

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, 30 de outubro a 10 de novembro de 2017

n. 69



◆ NÚCLEO DE
JURISPRUDÊNCIA ◆
SÚMULA

SUMÁRIO

PLENÁRIO

1. **Licitações. Parecer em Consulta nº 017/2017**, sobre a participação de servidores comissionados em comissão permanente de licitação.
2. **Licitações.** Inadequação do sistema de registro de preços para contratação de serviços de engenharia complexos ou não padronizados.
3. **Licitações.** A exigência de que o licitante possua sede ou filial no local da prestação do serviço não configura restrição indevida à competitividade desde que justificada perante circunstâncias da execução contratual e estabelecida após o resultado efetivo do certame, condicionando-se a assinatura do contrato à correspondente comprovação.
4. **Processual.** Omissão no encaminhamento de prestação de contas de governo e impossibilidade de julgamento presumido.

OUTROS TRIBUNAIS

5. **TCU** - O atraso injustificado na execução de obras públicas é ocorrência de extrema gravidade, de maneira que o órgão contratante tem o dever de adotar as medidas cabíveis para aplicar as multas contratuais e demais penalidades previstas em lei nos atrasos advindos de incapacidade ou mora da contratada.
6. **TCU** - A não realização da audiência pública prevista no art. 39 da Lei 8.666/1993 constitui vício insanável que macula todo o procedimento licitatório, ocasionando a sua anulação.

7. **TCU** - Não viola o art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993 o edital da licitação exigir comprovação de patrimônio líquido mínimo pelo licitante, para fins de qualificação econômico-financeira, concomitantemente com previsão de prestação de garantia contratual (art. 56) pelo contratado. Afronta aquele dispositivo legal a exigência simultânea de patrimônio líquido mínimo e de garantia de participação na licitação (art. 31, inciso III) como requisitos de habilitação.

PLENÁRIO

1. Parecer em Consulta nº 017/2017, sobre a participação de servidores comissionados em comissão permanente de licitação.

A presidente da Junta Comercial do Estado do Espírito Santo formulou consulta a esta Corte de Contas apresentando o seguinte questionamento: *“Diante do art. 51, caput, da Lei 8666/93, o servidor comissionado é considerado como ‘pertencente ao quadro permanente’?”* O Plenário, à unanimidade, conheceu da consulta e no mérito a respondeu nos termos do [Parecer em Consulta TC n. 027/2006](#), o qual, em síntese, concluiu no sentido de que:

- *“No mínimo dois membros de cada comissão de licitação deverão ser servidores efetivos, conforme se extrai da melhor interpretação do Art. 51 da Lei nº 8.666/93”*. No entanto, observou-se que *“não havendo servidores efetivos no órgão outra solução não há senão a utilização de servidores comissionados para ocupar tais vagas, desde que lhes sejam destinadas atribuições de direção, chefia e assessoramento”*.

[Parecer em Consulta TC-017/2017-Plenário](#), TC 2509/2017, relator Conselheiro João Luiz Cotta Lovatti, publicado em 30/10/2017.

2. Inadequação do sistema de registro de preços para contratação de serviços de engenharia complexos ou não padronizados.

Trata-se de representação, com pedido de cautelar, em face do Município de Presidente Kennedy, noticiando a ocorrência de irregularidades no âmbito de edital de concorrência pública para registro de preços, cujo objeto era a contratação de empresa para construção, ampliação e reforma de casas populares. Dentre as irregularidades, o representante alegou a inadequação do Sistema de Registro de Preços - SRP para a contratação do referido objeto. No que tange à utilização do SRP, o relator asseverou que *“a jurisprudência, por meio de interpretação extensiva e sistemática, reconhece a utilização deste instituto para serviços somente nos casos em que não se apresente a demanda por execução continuada ou a complexidade geralmente atribuída às contratações de engenharia”*. O relator colacionou jurisprudência do TCE/SP no sentido de que a adoção do sistema para serviços de engenharia é possível apenas em situações onde se verificou a ausência de complexidade do objeto e a existência de padrões para o desempenho da execução contratual. Mencionou ainda o Acórdão 3605/2014-Plenário do TCU, que entendeu pela impossibilidade de adoção do SRP em situação análoga à contratação em exame. Por fim, a relatoria entendeu ser inviável a adoção do SRP para o objeto em questão, pois se tratavam de objetos complexos, *“dotados de peculiaridades que as afastam de um modelo genérico (padronizado)”*. Nesses termos, deliberou por conhecer da representação e deferir a medida cautelar, determinando ao Município a suspensão do procedimento ou eventual contratação dele decorrente. O Plenário, à unanimidade, acompanhou a relatoria. Decisão TC-4168/2017-Plenário, TC 6476/2017, relator Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, publicado em 07/11/2017.

