

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, 17 a 28 de agosto de 2015

n. 18



◆ NÚCLEO DE  
JURISPRUDÊNCIA ◆  
SÚMULA

## SUMÁRIO

### PLENÁRIO

1. Prejulgado nº 003 – Contratação temporária para a área de educação.
2. Auditoria Operacional Coordenada na Educação.
3. Cumprimento de medida cautelar e resolução de mérito.
4. Limites para aplicação de recurso em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino.

### 2ª CÂMARA

5. Nulidade processual e ausência de prejuízo.
6. Apreciação das contas independe da existência de dano ao erário.

### OUTROS TRIBUNAIS

7. STF – Licitação e demonstração de prejuízo ao erário ou favorecimento.
8. TCU – Para apuração de superfaturamento em contratos de obras públicas, admite-se a utilização de valores obtidos em notas fiscais de fornecedores das contratadas como parâmetro de mercado (acrescido dos custos indiretos e do BDI), quando não existirem preços registrados nos sistemas referenciais e o insumo provier de um mercado monopolístico.

## PLENÁRIO

### 1. Prejulgado nº 003 – Contratação temporária para a área de educação.

Negar executividade à Lei Municipal nº 5.037/2010, do município de Vila Velha, que dispõe sobre a contratação temporária de pessoal administrativo para a área de educação e dá outras providências, tendo em vista a sua inconformidade com as disposições contidas no artigo 37, incisos II e X da Constituição Federal. [Prejulgado Nº 003, Acórdão TC-298/2015-Plenário](#), TC 5140/2013, relator Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Prejulgado publicado em 26/08/2015.

### 2. Auditoria Operacional Coordenada na Educação.

Versam os autos sobre Auditoria Operacional Coordenada na Educação – Ensino Médio exercício de 2013, realizada na Secretaria de Estado da Educação – SEDU. Inicialmente, o relator ressaltou que os procedimentos de auditoria operacional decorreram do Acordo de Cooperação Técnica firmado entre os Tribunais de Contas do Brasil, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas – ATRICON e o Instituto Rui Barbosa – IRB. Apresentado o Plano de Ação pela Secretaria de Estado da Educação, o relator acompanhou a área técnica parcialmente, apresentando que *“nos itens suprarreferidos, as ressalvas devem ser tratadas como RECOMENDAÇÃO desta Corte de Contas, que por sua vez, deve monitorar tanto a execução do Plano de Ação, quanto os procedimentos a serem adotados para as recomendações”*. Em relação aos procedimentos de auditoria o relator acolheu *“a sugestão da Comissão de Auditoria constante do item 3 da conclusão, no sentido de ‘revisão dos procedimentos de auditoria operacional estabelecidos pela IN nº 9 de 9/9/08 diante do fluxo praticado nos autos, que evidencia a necessidade*

*de adoção de modelo mais flexível para esta modalidade de auditoria, visando à racionalização administrativa e à celeridade das medidas relacionadas às recomendações e determinações proferidas’, por entender necessárias ao aprimoramento dessa modalidade de auditoria”. O Plenário, à unanimidade, acordou por acolher o Plano de Ação apresentado pela SEDU, recomendando ao atual gestor do órgão que “adote as medidas sugeridas pela Comissão de Auditoria na Instrução Técnica Conclusiva (...) excluindo apenas as recomendações constantes nos itens 54 e 49, pelas razões exaradas no voto do Relator”. [Acórdão TC-1085/2015-Plenário](#), TC 371/2014, relator Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, publicado em 24/08/2015.*

### **3. Cumprimento de medida cautelar e resolução de mérito.**

Os autos tratam de Representação com pedido de medida cautelar, em face do Município de Marataízes, acerca de supostas irregularidades no edital cujo objeto era a contratação de serviço de elaboração de projetos de engenharia para pavimentação e drenagens de vias públicas. A medida cautelar foi concedida para a suspensão do procedimento, o que foi acatado pela Prefeitura, que publicou a alteração do edital com a correção das exigências tidas como irregulares. Em razão desse acontecimento, o relator entendeu que “*depois da concessão de cautelar, acatando-a, cumprindo-a, o fez em razão da tutela acautelatória, ou seja, da atuação da Corte de Contas, o que implica o reconhecimento jurídico da procedência da representação e isso nada mais é que o mérito do julgamento*”. Nesse mesmo sentido, o Plenário de forma unânime acordou por “*conhecer da representação e, no mérito, considerá-la procedente, extinguindo o processo com resolução de mérito*”. [Acórdão TC-826/2015-Plenário](#), TC 11177/2014, relator Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 24/08/2015.

