

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, 06 a 31 de agosto de 2018

n. 82



◆ NÚCLEO DE  
JURISPRUDÊNCIA ◆  
SÚMULA

## SUMÁRIO

### PLENÁRIO

- 1. Administração pública. Prejudgado nº 032.** Negada exequibilidade a leis municipais que autorizam a contratação temporária em hipóteses abrangentes e genéricas, em violação ao art. 37, incisos II e IX, da Constituição da República.
- 2. Licitação.** A definição do preço máximo em edital deve guardar direta correlação com os preços praticados no mercado, não sendo obrigatória para objeto não relacionado a obras e serviços de engenharia.

### 1ª CÂMARA

- 3. Processual.** Não se configura omissão na decisão quando o conselheiro incorpora às suas razões de decidir os arrazoados da unidade técnica ou do Ministério Público de Contas constantes do relatório da deliberação.
- 4. Licitação.** A Portaria MTE nº 1.287/2017, que proíbe empresas prestadoras de serviço de vale refeição de praticarem taxa negativa de serviço, não tem aplicabilidade no âmbito da Administração Pública.

### 2ª CÂMARA

- 5. Processual.** A citação tardia de um dos corresponsáveis, por culpa do poder público, não tem o condão de interromper o prazo prescricional para os demais responsáveis já citados.
- 6. Responsabilidade.** A imputação de ressarcimento ao erário pressupõe a demonstração de dano efetivo, não podendo este ser presumido, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública.

### OUTROS TRIBUNAIS

- 7. STJ** - O candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas tem direito subjetivo à nomeação caso surjam novas vagas durante o prazo de validade do certame, desde que haja manifestação inequívoca da administração sobre a necessidade de seu provimento e não tenha restrição orçamentária, ou qualquer obstáculo financeiro.
- 8. STJ** - O art. 3º, § 1º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil merece interpretação conforme a CF/88 para obstar a necessidade de inscrição na OAB dos membros das carreiras da Defensoria Pública.
- 9. TCU** - A aplicação da cota de 25% destinada à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte em certames para aquisição de bens de natureza divisível (art. 48, inciso III, da LC 123/2006) não está limitada à importância de oitenta mil reais, prevista no inciso I do mencionado artigo.
- 10. TCU** - O estabelecimento do critério de reajuste de preços, tanto no edital quanto no contrato, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, ainda que a vigência contratual prevista não supere doze meses. Entretanto, eventual ausência de cláusula de reajuste de preços não constitui impedimento ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sob pena de ofensa à garantia inserta no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como de enriquecimento ilícito do erário e consequente violação ao princípio da boa-fé objetiva.

## PLENÁRIO

### **1. Prejulgado nº 032. Negada exequibilidade a leis municipais que autorizam a contratação temporária em hipóteses abrangentes e genéricas, em violação ao art. 37, incisos II e IX, da Constituição da República.**

Trata-se de prejudgado decorrente do Acórdão TC nº 1128/2017-Plenário, que tratou de auditoria ordinária realizada na Prefeitura Municipal de Muniz Freire, referente ao exercício de 2009, na qual foram apontados indícios de irregularidades na contratação de servidores temporários para suprir vagas que deveriam estar preenchidas por concurso público, uma vez que não se caracterizou a excepcionalidade necessária para justificar o preenchimento temporário. Em sede de incidente de inconstitucionalidade suscitado em face da legislação que criou os referidos cargos, a área técnica, analisando o teor do regramento municipal, em especial do artigo 1º, da Lei 1.542/99, verificou que *“a legislação em vigor inverteu a essência da matéria ao tratar como temporária apenas as contratações e não a sua necessidade conforme estipulado na Lei Orgânica Municipal e na Constituição Federal”*. Assim, tem-se que *“as citadas leis contrariam o princípio do concurso público esculpido no artigo 37, II, da Carta Magna, tendo em vista a necessidade permanente das aludidas contratações na administração pública, estando os mesmos previstos no plano de carreira do Município”*. Dessa forma, destacou ser *“imperiosa a necessidade de se editar leis específicas discriminando o quantitativo de vagas e o período de validade das mesmas. Caso contrário, a nomeação dos servidores estará à mercê da administração, com o livre quantitativo de nomeação e por um período indeterminado de tempo, não sendo cumpridos dois dos requisitos básicos às contratações temporárias, quais sejam, a necessidade temporária e o interesse público de caráter excepcional”*. Por fim, afirmou que *“a lei municipal específica deve*