3. A exigência de que o licitante possua sede ou filial no local da prestação do serviço não configura restrição indevida à competitividade desde que justificada perante circunstâncias da execução contratual e estabelecida após o resultado efetivo do certame, condicionando-se a assinatura do contrato à correspondente comprovação.

Trata-se de representação, com pedido cautelar, em face da Superintendência Regional de Saúde de Colatina - SRSC, noticiando supostas irregularidades em edital de pregão eletrônico cujo objeto era a prestação de serviços contínuos de exames de polissonografia a serem ofertados pela SRSC a pacientes de dezoito municípios da Região Central, mediante sistema de registro de preços. A representante alegou que o edital fez restrição indevida à competitividade ao impor que a prestação dos serviços ocorresse na sede ou filial da empresa contratada, devendo esta estar localizada em um dos municípios componentes daquela região, o que impediria a participação de licitantes sediadas na Região Metropolitana da Grande Vitória. Sobre a limitação geográfica dos serviços contratados, o relator acompanhou o entendimento técnico no sentido de que restrição ora analisada era lícita, pois a motivação da exigência objetivava a economicidade da fiel execução do serviço contratado. Foi considerado pelo corpo técnico que *“ao se restringir a prestação do serviço à determinada região, o fim pretendido foi encurtar a distância a ser percorrida pelos munícipes daquela região central de saúde e, assim, evitar gastos com o transporte para grandes distâncias”*. Ainda segundo a área técnica, *“o entendimento do TCU acerca da exigência de comprovação de que haja sede ou filial da empresa licitante no local da prestação do serviço seria restritivo à competitividade licitatória quando estabelecida em fase anterior ao resultado efetivo do certame. Se, porém, tal exigência se der após o resultado final, condicionando-se a*

assinatura do contrato à correspondente comprovação, então seria perfeitamente legal e aceitável por encontrar razoabilidade representativa de melhor vantagem ao interesse público". Nesse sentido, o relator concluiu que *"a exigência de comprovação de que haja sede ou filial da empresa licitante no local da prestação do serviço seria restritivo à competitividade licitatória quando estabelecida em fase anterior ao resultado efetivo do certame, o que não ocorre no caso em comento, já que o edital deixa clara a permissão para a participação de quaisquer interessados, desde que no momento de assinatura do contrato haja o compromisso de que a prestação do serviço esteja localizada geograficamente em um dos 18 (dezoito) municípios componentes da região central de saúde do ES"*. Nesses termos, votou pela improcedência da representação, no que foi acompanhado, à unanimidade, pelo Plenário. Acórdão TC-1906/2017-Plenário, TC 1140/2017, relator conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, publicado em 30/10/2017.

4. Omissão no encaminhamento de prestação de contas de governo e impossibilidade de julgamento presumido.

Trata-se de Agravo interposto pelo Ministério Público Especial de Contas em face do Acórdão TC 966/2016-Plenário, que aplicou multa ao prefeito municipal de Cachoeiro de Itapemirim em razão do não envio dos arquivos da prestação de contas anual do exercício de 2015 e ainda reiterou, pela terceira vez, notificação ao gestor para encaminhamento dos arquivos faltantes. O recorrente entendeu que o conteúdo da decisão condenatória deveria concluir pela irregularidade das contas e não simplesmente se limitar à aplicação de multa, fundamentando-se na interpretação do artigo 84, inciso III, da Lei Orgânica do TCES, segundo o qual, as contas serão julgadas irregulares quando comprovada omissão no dever de prestar contas. A área técnica, sopesando argumentos

apresentados pelas partes, pontuou que: *"Uma vez proferido o julgamento das contas (por uma ficção jurídica), não seria razoável fazê-lo novamente com base nos documentos constantes de uma Tomada de Contas forçada, que poderia inclusive concluir pela regularidade dos atos que compõem essas contas e, por consequência, redundar em uma incompatibilidade inadmissível no nosso sistema jurídico"*. Assim, sustentou: *"Afasta-se o argumento ministerial, até porque consoante o § 3º, do artigo 163 da Resolução 261/2013, as contas apresentadas intempestivamente serão julgadas pelo Tribunal, sem prejuízo da multa cabível"*. Ressaltou ainda que: *"Inexiste parâmetro para se considerar uma intempestividade suficiente a ensejar a hipótese de julgamento irregular das contas, o que tornaria letra morta o disposto no art. 84, III, a, da Lei Complementar 621/2013, ao menos no tocante às contas que não sejam de convênios"*. Verificou que, *"ainda que intempestivamente, o recorrido prestou contas e o fez, como se disse, antes mesmo da interposição recursal"*. Acrescentou que: *"O relevante interesse social, o princípio da primazia da resolução de mérito e a busca da verdade real impedem que se faça uma abstração e um julgamento presumido, estando o §3º do art. 163 do Regimento Interno em plena consonância com esses corolários"*. Nesses termos, opinou pelo não provimento recursal. O relator ratificou na íntegra o opinamento técnico, no que foi acompanhado, à unanimidade, pelo Plenário. Acórdão TC 1119/2017-Plenário, TC 1726/2017, relator conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 06/11/2017.

