

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, 11 a 22 de julho de 2016

n. 38



◆ NÚCLEO DE  
JURISPRUDÊNCIA ◆  
SÚMULA

## SUMÁRIO

### PLENÁRIO

1. Prejudicialidade em incidente de inconstitucionalidade.
2. Legitimidade da OAB para intervir em responsabilidade do advogado parecerista.
3. Periculum in mora inverso.
4. Anterioridade na fixação de subsídios dos agentes políticos do Poder Executivo.

### 1ª CÂMARA

5. Pagamento em contrato de recuperação de crédito.

### 2ª CÂMARA

6. Anulação de julgamento de prestação de contas.

### OUTROS TRIBUNAIS

7. TCU: Em regra, as exigências para demonstração da capacidade técnico-operacional devem se limitar à comprovação de execução de obras e serviços similares ou equivalentes, não se admitindo, sem a devida fundamentação, a exigência de experiência em determinado tipo de metodologia executiva, a exemplo da comprovação da realização de serviços de dragagem mediante sucção e recalque, em detrimento de outros sistemas.

## PLENÁRIO

### 1. Prejudicialidade em incidente de inconstitucionalidade.

Tratam os autos de Representação, com pedido para concessão de medida cautelar, oferecida pelo Ministério Público de Contas, em que foram verificados indícios de irregularidades no âmbito da Concorrência Pública para a outorga de concessão de linhas para prestação de serviços públicos coletivos de passageiros no Estado do Espírito Santo. Sobre a análise do incidente de inconstitucionalidade o Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel, em voto vista, fez as seguintes considerações: *“Apesar de reconhecer que o Tribunal de Contas possui competência para a análise de constitucionalidade de atos normativos nos casos concretos, e de reconhecer que a pendência de julgamento no Supremo não impede a manifestação deste TCE, entendo de bom alvitre que seja aguardado o referido julgamento, sob pena de negarmos exequibilidade a dispositivo normativo de idêntica redação a Lei Federal que pode ter sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal”*. E complementou: *“no caso concreto em exame, entendo que a melhor conduta é julgar prejudicado o presente incidente, especialmente pela necessidade de oitiva da Procuradoria Geral do Estado, visto que não houve qualquer manifestação de defesa quanto à Lei Estadual cuja inconstitucionalidade se pretende reconhecer, não havendo qualquer prejuízo na adoção da medida proposta, especialmente quando as licitações objeto das representações foram canceladas”*. O Plenário, à unanimidade, acordou por considerar prejudicado o incidente de inconstitucionalidade proposto. Acórdão TC-544/2016-Plenário, TC 12255/2014, relator Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel, publicado em 11/07/2016.

## 2. Legitimidade da OAB para intervir em responsabilidade do advogado parecerista.

Tratam os autos de expediente protocolado como Fornecimento de Informações, no qual a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB requereu Juízo de Retratação em face do Termo de Citação expedido no Processo TC 2681/2012 que se trata de Auditoria Ordinária na Prefeitura Municipal de Guarapari. Sobre a legitimidade da OAB para intervir em responsabilidade do advogado parecerista, o relator manifestou-se no seguinte sentido: *“O Ordenamento Jurídico Brasileiro não é condescendente com a inimputabilidade, a irresponsabilidade absoluta de qualquer pessoa ou categoria profissional, sejam públicos ou privados, pelo fato de estarem devidamente inscritos nos quadros da OAB, haja vista a regra geral de responsabilização por atos ilícitos, especialmente aqueles que possam causar danos a terceiros”*. Nesse sentido, o relator registrou que *“o Tribunal de Contas da União – TCU já firmou seu entendimento acerca da possibilidade de responsabilização do ‘advogado público’, desde que sejam constatados alguns pressupostos específicos, quais sejam: quando o parecer não estiver devidamente fundamentado; quando não defende tese jurídica aceitável; e/ou quando não está alicerçado em entendimento doutrinário ou jurisprudencial”*. O relator lembrou ainda que *“O TCU já se manifestou no sentido de que, sendo o advogado público chamado ao processo para prestar esclarecimentos, não cabe a este se eximir a tal convocação”*. Diante de todo o exposto, concluiu: *“não há qualquer violação às prerrogativas da advogada, não cabendo a intervenção da OAB nos autos do processo TC 2681/2012, por ausência de legitimidade de agir”*. O Plenário, à unanimidade, decidiu pelo não cabimento da intervenção da OAB nos autos do processo TC 2681/2012, por ausência de legitimidade de agir. Acórdão TC-542/2016-Plenário, TC 6719/2014, relator Conselheiro Domingos Augusto Taufner,

publicado em 18/07/2016.