*esclarecer o tempo determinado da contratação temporária que se almeja fazer; e a necessidade temporária de excepcional interesse público”*. Nesses termos, o Plenário, à unanimidade, seguindo integralmente o entendimento técnico, votou por negar exequibilidade às Leis Municipais nº 1550/00, 1.878/07, 1.882/07 e 1.971/08, por violação expressa do art. 37, II e IX da Constituição da República, formando-se o [Prejulgado nº 032](#). Acórdão TC 1128/2017-Plenário, relator conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, em 19/03/2018. Prejulgado publicado em 17/08/2018.

**Deliberações relacionadas ao tema:** Acórdão TC 298/2015 ([Prejulgado nº 003](#)), Acórdão TC 1231/2016-Plenário ([Prejulgado nº 012](#)), Acórdão TC 193/2017-Plenário ([Prejulgado nº 015](#)), Acórdão TC 890/2014-Plenário, Acórdão TC 1189/2017-Plenário e Acórdão TC 1444/2017-Plenário.

### **2. A definição do preço máximo em edital deve guardar direta correlação com os preços praticados no mercado, não sendo obrigatória para objeto não relacionado a obras e serviços de engenharia.**

Trata-se de representação, em face da Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos – SEGER, objetivando apurar irregularidade no Pregão Eletrônico nº 027/2016, cujo objeto era a contratação de serviços especializados de manutenção corretiva e preventiva em frota de veículos e equipamentos operacionais. A representante alegou haver inconsistências relativas ao cálculo do preço máximo e à ausência de divulgação dos critérios de aceitabilidade de preços unitários e globais no edital. Primeiramente, no que tange à necessidade ou não de se fixar preço máximo na fase preliminar do certame, a área técnica, analisando a questão, esclareceu que, para o objeto em tela, a fixação de preço máximo é facultativa, haja vista que a natureza desses serviços não está relacionada a obras e serviços de

engenharia (hipóteses obrigatórias). Ressaltou que, embora tal entendimento não esteja expresso na Lei 8.666/1993, esta é a forma pela qual o egrégio Tribunal de Contas da União vem se pronunciando sobre a matéria, a exemplo do disposto na Súmula TCU nº 259. Ainda sobre o tema, acrescentou que: *“a definição do preço máximo estabelecido nos editais, embora não seja obrigatória, deve guardar direta correlação com os preços praticados no mercado, devendo o gestor desconsiderar aqueles evidentemente acima da média encontrada”*. Sobre a alegada ausência de divulgação dos critérios de aceitabilidade dos preços unitários e globais, a área técnica observou que não procede a representação quanto a este ponto, haja vista que o edital os estabeleceu expressamente, em atendimento ao art. 40, X, da Lei nº 8.666/893. Além disso, pontuou que a divulgação expressa dos critérios de aceitabilidade de preço não se confunde com a divulgação da forma pela qual o preço máximo dos serviços foi calculado, destacando que aquela diz respeito às diretrizes que devem nortear a apresentação das propostas dos eventuais interessados em participar do certame, tomando como base o preço máximo estabelecido. Acerca dos valores definidos no edital analisado no presente caso, a área técnica entendeu que não restou devidamente evidenciado que o preço máximo praticado no edital restringiu a competitividade do certame, concluindo não haver inconsistências relacionados aos questionamentos levantados pela representante. O conselheiro relator adotou na íntegra o entendimento técnico como razão de decidir, sendo acompanhado, à unanimidade, pelo Plenário desta Corte de Contas. Acórdão TC-746/2018-Plenário, TC 7097/2017, relator conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, publicado em 27/08/2018.