OUTROS TRIBUNAIS

4. TCU - O atraso injustificado na execução de obras públicas é ocorrência de extrema gravidade, de maneira que o órgão contratante tem o dever de adotar as medidas cabíveis para aplicar as multas contratuais e demais penalidades previstas em lei nos atrasos advindos de incapacidade ou mora da contratada.

Auditoria no Ministério da Integração Nacional (MI), com o objetivo de fiscalizar as obras do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias do Nordeste Setentrional na Região Nordeste (PISF), avaliou os contratos relativos às obras e aos serviços de supervisão dos lotes 9 a 13 do Eixo Leste do PISF. Entre os achados da auditoria, foi verificada a *“ausência de aplicação de sanções aos consórcios construtores das obras dos Lotes 9, 10, 11, 12 e 13 pela paralisação injustificada das obras durante o ano de 2011”*, sobre o que foram ouvidos em audiência o então diretor do Departamento de Projetos Estratégicos e o coordenador-geral de obras civis do MI. Em sintonia com a proposta da unidade técnica, o relator consignou que *“o atraso na execução de obras públicas é ocorrência de extrema gravidade, de maneira que o órgão contratante tem o dever de adotar as medidas cabíveis para aplicar as multas contratuais e demais penalidades previstas em lei nos atrasos advindos de incapacidade ou mora da contratada”*.

Para reforçar o seu posicionamento, o relator mencionou que, por intermédio do Acórdão 981/2017 Plenário, o TCU havia multado ex-dirigentes da Petrobras por omissão na aplicação de sanções diante do atraso na obra de construção das tubovias no Comperj. Destacou, ainda, que *“a instauração de processo administrativo para a aplicação de penalidades contratuais é ato administrativo vinculado”*, decorrente do poder sancionador, que *“é uma prerrogativa detida pela Administração Pública para ser aplicado em benefício da coletividade, na hipótese de descumprimento de*

deveres por ela impostos. Assim, com fundamento no princípio da legalidade, a Administração é obrigada a submeter-se a todos os comandos que a lei contém, não lhe sendo permitida qualquer conduta que a eles se contraponha”. Deixou registrado que a aplicação de sanções nos contratos administrativos encontra respaldo nos arts. 58, 80, 81, 86 e 87 da Lei 8.666/1993 e que, sob a ótica do princípio da indisponibilidade do interesse público, *“é defeso ao administrador a prática de quaisquer atos que impliquem renúncia a direitos do Poder Público ou que injustificadamente onerem a sociedade. Havendo previsão contratual de aplicação de multa moratória, por exemplo, não pode o gestor deixar de aplicá-la no caso de observar a injusta demora por parte da contratada no cumprimento da obrigação acordada”*. Dessa forma, por ausência de comprovação, pelos responsáveis, de adoção de medidas tempestivas para instauração dos procedimentos pertinentes para aplicação das penalidades contratuais e ante a relevância social do empreendimento, o Tribunal, acolhendo a proposta do relator, rejeitou as razões de justificativa dos responsáveis e lhes aplicou a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992. Acórdão 2345/2017 Plenário, Auditoria, Relator Ministro Benjamin Zymler. Informativo de Licitações e Contratos nº 334.

5. TCU - A não realização da audiência pública prevista no art. 39 da Lei 8.666/1993 constitui vício insanável que macula todo o procedimento licitatório, ocasionando a sua anulação.

Representação formulada ao TCU apontou supostas irregularidades na Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras), relacionadas ao Pregão Eletrônico 4/2017, cujo objeto era a prestação de serviços de administração do benefício auxílio alimentação. Entre as irregularidades suscitadas, estava a ausência de realização da audiência pública prevista no art. 39 da Lei

