeiros”*. Sendo assim, assentou que *“o caráter deliberativo do Conselho atém-se à sua alçada de competências que, de modo geral, alinha-se com a formulação de estratégias e o controle da execução das políticas de saúde”*. Diante das atribuições do CES esmiuçadas pelo artigo 5º da referida lei estadual, o relator concluiu que não compete ao colegiado aprovar o modelo de gestão antes de sua implantação nas unidades hospitalares, sob pena de haver ingerência em

outras instâncias, cujas atribuições igualmente se encontram traçadas em lei e que, como o CES, integram o sistema estadual de saúde. O Plenário, por todo o exposto, entendeu pelo afastamento da irregularidade, nos termos do voto do conselheiro relator. Acórdão TC-1214/2017-Plenário, TC 2.299/2013, relator Conselheiro Rodrigo Flávio Farias Chamoun, publicado em 20/11/2017.

10. Ao optar pela transferência do gerenciamento de serviços de saúde a organização social por meio de contrato de gestão, a administração pública deve elaborar estudo técnico detalhado que fundamente a conclusão pelo modelo adotado, contemplando a avaliação dos custos do serviço e o ganho de eficiência esperado.

Trata-se, ainda, da representação, em face Contrato de Gestão 001/2012, celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde - SESA e a organização social Associação Evangélica Beneficente Espírito Santo - AEBES, que teve por objetivo a operacionalização da gestão e a execução de atividades e serviços de saúde no Hospital Estadual Dr. Jayme Santos Neves - HEJSN. A área técnica relatou, a princípio, que a decisão que ratificou a escolha do modelo de gestão do HEJSN por OS - baseada, sobretudo, na alegação de êxito do modelo adotado em outros Estados federativos - não teve suporte em estudo técnico ou dados concretos, indicando inclusive incongruências pertinentes aos custos adotados. Após apresentação de justificativas dos responsáveis, a área técnica, em sede de análise conclusiva, reconheceu que *“os agentes conseguiram demonstrar os estudos técnicos em que se basearam para afirmar que o modelo de gestão hospitalar por OS encontrava êxito em outros locais e as referências bibliográficas utilizadas, sanando a insuficiência de documentos verificada por ocasião da primeira instrução processual e indicando que houve subsídios*

técnicos a suportar a opção”, propondo a exclusão do indício de irregularidade e a expedição de recomendação. O relator, embora tenha concordado com a solução derradeira adotada pela área técnica, considerando a existência de dúvida plausível, ressaltou que “a questão não se resume à ausência de estudo técnico que corroborasse a alegação de sucesso utilizada para motivar a adoção do modelo de gestão hospitalar por OS”. Nesse sentido, asseverou que “faltaram elementos e dados concretos para subsidiar a escolha do gestor”, e discorreu sobre o tema no seguinte sentido: “Muito se fala sobre a gestão por organizações sociais como garantia de eficiência frente à administração pública. Ocorre que o mero reconhecimento da legalidade do modelo ou a alegação de ineficiência do Estado, assim como a remissão à doutrina e a estudos genéricos não autorizam, por si só, seu uso irrestrito, nem desoneram os agentes públicos de demonstrarem a dita eficiência diante do caso concreto específico”. Em consonância com o princípio da eficiência, o relator consignou: “É importante que sejam apurados e trazidos à tona fatores como produtividade, economicidade, qualidade, celeridade, presteza, desburocratização e flexibilidade, a fim de que sejam sopesados e concretamente considerados na escolha do gestor”. Ao assim proceder, a administração pública conhecerá o custo-benefício social de cada modelo e aferirá a utilidade de cada qual, com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos. Entretanto, no presente caso, sustentou estar inequivocamente demonstrado que o Estado do Espírito Santo sequer tinha conhecimento dos custos envolvidos no sistema de saúde estadual, razão pela qual a estimativa promovida pela consultoria contratada pautou-se na experiência paulista. Dessa forma, o relator valeu-se da Recomendação 30/2016, expedida pelo Ministério Público Estadual, para recomendar à Sesa que, “em futuras transferências do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais,

elabore e faça constar dos respectivos processos administrativos: estudo detalhado que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção e a avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, além de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução do contrato de gestão, demonstrando-se de maneira inequívoca, por meio de decisão solidamente fundamentada, a complementariedade, os motivos do repasse da gestão, as vantagens de economicidade ou produtividade na adoção do modelo de gestão por organização, em vez de fomentar a atividade pública por ação governamental, com apresentação de documentação que demonstre e comprove a opção realizada”. O Plenário deliberou, à unanimidade, nos termos do voto do relator, por acolher as justificativas prestadas e expedir recomendação à Secretaria de Estado da Saúde. Acórdão TC-1214/2017-Plenário, TC 2.299/2013, relator Conselheiro Rodrigo Flávio Farias Chamoun, publicado em 20/11/2017.