**Deliberações relacionadas ao tema:** Acórdão TC nº 836/2017-Segunda Câmara.

### 1ª CÂMARA

#### **3. Não se configura omissão na decisão quando o relator incorpora às suas razões de decidir os arrazoados da unidade técnica ou do Ministério Público de Contas, constantes do relatório da deliberação.**

Trata-se de embargos de declaração interpostos pelo prefeito municipal de Marilândia e pela secretária de ação social, em face do Acórdão TC-1204/2017, proferido nos autos TC 2406/2014, por meio do qual tiveram suas contas julgadas irregulares, sendo condenados ao pagamento de multa individual e ressarcimento ao erário. Os embargantes alegaram que o referido acórdão era omissivo, haja vista se limitar a *“citar trechos da Instrução Técnica Inicial, das Justificativas dos responsáveis e das conclusões das áreas técnicas, sem enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo pelos Embargantes e muito menos explicar sua conclusão”*. A relatoria entendeu que a transcrição de parte da instrução técnica e as razões de decidir apresentadas pelo Parquet de Contas não deve ser considerada como omissão, haja vista os argumentos da defesa terem sido enfrentados nos autos principais, inexistindo *“óbice quanto a incorporação destas razões pelo voto do relator”*. Diante disso, o relator entendeu que, se verificada a anuência do relator quanto às teses apresentadas no parecer técnico ou ministerial, é *“desnecessária a apresentação de nova argumentação que venha a culminar, necessariamente, em idêntica conclusão”*. A Primeira Câmara deliberou, à unanimidade, nos termos do voto do relator, por conhecer dos embargos de declaração, para, no mérito, negar-lhe provimento. Acórdão TC-609/2018-Primeira Câmara, TC-9149/2017, relator Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, publicado em 20/08/2018.

**4. A Portaria MTE nº 1.287/2017, que proíbe empresas prestadoras de serviço de vale refeição de praticarem taxa negativa de serviço, não tem aplicabilidade no âmbito da Administração Pública.**

Versam os autos sobre representação apresentada a esta Corte objetivando a suspensão do Pregão Presencial nº 05/2018, realizado pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Iconha – SAAE, cujo objeto era a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento e gerenciamento de auxílio alimentação, por meio de cartão eletrônico/magnético. A possível irregularidade remeteu à aplicabilidade da Portaria nº 1.287/2017 do Ministério do Trabalho e Emprego – TEM no âmbito da administração pública, eis que seu artigo 1º veda a utilização de taxas de serviço negativa nos contratos firmados entre empresa prestadora do serviço e empresa beneficiária do Programa de Alimentação do Trabalhador. Verificou-se que, no certame em questão, a referida portaria foi aplicada, de modo que não foram apresentadas taxas menores que 0%, inviabilizando a aplicação do art. 45, I, da Lei Complementar nº 123/2006, tendo em vista que as ME ou EPP não teriam condições de cobrir a melhor proposta formulada. Ao analisar o tema, a relatora, acompanhando entendimento técnico e ministerial, observou que o Tribunal de Contas da União – TCU, em decisões recentes, já reconheceu a inaplicabilidade da portaria em tela no âmbito da Administração Pública, mencionando o Acórdão TCU nº 1623/2018-Plenário e Acórdão TCU nº 2004/2018-Primeira Câmara. Registrou, ainda, que o Poder Judiciário também já se manifestou no sentido de negar efetividade à referida portaria, colacionando decisão monocrática nos autos do mandado de segurança nº 24174/DF, em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, destacando-se o seguinte trecho da fundamentação: “(...) no âmbito dos contratos firmados com a Administração Pública, o Plenário do

*Tribunal de Contas da União já reconheceu a legalidade da taxa de administração negativa ‘por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital’.* Por fim, a relatoria entendeu que a aplicação do disposto na portaria gerou óbice ao alcance da menor taxa no procedimento licitatório por parte da Administração Pública, restando evidente o primeiro requisito necessário à concessão da tutela cautelar, qual seja, o fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio (*fumus boni iuris*). Quanto ao segundo requisito, entendeu que restou configurado o *periculum in mora*, já que a manutenção da licitação, nos termos em que se encontrava, implicaria em aparente violação à jurisprudência dos Tribunais, que sinaliza pela inaplicabilidade da Portaria MTE n.º 1287/2017 – e, por consequência, pela possibilidade de oferta de taxas negativas – no âmbito da Administração Pública, possibilitando o alcance da melhor proposta. Nesse sentido, votou por conhecer da representação e conceder a medida cautelar pleiteada, para determinar a imediata suspensão do certame. Decisão TC-1837/2018-Primeira Câmara, TC-06160/2018, relatora Conselheira em Substituição Márcia Jaccoud Freitas, publicado em 21/08/2018.