### **4. Limites para aplicação de recurso em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino.**

Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto em face do Parecer Prévio TC-54/2009 que recomendou a rejeição das contas do Prefeito do Município de Linhares, referente ao exercício de 2007. Dentre outras irregularidades, foi apontada pela área técnica a “*Aplicação deficitária de R\$ 496.697,84 (0,46%) em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino – MDE*”. Encampando o entendimento da área técnica, o relator entendeu que “*o Município tem de cumprir os dois limites: 95% dos recursos do FUNDEB aplicados dentro do exercício (art. 21, § 2º da Lei 11.494/2007) e 25% da receita de impostos e transferências aplicadas em manutenção e desenvolvimento do ensino - MDE (art. 212 da Constituição da República)*” e “*esclareça-se que a faculdade conferida pelo citado art. 21, § 2º, da Lei nº 11.494/2007, de transferir a aplicação de até 5% dos recursos do FUNDEB para o exercício seguinte, somente pode ser considerada em harmonia com o art. 212 da Constituição caso essa parcela não comprometa o cumprimento do limite mínimo de aplicação obrigatória*”. O Plenário de forma unânime acordou em dar provimento parcial ao recurso, porém mantendo a irregularidade da aplicação deficitária. [Parecer Prévio TC-43/2015-Plenário](#), TC 37/2010, relator Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, publicado em 24/08/2015.

## 2ª CÂMARA

### 5. Nulidade processual e ausência de prejuízo.

Cuidam os autos da Prestação de Contas Anual e Fiscalização da Câmara Municipal de Jaguaré, exercício financeiro 2010. Na análise verificou-se a regularidade das contas prestadas, porém em relação ao processo de fiscalização foram constatadas inconsistências. Em sede de defesa, preliminarmente, um dos gestores responsabilizados alega que não restou discriminado qual erro ou irregularidade que ele teria cometido, afirmando que a infração foi exposta de forma genérica. O relator assevera que *“de fato, não foi o mesmo relacionado em quaisquer das irregularidades descritas (...), que não individualizou a conduta do suposto responsável nos itens analisados e sequer sugeriu citação do mesmo. No entanto, aduz que, em que pese assistir razão ao defendente, no que tange à inexistência de definição de sua responsabilidade individual, percebe-se do contexto probatório dos autos que a suposta irregularidade que lhe incidiria responsabilização ao final foi afastada”*. Acatando a argumentação do gestor, o relator pondera sobre a desnecessária declaração de nulidade do ato justificando que *“como a única irregularidade que se vislumbra como de possível responsabilidade do mesmo foi ao final afastada, não se constata a ocorrência de qualquer prejuízo ao defendente, motivo pelo qual podem ser aplicadas as disposições constantes do art. 367 do Regimento Interno do TCEES”*. Nesses termos a 2ª Câmara deliberou por não acolher a preliminar suscitada. [Acórdão TC-819/2015-2ª Câmara](#), TC 1660/2011, relator Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel, publicado em 17/08/2015.

### 6. Apreciação das contas independe da existência de dano ao erário.

Ainda sobre o processo anterior, o procurador municipal, ao ser responsabilizado, argumentou preliminarmente a ausência de individualização de conduta e ausência de interesse de agir. O relator comungando com o entendimento técnico entende pela não procedência da argumentação, pois nos termos da Instrução técnica inicial verifica-se a descrição correta da irregularidade e a individualização da conduta qual seja *“procurador Jurídico da câmara Municipal de Jaguaré, no exercício 2010, tendo em vista a prática de ato ilegal presentificada no item 3.1.1.2 desta Instrução Técnica Conclusiva, na forma da alínea “c” do inciso III do artigo 84 da Lei Complementar 621/2012”*. E ao que concerne a alegação de falta de interesse de agir ante a inexistência de dano ao erário, manifesta-se o relator no sentido de que *“o julgamento das contas independe da efetiva ocorrência de dano ao erário, sendo possível o julgamento pela irregularidade diante da ocorrência de grave infração à norma legal ou regulamentar, por exemplo”*. Dessa forma restou prejudicado o acolhimento das preliminares arguidas. Nesses termos do voto do relator a 2ª Câmara deliberou por não acolher os pedidos constantes da preliminar suscitada. [Acórdão TC-819/2015-2ª Câmara](#), TC 1660/2011, relator Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel, publicado em 17/08/2015.