OUTROS TRIBUNAIS

11. TCU - Em contratações de serviços de software, não há amparo legal para a exigência de certificado de qualidade de processo de software, a exemplo de CMMi ou MPS.BR, como requisito de habilitação no certame licitatório.

Representação formulada por sociedade empresária questionou a sua exclusão da fase de habilitação de pregão eletrônico promovido pela Caixa Econômica Federal (Caixa) para a contratação de serviços de fábrica de software. O motivo para a

desqualificação da empresa fora a não apresentação de certificação CMMi, com o nível 3 ou superior, ou, alternativamente, MPS.BR, de nível C ou superior. A representante argumentou que esse tipo de exigência, na fase de habilitação, fere a Lei 8.666/1993 por não ser condição prevista no rol taxativo do art. 30. No seu voto, o relator destacou posicionamento da unidade técnica no sentido de que o TCU permite *“a exigência de certificação de qualidade em licitações para a contratação na modalidade fábrica de software desde que: (i) devidamente comprovada sua necessidade em face da complexidade dos serviços; e (ii) compatível com a própria maturidade do órgão contratante em avaliar, técnica e qualitativamente, os artefatos e produtos gerados pela contratada”*. Em reforço a esse posicionamento, o relator assinalou que *“várias decisões do TCU têm admitido que os órgãos condicionem a prestação de determinados serviços de TI à comprovação de atendimento a um padrão de eficiência de processo de software mínimo na fase de execução do contrato, mas não chegam a admitir como regular a exigência das respectivas certificações como requisito para a habilitação em licitação”*. Ressaltou que a unidade do Tribunal especializada em TI elaborou a Nota Técnica 5/2010, cujo teor compilado sobre o assunto dispõe: *“É vedada a exigência de avaliação (ou ‘certificado’) de qualidade de processo de software, a exemplo de CMMi ou MPS.BR, como requisito para habilitação em licitação, por ausência de previsão legal, por implicar em despesas anteriores à contratação e desnecessárias à competição e por ferir a isonomia, restringindo injustificadamente a competição.”* Mencionando acórdãos do Plenário que apontam no mesmo sentido, mas ressalvando que esse entendimento merece ser revisto e aprimorado, o relator concluiu que, no caso examinado, não havia como admitir a regularidade da exigência feita pela Caixa. Desse modo, considerando a natureza estratégica

dos serviços licitados e que houve nível adequado de competição, o relator ponderou que a única limitação imposta pela adoção do critério irregular de habilitação foi a exclusão da representante, razão pela qual sugeriu, e o Colegiado acatou: i) assinar prazo de quinze dias para que a Caixa adote as providências visando à anulação do ato que inabilitou a proposta da representante, bem como dos atos subsequentes, reiniciando o processo licitatório ao momento de análise da mencionada proposta; ii) dar ciência à Caixa *“de que a exigência de certificados de qualidade de processo de software (CMMI, MPS.BR etc.) para fins de habilitação contraria o art. 30 da Lei 8.666/1993 e a jurisprudência do TCU”*. Acórdão 2468/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro José Múcio Monteiro. [Informativo de Licitações e Contratos nº 335](#).

12. TCU - Taxa de BDI com percentual acima do limite referencial não representa, por si só, superfaturamento, desde que o preço contratado, ou seja, custo mais BDI, esteja compatível com o preço de mercado.

O TCU apreciou relatório de auditoria de conformidade realizada na Secretaria Nacional de Portos do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (SNP/MTPA), com o objetivo de avaliar a execução das obras de dragagem de aprofundamento por resultado no Porto de Paranaguá/PR. No curso da fiscalização, a equipe de auditoria identificara, entre outras ocorrências, suposta falha relativa aos percentuais da incidência de PIS e Cofins na apuração da taxa de BDI. O supervisor da fiscalização, no entanto, entendeu sanada a irregularidade, considerando que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal, a empresa licitante tem liberdade para elaborar o BDI de sua proposta conforme o seu planejamento tributário, desde que os preços finais estejam condizentes com as referências de mercado. Acrescentou o supervisor que a análise isolada dos valores de PIS e Cofins,