## 2ª CÂMARA

**5. A citação tardia de um dos corresponsáveis, por culpa do poder público, não tem o condão de reiniciar o prazo prescricional para os demais responsáveis já citados.**

Cuida-se de relatório de auditoria ordinária realizada na Prefeitura Municipal de Ecoporanga, referente ao exercício de 2010, tendo por objetivo verificar os atos de gestão relativos a repasses a

entidades privadas, procedimentos licitatórios, contratações diretas e admissão de servidores. Após auditoria realizada, houve apontamento de deficiências, sendo citados os responsáveis em relação aos achados. Entretanto, devido à divergência no CPF informado, fora citado Presidente da Comissão Permanente de Licitação - CPL responsável por exercício diverso do auditado. Diante disso, houve citação por edital da pessoa correta, sendo declarado revel, pois não apresentou justificativas. A área técnica posicionou-se no sentido de que teria prescrito a pretensão punitiva desta corte no que se refere às irregularidades dos responsáveis, enquanto o Parquet de Contas se manifestou dizendo que, em relação ao Presidente da CPL, não ocorreu o fenômeno prescricional. Sobre a pretensão punitiva, a relatoria lembrou que esta prescreve em cinco anos, de acordo com o art. 71, caput c/c art. 71, §4º, I, da Lei Orgânica desta Corte, sendo a citação válida do responsável uma causa de interrupção. Diante desse preceito, duas datas distintas podem ser usadas para contar o prazo prescricional, a de quando ocorreu a citação válida dos responsáveis e quando houve a citação por edital do Presidente da CPL responsável. Porém, o relator entendeu que *“esta demora na citação do presidente da CPL não pode prejudicar os demais interessados no processo”*, já que: *“A inércia do poder público não poderia beneficiar o próprio poder público”*. Constatou, ainda, que: *“O fato de um dos responsáveis ter sido citado posteriormente por culpa do poder público não tem o condão de reiniciar o prazo prescricional para os demais que já haviam sido citados”*. Acrescentou, por fim, que: *“a data da juntada nos autos da contrafé de recebimento da citação válida serve para contagem do prazo de resposta e não para a prescrição. E no caso da apresentação da defesa a contagem se inicia a partir da data em que foi juntada aos autos a contrafé do último responsável citado no processo”*. Em face do exposto, a relatoria votou,

preliminarmente, por reconhecer a prescrição em relação aos agentes citados anteriormente a analisar o mérito da irregularidade apenas em relação ao Presidente da CPL citado tardiamente. A Segunda Câmara deliberou, por maioria, nos termos do voto do relator. Acórdão TC-555/2018-Segunda Câmara, TC-4852/2011, relator Conselheiro Domingos Augusto Taufner, publicado em 27/08/2018.

**Deliberações relacionadas ao tema:** Acórdão TC-1750/2017-Segunda Câmara.

#### **6. A imputação de ressarcimento ao erário pressupõe a demonstração de dano efetivo, não podendo este ser presumido sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública.**

Em auditoria realizada pelo TCEES na Prefeitura Municipal de Rio Bananal, referente a atos de gestão praticados no exercício de 2013, a equipe técnica apontou irregularidade na liquidação de despesas referente a contrato de compra de peças e acessórios para manutenção e conserto de veículos, diante da inexistência de documentos, nos autos do procedimento administrativo, que identifiquem a necessidade da prestação do serviço, ordens de serviço, relatório de avarias ou acidentes, manutenção regular ou documento similar, que indicasse quando, como e porque aqueles veículos precisariam realizar determinado tipo de conserto ou manutenção preventiva. Sobre a irregularidade em questão, o relator reconheceu que a comprovação da execução dos serviços poderia ter sido melhor elaborada, entretanto, sustentou que *“para haver a imputação da pena de ressarcimento é preciso a demonstração de dano efetivo, não se podendo presumir que os serviços não foram executados por não haver os registros relacionados à execução”*. Nesse sentido, acrescentou que: *“Haverá ressarcimento somente quando ocorrer dano ao erário e*