8.666/1993. Ao constatar que o valor estimado da contratação (R\$ 816.153.777,35) de fato superava o limite estabelecido no referido dispositivo legal (R\$ 150.000.000,00), o auditor da SecexEstataisRJ propugnou pela expedição de determinação à Eletrobras com vistas à anulação do certame. Em posição diversa, o diretor, com a anuência do secretário da unidade técnica, entendeu que seria possível afastar a exigência de audiência pública prévia no caso concreto, por *“não vislumbrar a existência de quaisquer populações em situação de vulnerabilidade em face da contratação de serviços de administração do benefício Auxílio Alimentação pela Eletrobras”*. Instada a se manifestar nos autos, a Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas também concluiu pela inexistência de irregularidade na ausência de realização da audiência pública, por se tratar de *“formalidade dispensável no caso concreto, vez que o serviço a ser contratado tem baixa complexidade, não se vislumbrando a existência de tecnologias ou metodologias de prestação de serviços complexas ou inovadoras no mercado que justificassem a adoção do referido procedimento, que se tornaria apenas protelatório, o que se contrapõe ao princípio da eficiência”*. Em seu voto, o relator concordou com os argumentos aduzidos pelo auditor da SecexEstataisRJ, no sentido de que a não realização da audiência pública prevista no art. 39 da Lei 8.666/1993 *“constitui vício insanável e que macula de forma irremediável todo o procedimento licitatório”*, uma vez que o citado dispositivo estabelece ser obrigatória a audiência pública *“sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea ‘c’ desta Lei...”*. Para ele, *“o princípio mais relevante promovido por essa norma é o da transparência em contratações de elevado valor, e não apenas a busca por maior eficiência ante a possibilidade de se discutir com*

os licitantes a melhor solução técnica em serviços complexos”. Ao final, o relator propôs, e o Plenário decidiu, fixar prazo para que a Eletrobras adotasse as providências necessárias à anulação do Pregão Eletrônico 4/2017. Acórdão 2397/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz. Informativo de Licitações e Contratos nº 334.

6. TCU - Não viola o art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993 o edital da licitação exigir comprovação de patrimônio líquido mínimo pelo licitante, para fins de qualificação econômico-financeira, concomitantemente com previsão de prestação de garantia contratual (art. 56) pelo contratado. Afronta aquele dispositivo legal a exigência simultânea de patrimônio líquido mínimo e de garantia de participação na licitação (art. 31, inciso III) como requisitos de habilitação.

O TCU apreciou processo de representação a respeito de supostas irregularidades em pregão eletrônico para registro de preços promovido pela Eletrobrás, cujo objeto era a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração do benefício auxílio alimentação. A primeira representante alegara *“que a estatal não poderia exigir, no edital de licitação, comprovação de patrimônio líquido (PL) mínimo cumulado com compromisso de futura prestação de garantia contratual, eis que: (i) essa cumulação é vedada pela legislação (inciso III c/c § 2º do art. 31 da Lei 8.666/1993); e (ii) a soma do valor do PL com o da garantia, no caso concreto, superaria o limite de 10% do valor estimado para a contratação (§ 3º do art. 31 da Lei 8.666/1990). Além disso, exigência de PL no valor de R\$ 42 milhões implicaria, dado o vulto, em restrição ao caráter competitivo da licitação (inciso I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/1993)”*, e pedia a concessão de medida cautelar para suspensão do certame. A segunda representante apontara supostas irregularidades na não

realização da audiência pública prevista no art. 39 da Lei 8.666/1993 e no não parcelamento do objeto. Na apreciação preliminar, decidiu o relator em expedir a cautelar em razão de suposta irregularidade no cálculo do valor estimado da contratação, que definiria o valor exigível de patrimônio líquido, o montante da garantia de execução e a obrigatoriedade ou não de audiência pública prévia. Quanto à exigência concomitante de patrimônio líquido mínimo e de garantia de execução, entendeu o relator, na ocasião, não existir irregularidade. Para ele, *“a representante demonstra confusão entre os dois tipos de garantia previstos na Lei 8.666/1993: a garantia de participação e a garantia de execução. De fato, o art. 31, §2º, da citada lei veicula as possíveis exigências para qualificação econômico-financeira no certame, e que não podem ser cumuladas quais sejam: capital mínimo, patrimônio líquido mínimo ou prestação de garantias. Já os arts. 55, inciso VI, e 56 do mesmo diploma tratam da possibilidade de exigência de prestação de garantias para a execução do contrato, que nenhuma relação guarda com a apresentação de garantia de participação, mesmo porque os objetivos dessas garantias são distintos, vez que uma se destina a comprovar a capacidade financeira para adimplir a contrato futuro, e outra se destina a assegurar a entrega do que já está contratado. Note-se que a própria disciplina dessas garantias é distinta. Enquanto o art. 31, inciso III, dispõe que a garantia de participação se limita a 1% do valor estimado do objeto da contratação, o art. 56, § 2º, assevera que a garantia de execução não excederá 5% do valor do contrato. Deve-se ainda verificar que o art. 5º da Lei 10.520/2002 veda a exigência de garantia de proposta, mas nada trata sobre a garantia de execução, no que resta aplicável o disposto na Lei 8.666/1993”*. Na apreciação do mérito da matéria, reafirmou o relator seu posicionamento inicial quanto à inexistência de irregularidade neste ponto, mas propôs, e

o Plenário aprovou, a procedência parcial da representação e a fixação de prazo para a anulação do pregão, em razão da ausência de audiência pública previamente ao certame. Acórdão 2397/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz. Informativo de Licitações e Contratos nº 334.