inseridos no BDI da contratada, não configuram, por si só, sobrepreço ao orçamento. O relator do feito, anuindo à proposta do supervisor, que contou com a concordância do titular da unidade técnica, entendeu desconstituída a irregularidade. Sobre a questão, ponderou que: *“Em relação ao tema, a jurisprudência consolidada desta Corte é clara no sentido de que a taxa de BDI com percentual acima do limite referencial não representa, por si só, superfaturamento, desde que o preço contratado, ou seja, custo mais BDI, esteja compatível com o preço de mercado”*, mencionando como exemplos, os Acórdãos 1.134/2017, 1.466/2016 e 2.827/2014, todos do Plenário. Ponderou, ainda, que o orçamento-base utilizado na licitação desse empreendimento fora objeto de auditoria (TC-029.118/2014-0), na qual o sobrepreço identificado foi corrigido ainda na execução dos trabalhos. Ao final, o Colegiado, aquiescendo à proposição do relator, decidiu realizar a audiência de servidores encarregados da fiscalização das obras em face de irregularidade remanescente nos autos e exarar determinações ao MTPA e à unidade técnica a respeito de outras situações tratadas na auditoria. Acórdão 2452/2017 Plenário, Auditoria, Relator Ministro Vital do Rêgo. [Informativo de Licitações e Contratos nº 335](#).

13. Não há vedação à participação do autor do projeto básico em certame licitatório para a elaboração do projeto executivo ou para a assessoria técnica dos projetos durante a construção da obra. A proibição incide sobre a participação do autor do projeto básico ou executivo na licitação para a contratação da obra, serviço ou fornecimento deles decorrentes, nos termos do art. 9º, inciso I, da Lei 8.666/1993.

Representação formulada por licitante apontou suposta irregularidade em concorrência conduzida pelo município de Teixeira de Freitas (BA) para a contratação de empresa destinada à

elaboração de projetos executivos em diversas obras daquela municipalidade. A representante alegou violação aos princípios da isonomia, da moralidade e da vinculação ao instrumento convocatório, em decorrência de a empresa vencedora do certame ter sido também a autora do projeto básico, situação que desrespeitaria a vedação imposta pelo art. 9º, incisos I e II, e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei 8.666/1993. A representante alegou, ainda, que a situação poderia resultar em prejuízo à Administração Pública, já que possíveis falhas na concepção do projeto básico poderiam não ser detectadas ou tenderiam a ser omitidas. Ao examinar o caso, o relator transcreveu ementa de precedente do STJ, no qual foi julgada matéria com questionamento idêntico em lide oriunda de licitação para a construção de edifício anexo do TJSP, cujo trecho de interesse foi assim consignado: *“2. Nos termos do artigo 9º, I, da Lei n.º 8.666/93, é expressamente vedada a participação do autor do projeto básico ou executivo na licitação para a contratação da obra, serviço ou fornecimento deles decorrentes. Contudo, inexistente qualquer proibição no sentido de que o autor do projeto básico participe da licitação para a elaboração do projeto executivo e para a assessoria técnica de projeto durante a construção da obra, como é o caso dos autos. 3. Tratando-se de norma de vedação, há de ser aplicada restritivamente, não sendo possível utilização de critérios interpretativos mais abrangentes, sob pena de contrariar os princípios da hermenêutica jurídica”*. Diante do entendimento do STJ e da constatação de que a proposta da licitante vencedora se mostrou bem inferior ao valor estimado para o certame, defendeu o relator, em concordância com a unidade técnica, que a questão suscitada pela representante não configurou irregularidade na condução do procedimento licitatório. Assim, o Colegiado decidiu conhecer da representação e considerá-la parcialmente procedente por causa da ausência de publicação do edital do certame na internet,

conforme obriga o art. 8º, § 1º, inciso IV, e §§ 2º e 4º, da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), ocorrência que foi objeto de determinação ao município a fim de evitar que a falha se repita em futuras licitações realizadas com recursos da União. Acórdão 9609/2017 Segunda Câmara, Representação, Relator Ministro-Substituto André de Carvalho. [Informativo de Licitações e Contratos nº 335](#).

14. STF - Contrato de concessão: advento da Lei 12.783/2013 e prorrogação.

A Segunda Turma negou provimento a recurso ordinário em mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado de Minas e Energia que indeferiu pedido formulado pela empresa, ora recorrente, de prorrogação de contrato de concessão de serviço de geração de energia elétrica. Na situação dos autos, em curso o prazo do documento celebrado entre a concessionária e o Poder Público, sobreveio a Lei 12.783/2013, que subordinou a prorrogação das concessões de geração de energia hidrelétrica alcançadas pelo artigo 19 da Lei 9.074/1995 à aceitação expressa de determinadas condições. A concessionária recusou essas condições ao fundamento de que tem direito à prolongação pelo regime jurídico anterior por força de cláusula contratual. Após a interposição do recurso ordinário, a usina hidrelétrica, escopo do acordo sobre o qual controvertem as partes, foi leiloada. Preliminarmente, o Colegiado assentou que a realização do leilão não resultou na perda do objeto do recurso. Em seguida, diante da ausência de direito líquido e certo à prorrogação contratual almejada, manteve o acórdão do STJ em que denegado o mandado de segurança. Afastou interpretação defendida pela impetrante no sentido de que a prorrogação estaria condicionada tão somente a critérios objetivos — apresentação de documentos e comprovantes pela concessionária