*este não pode ser presumido, deve ser efetivo. No presente caso não há comprovação de que os serviços não foram realizados. Assim, aplicar o ressarcimento levaria ao enriquecimento sem causa da Administração Pública".* Verificou que os pagamentos realizados foram autorizados pelo prefeito municipal após informação de servidor, ocupante de cargo efetivo, responsável pelo sistema de controle de estoque de materiais. Sobre o ressarcimento, registrou que o Superior Tribunal de Justiça tem pacificado o entendimento de que *"a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8.429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido".* Anotou, ainda, que esta Corte de Contas também possui precedentes sobre o afastamento da imputação de ressarcimento nos casos de danos meramente presumidos, conforme se extrai dos votos proferidos nos autos dos processos TC 4014/2009, TC 7042/2009 e TC 5838/2009, TC 1580/2011. Ainda segundo o relator, *"não deve prosperar o argumento apontado pela equipe técnica acerca da ausência de documento que demonstre a necessidade na compra das peças (a motivação da aquisição), na medida em que o que se apura é a liquidação da despesa (que está inserida em fase posterior à motivação para aquisição das peças), logo, a suposta ausência de motivação não se relaciona com a liquidação da despesa apurada".* Nesses termos, entendeu que as alegações do corpo técnico não foram suficientes para condenar o responsável à devolução da totalidade dos valores pagos, razão pela qual, na linha da jurisprudência pacificada do STJ, votou por afastar o ressarcimento imputado e, considerando que não ocorreu a correta liquidação das despesas, expedir determinação ao atual gestor para que melhore os procedimentos de liquidação de despesa em exercícios futuros, observando os preceitos das Leis 4.320/64 e 8.666/93. A Segunda Câmara acolheu o

entendimento da relatoria à unanimidade. Acórdão TC nº 815/2018-Segunda Câmara, relator conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges em 20/08/2018.

**Deliberações relacionadas ao tema:** Acórdão TC nº 126/2018-Plenário, Acórdão TC nº 1370/2017-Plenário, Acórdão TC nº 788/2016-Plenário, Acórdão TC nº 537/2016-Plenário e Acórdão TC nº 1177/2014-Plenário.

## OUTROS TRIBUNAIS

**7. STJ - O candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas tem direito subjetivo à nomeação caso surjam novas vagas durante o prazo de validade do certame, desde que haja manifestação inequívoca da administração sobre a necessidade de seu provimento e não tenha restrição orçamentária, ou qualquer obstáculo financeiro.**

Inicialmente, é preciso destacar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 837.311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, sob a sistemática da repercussão geral, reconheceu que da aprovação em concurso público decorrerá direito subjetivo à nomeação, se estiver demonstrada alguma das seguintes situações: a) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas inserido no edital (RE 598.099); b) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); e c) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração. Ocorre que o julgado consignou, ao final, outra premissa de direito: se surgirem novas vagas e houver manifestação inequívoca da administração sobre a necessidade de seu provimento e inexistir prova de restrição orçamentária ou de

qualquer outro obstáculo de ordem financeira, a ser provado pelo poder público, para tal nomeação. A referida premissa, embora tratada como excepcionalidade do caso, aplica-se na situação em exame. Em primeiro lugar, porque o Banco Central do Brasil, autarquia a quem interessava o provimento dos cargos, dentro do período de validade do certame, enviou pedido escrito ao Ministério do Planejamento, no qual informava a existência das vagas e da "extrema relevância" quanto à nomeação adicional. Em segundo lugar, porque a própria área técnica interna do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, após ressaltar a viabilidade orçamentária do pleito da Presidência do Banco Central do Brasil, fez acostar a própria minuta autorizativa de nomeação, a qual nunca foi implementada. Assim, restou reconhecida a ilegalidade da omissão e o direito à nomeação dos candidatos aprovados ao cargo público. MS 22.813-DF, Rel. Min. Og Fernandes, por maioria, julgado em 13/06/2018, DJe 22/06/2018. [Informativo de Jurisprudência STJ nº 630](#).