## OUTROS TRIBUNAIS

### 7. STF – Licitação e demonstração de prejuízo ao erário ou favorecimento.

A Segunda Turma iniciou julgamento de denúncia na qual se imputa a deputada federal, então secretária de estado, a prática dos crimes previstos no art. 312, “caput”, do CP (peculato desvio) e do art. 89 da Lei 8.666/1993 (inexigibilidade indevida de licitação). No caso, segundo a inicial acusatória, a indiciada teria desviado vultosa quantia de convênio entre Estado-Membro e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE. Teria, também, deixado de exigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ao contratar determinada empresa para prestar serviços de capacitação de professores. O Ministro Gilmar Mendes (relator) rejeitou a denúncia, no que foi acompanhado pelo Ministro Teoria Zavascki. No que se refere ao art. 312 do CP, assinalou que não haver plausibilidade da acusação, uma vez que os recursos teriam sido incorporados ao Tesouro — caixa único do Estado. Desclassificou essa conduta para a prevista no art. 315 do CP e reconheceu a prescrição da pretensão punitiva do Estado e, conseqüentemente, declarou extinta a punibilidade da denunciada em relação ao crime previsto no art. 315 do CP. Quanto à inexigibilidade de licitação, essa teria sido fundada no art. 25, II, da Lei 8.666/1993. O objeto da contratação fora enquadrado como “serviço técnico de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, de natureza singular, com profissionais de notória especialização”. Afirmou que a hipótese não se harmonizaria ao dispositivo legal, pois a empresa que formulara proposta para prestar o serviço contratado não demonstrara a especialização exigida. Essa pessoa jurídica teria acostado atestados de competência técnica referentes à capacitação e aperfeiçoamento de pessoal voltado para as áreas de administração e marketing, mas não para área

atinentes ao treinamento pretendido — capacitação de educadores do ensino de jovens e adultos. Ademais, a procuradoria administrativa teria opinado pela viabilidade da contratação, mas alertara para a necessidade da justificativa de preços. No entanto, a procuradoria-geral do Estado-Membro considerara que a adoção de parecer anterior suprimiria a necessidade. Ocorre que o parecer mencionado não fazia qualquer menção à justificativa do preço. A realização de pesquisa de mercado após a escolha da fornecedora, muito embora não provasse, por si só, qualquer ilícito, levantaria suspeita para o direcionamento indevido da contratação. Esses seriam elementos adicionais a indicar que a contratação direta não teria sido a decisão juridicamente correta. O relator consignou, no entanto, que a jurisprudência do STF, ao interpretar o art. 89 da Lei 8.666/1993, exigiria a demonstração do prejuízo ao erário e da finalidade específica de favorecimento indevido para reconhecer a adequação típica. O objetivo desse entendimento seria separar os casos em que ocorreria interpretação equivocada das normas, ou mesmo puro e simples erro do administrador daqueles em que a dispensa buscara efetivo favorecimento dos agentes envolvidos. Mencionou que, a despeito disso tudo, os elementos não demonstrariam que a denunciada tivesse agido com intenção de causar prejuízo ao erário ou favorecer a contratada. Não haveria elemento que indicasse que a denunciada tivesse pessoalmente exercido influência na escolha. Assim, em princípio, a denunciada teria agido com a crença de que a contratação seria conveniente e adequada e de que a licitação seria inexigível de acordo com os critérios jurídicos. Por fim, não vislumbrou elementos suficientes a indicar vontade de causar prejuízo ao erário ou favorecer a contratada. Em seguida, a Ministra Cármen Lúcia pediu vista. Inq 3731/DF, rel. Min. Gilmar Mendes 18.8.2015. (Inq-3731). [Informativo STF n.º 795, de 17 a 21 de agosto de 2015.](#)

**8. TCU – Para apuração de superfaturamento em contratos de obras públicas, admite-se a utilização de valores obtidos em notas fiscais de fornecedores das contratadas como parâmetro de mercado (acrescido dos custos indiretos e do BDI), quando não existirem preços registrados nos sistemas referenciais e o insumo provier de um mercado monopolístico.**

