

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, 25 de maio a 03 de junho de 2015

n. 12



◆ NÚCLEO DE
JURISPRUDÊNCIA ◆
SÚMULA

SUMÁRIO

PLENÁRIO

1. Não é competência da Corte de Contas analisar infringência ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.
2. A aplicação da teoria do fato consumado.
3. Restrição à competitividade por exigência quanto à localização geográfica.
4. Manifestação obrigatória do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e legitimidade de manifestação técnica de chefia por ocupante de cargo comissionado.
5. Vedação à exigência de visita técnica obrigatória.

1ª CÂMARA

6. Prescindível análise do dolo específico para caracterizar irregular o não recolhimento de contribuições previdenciárias retidas.

2ª CÂMARA

7. Desvio de finalidade em gastos com combustível.

OUTROS TRIBUNAIS

8. STF - TCU e declaração de inidoneidade para licitar.
9. TCU - A licitação é a regra, mesmo para as empresas estatais submetidas a regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal), inclusive em sua área finalística, e só pode ser afastada em situações nas quais for demonstrada a existência de obstáculos negociais, com efetivo prejuízo às atividades da estatal, que impossibilitem a licitação.

PLENÁRIO

1. Não é competência da Corte de Contas analisar infringência ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Tratam os autos de Recurso de Reconsideração interposto pelo Procurador-Geral da Câmara Municipal de Lúna, à época, em face do Acórdão TC-166/2013 no qual foi julgada irregular a prestação de serviços advocatícios a outro ente público enquanto ocupava o cargo de Procurador Geral, o que contraria o art. 29 da Lei 8.906/94. O relator acompanhado o Ministério Público de Contas entendeu que *“este Tribunal não tem competência para analisar infringência ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, ou seja, conforme entendimento do TCU não é competência da Corte de Contas apreciar ou sancionar infrações de natureza funcional”*. Neste sentido, o Plenário acordou de forma unânime por *“dar-lhe total provimento para excluir a irregularidade constante do Item 4 do Acórdão TC-166/2013, reformulando-o em relação à irregularidade imputada ao recorrente, dando-se, portanto, regular quitação ao responsável”*, e, ainda, que seja dada ciência à Ordem dos Advogados do Brasil do fato ocorrido para que sejam adotadas as providências cabíveis. [Acórdão TC-368/2015-Plenário](#), TC 6870/2013, relator Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, publicado em 25/05/2015.

2. A aplicação da teoria do fato consumado.

Versam os autos sobre Auditoria Especial para apuração de suposto descontrole no preenchimento do cargo de Auxiliar de Obras e Serviços Públicos II, pela Prefeitura Municipal de Vila Velha. A área técnica apontou a existência de 82 servidores que não foram contemplados pela estabilidade constitucional e não foram aprovados em concurso público. O relator manifestou-se no sentido de que *“em consonância com a doutrina especializada e*

com a jurisprudência do STF, opto pela aplicação da Teoria do Fato Consumado no caso em questão, por ter a convicção de que a relação jurídica e social até aqui delineada, solidificada nos últimos 26 (vinte e seis) anos, inflige a percepção de que o interesse público, no caso concreto, será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular, vale dizer, com a sua convalidação". E concluiu que "em momento algum foi possível vislumbrar indícios de má-fé dos destinatários do ato administrativo, o que afasta qualquer possibilidade da não convalidação do ato". O Plenário acordou em unanimidade por considerar regular os atos praticados pelo Prefeito em exercício de 2010 e 2011, e determinar que "a Prefeitura Municipal de Vila Velha realize estudo detalhado sobre sua necessidade de servidores, realizando o provimento exclusivamente na forma prevista na Constituição Federal". [Acórdão TC-373/2015-Plenário](#), TC 1460/2011, relator Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, publicado em 25/05/2015.