**8. STJ - O art. 3º, § 1º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil merece interpretação conforme a CF/88 para obstar a necessidade de inscrição na OAB dos membros das carreiras da Defensoria Pública.**

A princípio, observe-se que a Constituição de 1988 abordou expressamente a Defensoria Pública dentro das funções essenciais à Justiça, ao lado do Ministério Público, da Advocacia e da Advocacia Pública. Os Defensores Públicos exercem atividades de representação judicial e extrajudicial, de advocacia contenciosa e consultiva, o que se assemelha bastante à Advocacia, tratada em Seção à parte no texto constitucional. Tal semelhança, contudo, encerra nesse ponto. Há inúmeras peculiaridades que fazem com que a Defensoria Pública seja distinta da advocacia privada e, portanto, mereça tratamento diverso. Cabe observar que a

carreira está sujeita a regime próprio e a estatutos específicos; submete-se à fiscalização disciplinar por órgãos próprios, e não pela OAB; necessita aprovação prévia em concurso público, sem a qual, ainda que possua inscrição na Ordem, não é possível exercer as funções do cargo, além de não haver necessidade da apresentação de instrumento do mandato em sua atuação. Ademais, a Constituição não previu a inscrição na OAB como exigência para exercício do Defensor Público. Ao revés, impôs outras restrições, como a vedação à advocacia privada. Dessarte, não deve se considerar exigível a inscrição na OAB, inclusive a suplementar (art. 9º, § 2º), uma vez que os membros dessas carreiras podem ser removidos de ofício e atuarem, consoante normativos internos dos respectivos órgãos federais, em mais de um Estado-membro, sem que para isso tenha concorrido espontaneamente. REsp 1.710.155-CE, Rel. Min. Herman Benjamin, por unanimidade, julgado em 01/03/2018, DJe 02/08/2018. [Informativo de Jurisprudência STJ nº 630](#).

**9. TCU - A aplicação da cota de 25% destinada à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte em certames para aquisição de bens de natureza divisível (art. 48, inciso III, da LC 123/2006) não está limitada à importância de oitenta mil reais, prevista no inciso I do mencionado artigo.**

Auditoria realizada pelo TCU na Secretaria de Educação do Estado do Paraná com o objetivo de verificar a gestão dos recursos transferidos pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar, identificou, entre outras irregularidades, a *"restrição indevida à competitividade, nos pregões eletrônicos 1.528/2016, 1.548/2016, 1.628/2016, 1.629/2016 e 198/2017, tendo em vista a destinação de 25% do quantitativo total de cada produto a ser adquirido para contratação exclusiva de microempresas e*

*empresas de pequeno porte, em desconformidade com as disposições da Lei Complementar 123/2006, em especial o inciso III do art. 49, c/c os arts. 6º, 8º e os incisos II, IV e parágrafo único do art. 10 do Decreto 8.538/2015".* Tais certames tinham por objeto o registro de preços para aquisição de diversos produtos alimentícios, nos quais, com base nos arts. 47 e 48, inciso III, da LC 123/2006, foram definidos dois lotes para cada item de produto a ser adquirido: um destinado à ampla concorrência, equivalente a 75% do total; e os outros 25% destinados à contratação de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP). Da análise dos oitenta e um lotes licitados, constatou-se que trinta e nove teriam sido destinados exclusivamente a ME e EPP, perfazendo um total de R\$ 24.635.390,00, cujos objetos foram adjudicados por valores superiores aos obtidos nos lotes abertos à ampla concorrência, dando margem a um sobrepreço, estimado pela equipe de auditoria, de R\$ 4.083.150,00. Ao apreciar a matéria, o relator, inicialmente, teceu algumas considerações acerca do entendimento firmado pela Procuradoria Geral do Estado do Paraná, no sentido de que os incisos I e III do art. 48 da Lei Complementar Federal 123/2006 deveriam ser interpretados de forma cumulativa. Após transcrever os dispositivos da LC 123/2006 concernentes ao assunto e observar que o Decreto 8.538/2015 regulamentou o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito da Administração Federal, o relator destacou que, na sua visão, *"não há na legislação que regulamenta a matéria determinação expressa no sentido de que a aplicação da cota de 25%, de que trata o inciso III do art. 48 da Lei Complementar 123/2006, estaria limitada à importância de R\$ 80.000,00, prevista no inciso I do referido dispositivo, razão pela qual reputo que não procede o entendimento de que esses incisos devem ser interpretados de forma cumulativa"*. Do mesmo modo, destacou que "não se