Relatório de Inspeção realizada no Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (Dnocs) apontara indícios de sobrepreço em contrato destinado à construção da infraestrutura básica de irrigação do Projeto Tabuleiro de Russas - 2ª Etapa, em especial no item “tubos de ferro fundido”. Ao analisar as oitivas regimentais, o auditor instrutor contestou a metodologia utilizada pela equipe de fiscalização para apuração do sobrepreço, destacando que “embora a utilização das notas fiscais para verificação da compatibilidade dos preços contratados com aqueles praticados pelo mercado seja juridicamente possível, não se afigura a melhor solução, no presente caso concreto, uma vez que tal metodologia ‘somente se mostra possível quando a diferença entre os preços do orçamento e aqueles efetivamente incorridos são irrazoáveis, desproporcionais ou inaceitáveis’ ”. Nesse sentido, concluiu o auditor pela inexistência de sobrepreço, uma vez que a diferença a maior observada nos preços contratuais seria de apenas 1,28% do preço total do ajuste na data base de abril/2008, obtida em uma amostra de apenas 49,24% do contrato. O diretor e o titular da unidade técnica, porém, divergiram desse entendimento. Ressaltou o diretor que as diferenças observadas nos preços contratuais a partir do exame das notas fiscais (situadas entre 26% e 71%, com uma variação média ponderada de 53%), não estariam “numa faixa de variabilidade aceitável de mercado, não podendo, portanto, ser excluída [a amostra formada por tubos de ferro fundido] da análise total do sobrepreço realizada”. O titular da

unidade técnica acrescentou que “não havia, nos sistemas de referência oficiais e subsidiários, paradigmas de preço na data-base de abril/2008”, e que a empresa que emitira as notas fiscais seria “o único produtor e fornecedor de tubos de ferro fundido no Brasil, operando em um mercado monopolista, o que levou à descontinuidade da divulgação da referência de mercado pelo IBGE no âmbito do Sinapi”. O relator, endossando as conclusões do diretor e do titular da unidade técnica, ressaltou que, conforme os Acórdãos 157/2009-Plenário e 993/2009-Plenário, “o uso das notas fiscais para apuração de sobrepreço em contratos de obras públicas se mostra possível desde que haja ‘incoerências grosseiras nos preços dos insumos, e nas hipóteses em que tais inconsistências sejam materialmente relevantes e capazes de propiciar um enriquecimento ilícito do contratado’ ”. Sobre o caso em exame, destacou o relator que, para formar o preço de referência, a unidade técnica utilizara “o custo direto de aquisição da contratada junto ao fabricante (...) acrescido dos seguintes custos: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI de 5%, Diferença de Alíquota do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS de 3% e frete de 20%”, fazendo ainda incidir, sobre o custo total obtido, o percentual de 35,22%, referente ao BDI do contrato. Diante do exposto, concluiu o relator que o preço de referência obtido “levou em conta todos os custos envolvidos na cadeia de fornecimento dos insumos, não havendo, portanto, nenhum reparo a fazer na metodologia usada pela unidade técnica”. Além disso, destacou o relator o conservadorismo da análise realizada pela unidade técnica, uma vez que adotara o BDI contratual de 35,22 %, “percentual bem acima do atualmente aceito pelo Tribunal como adequado”, utilizando ainda notas fiscais “emitidas entre janeiro e março de 2009 como base para a obtenção do preço de referência de abril/2008, quase um ano antes”. Por fim, ao rebater novos



argumentos de defesa apresentados pela contratada, a qual invocara precedentes do Tribunal que afastaram o uso dos custos incorridos pelo contratado como base para a obtenção do preço de mercado (Acórdãos 910/2014-Plenário e 2784/2012-Plenário), o relator registrou que “não se nega que esse é o entendimento correto à luz do regime jurídico dos contratos administrativos e do próprio sistema econômico do país que prega a liberdade de iniciativa e a busca do lucro”. Contudo, ressaltou, “em situações extremas como a que ora se enfrenta, em que não existem preços nos sistemas referenciais e o insumo analisado foi adquirido em um mercado monopolístico, julgo que o valor obtido das notas fiscais, acrescido de custos indiretos e BDI acima do atualmente aceito pelo TCU, constitui um parâmetro seguro do valor de mercado do bem. Tomando por base a ideia de abuso de direito e os princípios da boa-fé contratual e do não enriquecimento sem causa, entendo que os preços praticados pela contratada excedem o limite do razoável, não podendo ser considerados compatíveis com os de mercado”. Caracterizado o dano ao erário, o Tribunal, pelos motivos expostos pelo relator, decidiu converter os autos em tomada de contas especial, determinando à unidade técnica, dentre outras medidas, que “envide esforços para ampliar a amostra de itens do Contrato (...) a ser usada para a análise da ocorrência de sobrepreço, averiguando, inclusive, as pesquisas de preço eventualmente realizadas pelo Dnocs com vistas ao exame da economicidade do ajuste antes do início da execução contratual”. Acórdão 1992/2015-Plenário, TC 028.869/2011-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 12.8.2015. [Informativo de Licitações e Contratos n.º 255, sessões 11 e 12 de agosto de 2015.](#)