3. Restrição à competitividade por exigência quanto à localização geográfica.

Versam os autos sobre Representação em face da Prefeitura Municipal de Marataízes por indícios de irregularidades em procedimento de concorrência pública. Em apuração, foi apontada uma possível restrição à competitividade em razão da exigência de "comprovante de propriedade ou de termo de compromisso com proprietário de usina de CBUQ, situada a uma distância de até 60 km do local de aplicação". O relator asseverou que "a cláusula acima transcrita admite a hipótese de a licitante não dispor de usina de asfalto própria, e então, para esses casos, permite-lhe a alternativa de apresentar o documento de compromisso, atestando que possui condições de fornecer matéria em quantidade e qualidade necessárias ao cumprimento do contrato,

qual seja, garantir da futura contratada a apresentação do material CBUQ em condições satisfatórias de garantia". Em sequência concluiu que tal item não direcionou a licitação às empresas situadas na região. Nesses termos, o Plenário, à unanimidade, acolheu as razões de justificativa dos responsabilizados e determinou ao atual gestor "que não admita critérios de localização geográfica do estabelecimento do licitante, e, se caso tal requisito for indispensável à execução satisfatória do contrato e se a localização geográfica envolver distinções econômicas pertinentes à avaliação da vantagem da proposta seja vedada a adoção destas exigências como requisito habilitatório de participação dos licitantes". [Acórdão TC-211/2015-Plenário](#), TC 1591/2012, relator Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, publicado em 01/06/2015.

4. Manifestação obrigatória do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e legitimidade de manifestação técnica de chefia por ocupante de cargo comissionado.

Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto perante a Decisão TC-3457/2010, que não conheceu da Representação em face da Secretaria de Estado da Fazenda-SEFAZ, com fundamento na ilegitimidade ativa do signatário para praticar atos em nome da sociedade empresária em tela. Acerca da nulidade da decisão recorrida, o relator corroborou com o entendimento técnico e do Ministério Público Especial de Contas no sentido de que a não manifestação desse último "ocasiona a nulidade absoluta da decisão recorrida, tendo em vista o descumprimento ao art. 3º, inciso II da Lei Complementar 451/08". Também foi trazida arguição de nulidade pela impossibilidade de ocupante de cargo comissionado tratar de matéria técnica. O relator trouxe o rol das atribuições dos cargos de provimento comissionado do quadro de pessoal desta Corte de Contas, previsto pelo artigo 2º da

Resolução TC nº 89/1992. Nessa linha, o Plenário acordou, à unanimidade, por conhecer do presente Recurso, dando-lhe parcial provimento “para que seja anulada a Decisão TC-3457/2010 (Processo TC 2471/2010) em razão da ausência de interveniência obrigatória do órgão do Ministério Público de Contas, reconhecendo a legitimidade da Manifestação Técnica de Chefia MTC 35/2010”. [Acórdão TC-428/2015-Plenário](#), TC 8288/2010, relator Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 01/06/2015.

5. Vedação à exigência de visita técnica obrigatória.

Tratam os autos de Representação, em face de supostas ilegalidades contidas no edital de licitação na modalidade concorrência, que tem por objeto a contratação de empresa para construção de unidades de habitação em diversas localidades do Município de Presidente Kennedy. Dentre as irregularidades analisadas, foi verificada a obrigatoriedade de visita técnica conjunta. O relator sobre a importância de realização de visita técnica entendeu que “*é preciso reconhecer que a exigência limita o universo de competidores, uma vez que poderá acarretar ônus excessivo aos interessados que se encontram em localidades distantes do local estipulado para o cumprimento do objeto, restringindo à competitividade*”. Asseverou ainda que “*somente deve ser exigida a visita técnica nos casos em que as peculiaridades não possam ser expressas de modo detalhado e específico no instrumento convocatório e, em não sendo este o cenário, ou seja, se o local em que o contrato será executado não justificar a realização de visita técnica, então, essa exigência não deve ser feita, ou deverá ser facultativa, já que o próprio edital poderá indicar precisamente as condições locais para a execução do objeto*”. Dessa forma, o Plenário acordou de forma unânime acompanhando o voto do relator por “*considerar procedente a*

representação, entretanto deixar de aplicar multa em razão de que a própria Administração de Presidente Kennedy promoveu a suspensão do Edital de Concorrência nº 08/2011 em razão de necessidade de revisão do processo administrativo”. [Acórdão TC-457/2015-Plenário](#), TC 7490/2011, relator Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel, publicado em 01/06/2015.

1ª CÂMARA

6. Prescindível análise do dolo específico para caracterizar irregular o não recolhimento de contribuições previdenciárias retidas.