verifica na referida Lei a impossibilidade de que sejam distintos os preços praticados, para um mesmo produto, pelas ME e EPP e as empresas que concorrem às cotas destinadas à ampla concorrência, desde que não ultrapassem o valor de referência definido pela administração". Não obstante isso, e com foco no art. 49, inciso III, da LC 123/2006, deixou assente que *"não é admissível que, a pretexto de estimular o empreendedorismo, propiciando melhores condições para as sociedades empresárias de menor porte, a administração contrate ME e EPP a preços muito superiores aos ofertados pelas empresas que disputam as demais cotas"*. Ao analisar as possíveis causas das elevadas diferenças de preços identificadas na auditoria, a mais provável, segundo o relator, teria sido o *"deficiente estabelecimento dos preços de referência pela Secretaria de Educação, resultado de pesquisa que não teria refletido os valores efetivamente praticados no mercado"*. Considerando que a unidade técnica não demonstrou o efetivo prejuízo causado ao erário por causa desse achado, o relator sugeriu a adoção de providências nesse sentido, inclusive quanto à conveniência de instauração de tomada de contas especial. Assim, acolhendo o voto apresentado, o Plenário decidiu, além de expedir determinação à unidade técnica a respeito do levantamento do possível débito, e de outras providências, dar ciência ao órgão estadual que: I) *"não há, na Complementar Lei 123/2006, e no decreto que a regulamenta, determinação no sentido de que a aplicação da cota de 25%, de que trata o inciso III do art. 48 da referida lei, estaria limitada à importância de R\$ 80.000,00, prevista no inciso I do referido dispositivo, razão pela qual não procede o entendimento de que esses incisos devem ser interpretados de forma cumulativa"*; II) *"não se verifica, na Lei Complementar 123/2006, a impossibilidade de que sejam distintos os preços praticados, para um mesmo produto, pelas ME e EPP e as empresas que concorrem às cotas destinadas à ampla*

*concorrência, desde que não ultrapassem o valor de referência definido pela administração, observados, nessa situação, os princípios e vedações previstos no art. 3º da Lei 8.666/1993, bem como o poder dever de a administração, com fulcro no art. 49 da Lei 8.666/1993, revogar os procedimentos licitatórios por razões de interesse público, com vistas a impedir a contratação por preços superiores aos praticados no mercado”. Acórdão 1819/2018 Plenário, Auditoria, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. [Informativo de Licitações e Contratos nº 352](#).*

**10. TCU - O estabelecimento do critério de reajuste de preços, tanto no edital quanto no contrato, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, ainda que a vigência contratual prevista não supere doze meses. Entretanto, eventual ausência de cláusula de reajuste de preços não constitui impedimento ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sob pena de ofensa à garantia inserta no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como de enriquecimento ilícito do erário e conseqüente violação ao princípio da boa-fé objetiva.**