— sem qualquer espaço à discricionariedade administrativa. Pontuou que a discricionariedade à prorrogação é uma característica precípua do contrato administrativo. Não vislumbrou no elemento “prorrogação contratual” a pretendida condição de cláusula econômica, passível de submissão ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, por essa razão, não entreviu qualquer impedimento à aplicação imediata ao ajuste de nova legislação que, dispondo sobre o tema, advenha no decorrer dele. Considerou incongruente com a natureza da prorrogação contratual a ideia de sua formalização em momento antecedente ao seu término e a garantia indissolúvel de sua realização já no instrumento contratual. Admitir o raciocínio pretendido pela empresa seria o mesmo que conceder ao contratado posição de supremacia sobre a Administração. Ressaltou que a legislação regedora do contrato e as próprias cláusulas contratuais sob exame, não continham disposição que autorizasse conclusão no sentido da obrigatoriedade de renovação contratual. O §4º do art. 19 da Lei 9.074/1995, inclusive, foi expresso quanto à possibilidade de negativa da Administração à prorrogação contratual e regulou a questão. A simples remissão ao mencionado art. 19 seria suficiente para esvaziar o argumento. Não bastasse, a primeira subcláusula da avença remete à expressão permissiva “poderá ser prorrogado”. No ponto, entendeu inexistir ato jurídico perfeito a assegurar o que requerido. Assinalou ser o tema pertinente à aplicação da teoria da imprevisão aos contratos firmados com a Administração Pública um dos mais sensíveis e ainda mais tortuoso quando se refere aos contratos de concessão, em regra firmados por extenso lapso temporal, com composição de custos muito complexa e bastante suscetível à elevação de tarifas aos usuários dos serviços públicos. Registrou que, em diversas outras oportunidades, todas relacionadas a contratos em curso, o Supremo Tribunal Federal

(STF) fez prevalecer a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato quando a alteração contratual ou legislativa impactasse na equalização do ajuste. Todavia, na espécie, não se trata de alteração legislativa com impacto em contrato em curso. O término do prazo contratual estava previsto para agosto de 2013. Após essa data, não havia mais a garantia de continuidade do contrato, salvo por meio de prorrogação contratual, se assim fosse do interesse público, e se atendidos os pressupostos exigidos. Por escolha governamental, foi definida nova orientação para o sistema de fornecimento de energia elétrica, mediante edição da Medida Provisória (MP) 579/2012, posteriormente convertida na Lei 12.783/2013, que trouxe novas disposições para as concessões de energia elétrica, as quais deviam ser observadas pela Administração no momento de avaliar a renovação dos contratos de concessão. A lei foi expressa nesse sentido e, também, estipulou a necessidade de manifestação das concessionárias quanto ao interesse de permanecer sob a contratação nas novas bases legais, respeitando-se assim não apenas a discricionariedade administrativa na renovação do contrato, mas também a bilateralidade, igualmente característica dessa forma de avença. Assinalou que a nova legislação, editada no curso do contrato, deve obedecer às disposições de caráter econômico até seu termo final, o que, no caso, foi respeitado pela lei e observado pela Administração, estando o concessionário livre para aceitar ou não os novos termos contratuais, sem que se possa cogitar de violação ao equilíbrio econômico-financeiro por alteração legal prevista para incidir depois do término do prazo de ajuste. O Ministro Celso de Mello salientou que a Administração pode modificar unilateralmente as cláusulas regulamentares, mesmo que não haja previsão no próprio contrato de concessão, porque ínsito à potestade pública. É, de fato, uma prerrogativa de poder de que se vale o Estado para fazer prevalecer, de um lado, a

superioridade, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e, de outro lado, para respeitar a cláusula de indisponibilidade desse interesse público. Por fim, em face da negativa de provimento ao recurso, a Turma julgou prejudicada a ação cautelar acessória, em que se pedia a suspensão dos efeitos do acórdão que denegara a ordem requerida no mandado de segurança, mantendo a empresa na titularidade da concessão sob as bases iniciais do contrato, até exame definitivo do recurso ordinário. RMS 34203/DF, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 21.11.2017. (RMS-34203) AC 3980/DF, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 21.11.2017. (AC-3980). [Informativo STF nº 885](#).