Trata-se de Prestação de Contas Anual do Chefe do Executivo de Água Doce do Norte, relativa ao exercício de 2012. Foi detectada irregularidade quanto ao *“Não recolhimento das contribuições do INSS retidas dos servidores e de terceiros”*. O relator ressaltou que o próprio agente admitiu ter recolhido os valores e não ter repassados à previdência social no prazo legal e complementou que *“O que caracteriza a irregularidade é a ausência de repasse dentro do prazo legal. Fica claro ser desnecessário o dolo específico para configurar a irregularidade”*. Em análise aos argumentos defensivos entendeu que ao não repassar o montante previdenciário ao seu destino legal, o agente *“deixou de praticar ação que estava ao alcance de seu cargo e prevista em lei. Logo, mesmo argumentando não possuir o dolo de praticar ato, o fato é que houve o descumprimento a normatização previdenciária em vigor”*. Salientou que o posterior parcelamento da dívida não anula a ausência de recolhimento e que *“Caberia ao gestor à comprovação do que escreveu, não podendo o ônus da prova ser invertido”*. Nesse sentido, a Primeira Câmara resolveu, por maioria, recomendar à Câmara Municipal de Água Doce do Norte a rejeição da Prestação de Contas Anual do Prefeito Municipal. [Parecer Prévio TC-16/2015-Primeira Câmara](#), TC 3246/2013, relator Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, publicado em 01/06/2015.

2ª CÂMARA

7. Desvio de finalidade em gastos com combustível.

Os autos tratam de Tomada de Contas Especial da autarquia de Serviço Autônomo de Água e Esgoto do Município de Itarana - SAAE. Dentre as irregularidades apontadas, foi analisado o desvio de finalidade e ausência de liquidação de despesa nos gastos do SAAE. O responsável justificou que utilizou os valores para a aplicação na reforma das instalações da autarquia. O relator fez um estudo das duas espécies de desvio de poder, sendo que o excesso de poder se *“caracteriza quando o agente extrapola seus limites ou invade competência de outrem e o desvio de finalidade ocorre quando o agente busca fim diverso do interesse público ou pratica atos com motivos estranhos ao interesse público seja por motivo pessoal, político, de terceiro ou ocorre quando, mesmo sendo o interesse público, o interesse é distinto daquele previsto na regra de competência do fim específico”*. E entendeu que *“no caso em concreto, denota-se que o Responsável utilizara o recurso público de forma inapropriada utilizando-se de simulação com suposto gasto com combustível para realização de obra/reforma sem previsão orçamentária, sem projeto básico ou qualquer outro elemento que viabilizasse sua fiscalização, caracterizando o desvio de finalidade”*. Neste sentido, a Segunda Câmara acordou por julgar irregulares as contas do Serviço Autônomo de Água e Esgoto pelo objeto de análise *“aplicando-lhe, nos termos do art. 96, inciso III, da Lei Complementar nº 32/93, vigente à época dos fatos, a multa equivalente a 500 VRTE`s”*, e ainda condenando o responsável ao ressarcimento no valor equivalente a 3.415,78 VRTE`s. [Acórdão TC-244/2015-Segunda Câmara](#), TC 4982/2011, relator Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel, publicado em 25/05/2015.

OUTROS TRIBUNAIS

8. STF - TCU e declaração de inidoneidade para licitar.

O TCU tem competência para declarar a inidoneidade de empresa privada para participar de licitações promovidas pela Administração Pública. Com base nessa orientação, o Tribunal, por maioria, denegou mandado de segurança impetrado em face de decisão do TCU que declarara não poder aquela pessoa jurídica, por cinco anos, participar de licitações públicas. No caso, a Corte de Contas aplicara a referida penalidade porque a impetrante fraudara documentos que teriam permitido a sua habilitação em procedimentos licitatórios. A decisão fora fundamentada no art. 46 da Lei 8.443/1992 — Lei Orgânica do TCU (“Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”). A Corte destacou que, no julgamento da Pet 3.606 AgR/DF (DJU de 27.10.2006), o Plenário do STF reconheceu a validade do art. 46 da Lei Orgânica do TCU e esclareceu que “o poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8.443/92), não se confunde com o dispositivo da Lei das Licitações (art. 87), que - dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§ 3º) - é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente”. Lembrou que outras decisões foram proferidas no sentido de assentar a constitucionalidade das atribuições que são delegadas a certas entidades privadas (organizações sociais e entidades do “Sistema S”) e que teriam como um dos fundamentos básicos a submissão dessas entidades ao Tribunal de Contas e, portanto, sujeitas às sanções