Em processo de tomada de contas especial instaurado para apurar irregularidades no âmbito do Convênio 3.846/2001, celebrado entre a Fundação Nacional de Saúde e o Município de Juazeiro/BA, com vistas à execução de sistema de abastecimento de água naquela localidade, a Segunda Câmara do TCU, por meio do Acórdão 3225/2017, decidiu julgar irregulares as contas do ex-prefeito e da construtora contratada para a realização da obra, condená-los em débito e aplicar-lhes multa. Ao examinar recursos de reconsideração interpostos pelos responsáveis contra o mencionado acórdão, a unidade técnica constatou a existência de correlação entre os cheques dispostos nos extratos bancários e os

pagamentos feitos à contratada, atestada por meio de medições e notas fiscais e confirmada em vistoria da concedente. Em seu voto, o relator ressaltou que, *“apenas em virtude dessa constatação, é possível dizer que houve erro de julgamento na condenação solidária dos responsáveis ao ressarcimento da diferença entre o volume financeiro transferido ao município e o valor correspondente ao percentual de execução declarado em vistorias da Funasa (77,38%)”*. Reforçou também que *“o plano de trabalho previa repasse integral dos recursos em dezembro de 2001; porém, as transferências se deram em três parcelas (a primeira em outubro de 2002 e a última em abril de 2004) e o contrato foi assinado em maio de 2003. Por conta disso, a vigência do convênio – que inicialmente iria até novembro de 2002 – se estendeu até junho de 2005”*. Nesse contexto, para o relator, *“a contratada não deu causa aos atrasos. Muito pelo contrário, aceitou as condições ofertadas pela primeira colocada no certame exatamente porque essa declinara da assinatura do instrumento contratual em função da demora no repasse dos recursos. Não deve, pois, responder, por débito a título de recebimento de valores relativos a reajustamento contratual”*. De acordo com o relator, o ex-prefeito também deveria ter sua responsabilidade afastada *“quanto ao valor pago a maior em virtude dos reajustes contratuais”*, em razão de não haver nenhuma evidência de que tenha, na condição de representante do conveniente e signatário do ajuste, contribuído para o atraso nos repasses dos recursos da União. E arrematou: *“Por certo, não seria a ausência de previsão de reajuste de preços, no edital e no contrato, impedimento à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (art. 37, inciso XXI), sob pena de ofensa à garantia constitucional inserta no art. 37, inciso XXI da Carta Maior. Ademais, a execução do contrato, com a recusa no reajustamento dos preços oferecidos à época da proposta, configuraria enriquecimento ilícito do erário*

*e violaria o princípio da boa-fé objetiva, cuja presença no âmbito do direito público é também primordial”. Na sequência, deixou assente que “todo esse imbróglio nasceu de falha da Administração, não atribuível ao particular contratado com o poder público, ao ter a Funasa deixado de incluir, no edital, cláusula de reajuste contratual quando, inicialmente, previu a execução da obra em prazo inferior a um ano. Essa situação aparentemente ocorreu como forma de assegurar atendimento à periodicidade anual estabelecida na Lei 10.192/2001 – que dispôs sobre o Plano Real – para fins de reajuste de preços dos contratos. Contudo, essa omissão dos gestores públicos – a meu ver escusável diante da falta de uniformização da questão, até mesmo internamente, e das circunstâncias da época – não deixa de conflitar com o entendimento atual perfilhado nesta Corte a respeito da obrigatoriedade de previsão de cláusula de reajuste, independentemente do prazo inicialmente estipulado de execução da avença”. Tal entendimento foi assim sintetizado pelo relator: “o estabelecimento dos critérios de reajuste dos preços, tanto no edital quanto no instrumento contratual, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/93. Assim, a sua ausência constitui irregularidade, tendo, inclusive, este Tribunal se manifestado acerca da matéria, por meio do Acórdão 2804/2010-Plenário, no qual julgou ilegal a ausência de cláusula neste sentido, por violar os dispositivos legais acima reproduzidos. Até em contratos com prazo de duração inferior a doze meses, o TCU determina que conste no edital cláusula que estabeleça o critério de reajustamento de preço (Acórdão 73/2010- Plenário, Acórdão 597/2008-Plenário e Acórdão 2715/2008-Plenário, entre outros)”. Acolhendo o voto do relator, o colegiado decidiu dar provimento aos recursos, tornando sem efeito o acórdão recorrido. Acórdão 7184/2018*

Segunda Câmara, Recurso de Reconsideração, Relator Ministro Augusto Nardes. [Informativo de Licitações e Contratos nº 352](#).