correspondentes por ele aplicadas. Asseverou que a base normativa que legitima, a partir da Constituição, o exercício desse dever/poder de fiscalizar, de controlar e de reprimir eventuais fraudes ou ilicitudes no âmbito da Administração Pública residiria no art. 46 da Lei 8.443/1992. Ademais, o parágrafo único do art. 70 da CF (“Art. 70. ... Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária”) submeteria essa competência material do TCU não apenas as pessoas de direito público, mas também as pessoas jurídicas de direito privado e até mesmo as pessoas naturais. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem. Assinalava que o § 3º do art. 71 da CF, ao estabelecer que as decisões do TCU de que resultasse imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo, conduziria, em interpretação sistemática e teleológica, à conclusão de que o pronunciamento diria respeito à Administração Pública. Nesse contexto, frisava que o art. 46 da Lei 8.443/1992 implicaria — a colocar em segundo plano a higidez — aditamento ao rol das práticas autorizadas pelo art. 71 da CF e à Lei 8.666/1993, a qual seria categórica ao preconizar o que incumbiria, de forma exclusiva, ao Ministro de Estado, ao Secretário Estadual ou Municipal aplicar sanção [“Art. 87. ... § 3º. A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação”]. Assim, assentava a inconstitucionalidade do art. 46 da Lei 8.443/1992. MS 30788/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, 21.5.2015. [Informativo do STF 786, de 18 a 22 de](#)

[maio de 2015.](#)

9. TCU - A licitação é a regra, mesmo para as empresas estatais submetidas a regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal), inclusive em sua área finalística, e só pode ser afastada em situações nas quais for demonstrada a existência de obstáculos negociais, com efetivo prejuízo às atividades da estatal, que impossibilitem a licitação.

Em Recursos de Reconsideração interpostos pela Petrobras Distribuidora S.A (Petrobras) e por gestores da estatal contra o Acórdão 7.721/2011-2ª Câmara, a Petrobras questionara, especificamente, a determinação para que orientasse suas unidades quanto ao cumprimento do Acórdão 1.186/2007-TCU-2ª Câmara, no sentido de realizar o devido procedimento licitatório nas contratações de transportes que sejam atividade-fim da empresa, como a de transporte de produtos, a não ser que houvesse óbice intransponível à sua atividade comercial. Em suas razões recursais, a estatal alegara que *“no presente caso não haveria o dever de licitar, pois a atividade-fim por ela desempenhada está inserida em um mercado concorrencial, em que compete em igualdade de condições. Assim, se estiver obrigada a licitar, não seria conferido a ela um tratamento isonômico em relação às demais empresas”*. Mencionara ainda o art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, que a submete ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Ao analisar o recurso, o relator inicialmente explicou que a determinação decorrera da constatação de que os contratos de transporte não eram precedidos de licitação, destacando que a jurisprudência mais recente do TCU é no sentido de que *“a licitação é a regra, inclusive para a área finalística da empresa, e só pode ser afastada em situações nas quais for demonstrado efetivo prejuízo às atividades da estatal, algo que não foi demonstrado pela*

recorrente para o transporte de produtos”. Sobre a possibilidade de realizar licitação para os serviços de transporte, esclareceu o relator que *“o objeto a ser contratado pode ser adequadamente delimitado, fixando-se previamente os diversos parâmetros do serviço, tais como preço, prazo, condições de transporte e de entrega, dentre outros. Quanto à demanda, é possível prever de antemão o volume a ser transportado e, ainda que ocorram variações, é possível alterar seus valores por meio de termo aditivo. Existe no mercado um número significativo de empresas que prestam o serviço, fator que implica a possibilidade de competição nos certames e que favorece a busca da proposta mais vantajosa para a estatal”*. Ponderou contudo o relator que não estaria *“impondo o procedimento licitatório a todas as atividades finalísticas, mas apenas afirmando que essa é a regra. Compete à estatal demonstrar, em cada caso, a existência de eventuais obstáculos negociais que impossibilitem a licitação”*. Por fim, ressaltou que estaria superado o entendimento fixado no Acórdão 121/1998-Plenário, *“segundo o qual seria excluída a obrigatoriedade de a Petrobras realizar processo licitatório para as contratações de transportes que sejam atividade-fim da empresa, como a de transporte de produtos”*. Pelos motivos expostos pelo relator, o Plenário do Tribunal negou provimento ao recurso da Petrobras. Acórdão 2384/2015-Segunda Câmara, TC 012.573/2005-8, relator Ministro Benjamin Zymler, 12.5.2015. [Informativo de Licitações e Contratos nº 242, sessões de 12 e 13 de maio de 2015.](#)