## 3. Periculum in mora inverso.

Cuidam os autos de Agravo interposto pela Prefeita do Município de Itapemirim, em face da Decisão Plenária TC nº 4747/2015, que concedeu medida cautelar para suspender a execução do Contrato, relativo à prestação de serviços de gestão pública de orientação, consultoria, assessoria, treinamento e capacitação dos servidores municipais, ante a possibilidade de estar havendo terceirização de atividade típica da Administração. O relator destacou que *“a contratação da aludida empresa, num juízo de cognição sumária, não restou demonstrada, em face do argumento despendido, no sentido de que estaria a Administração autorizada a buscar o auxílio de terceiros especializados, posto que a medida excepcional deve ser objeto de análise meritória nos autos principais, tendo em vista que a admissão por concurso público é uma regra constitucional”*. E concluiu dizendo que *“ao contrário do que sustenta o agravante, in casu não se verifica o periculum in mora inverso, vez que a contratação de tais serviços de assessoria não preenchem os requisitos legais e, num juízo de cognição sumária, mostra-se atentatória ao postulado constitucional do concurso público, posto que se trata de pretensa contratação de serviços já existentes no quadro de pessoal do Município de Itapemirim, ocupado por profissionais devidamente habilitados para tais demandas”*. Desse modo, o Plenário, à unanimidade, concordou por conhecer o Agravo, para no mérito, negar provimento, mantendo os termos da Decisão Plenária TC nº 4747/2015. Acórdão TC-574/2016-Plenário, TC 10229/2015, relator Conselheiro Marco Antônio da Silva, publicado em 18/07/2016.

#### **4. Anterioridade na fixação de subsídios dos agentes políticos do Poder Executivo.**

Versam os autos sobre Auditoria Ordinária realizada na Prefeitura Municipal de Cariacica, exercício de 2007. Quanto à ilegalidade da lei fixadora dos subsídios dos agentes políticos, o relator assim manifestou: *“Primeiramente, quanto à tese de que a Lei Municipal nº 4.267/2004, por estabelecer de forma diversa da lei orgânica os subsídios dos agentes políticos do município, revogou o artigo 60 da LOM, temos que a doutrina e a jurisprudência majoritária reconhecem a prevalência das leis orgânicas sobre as demais normas municipais, inclusive sobre as leis ordinárias. Além disso, quando se indaga sobre o confronto entre lei municipal e lei orgânica, está se questionando a legalidade da lei, tendo em vista que a desavença entre lei municipal ordinária e Lei Orgânica do Município enseja o controle jurisdicional de legalidade”*. Em referência à questão de inconstitucionalidade suscitada, o relator asseverou que *“com o advento da EC 19/1998, a obrigatoriedade da observância do princípio da anterioridade, no caso específico de fixação dos subsídios dos agentes políticos do Poder Executivo, deixou de ser imposta, em razão do disposto no artigo 29, inciso V, da Constituição da República”*. Concluiu no seguinte sentido: *“em relação aos agentes políticos do Poder Executivo Municipal (prefeitos, vice-prefeitos e secretários municipais), a fixação e a regulamentação da forma de pagamento do subsídio dependem de lei de iniciativa do Poder Legislativo, não condicionada à observância do princípio da anterioridade, motivo pelo qual não há óbice a que os valores fixados sejam alterados no decorrer de uma legislatura ou mandato, ainda que não confirmada a hipótese de revisão geral anual, respeitando-se os limites delineados pelo inciso V do artigo 29 da Constituição da República. Assim, percebe-se que a Lei Municipal nº 4.267, de 30/12/2004 não afrontou o disposto no artigo 60 da Lei Orgânica Municipal”*. O Plenário, à

unanimidade, decidiu pela legalidade e constitucionalidade da Lei Municipal. Acórdão TC- 621/2016-Plenário, TC 2293/2008, relator Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 18/07/2016.

## 1ª CÂMARA

### 5. Pagamento em contrato de recuperação de crédito.

Trata-se de Representação apresentada pelo Ministério Público de Contas sobre possíveis irregularidades na execução de contrato celebrado pela Prefeitura de Baixo Guandu com a entidade URBIS – Instituto de Gestão Pública, visando à contratação de serviços de recuperação de crédito. Em razão de pagamento antecipado de despesa sem o efetivo reconhecimento da compensação pelo órgão fazendário, o relator destacou o entendimento da área técnica, no seguinte sentido: *“tais pagamentos foram realizados independentemente da efetiva restituição, compensação ou da homologação definitiva dos respectivos créditos pela Secretaria da Receita Federal, contrariando os termos da avença e acarretando dano ao erário municipal”*. Sobre a execução contratual asseverou que *“o que está incontestado nos autos é que o Instituto de Gestão Pública - URBIS foi favorecido direto do proveito econômico do ilícito”*, e que *“configurado está o pagamento antecipado e indevido da despesa, já que não se comprovou que o Ente municipal tenha de fato obtido qualquer proveito econômico ou financeiro da contratação, como requeria os termos contratuais”*. O relator concluiu que: *“entendo que esta grave irregularidade está plenamente comprovada, assim como o dano dela decorrente”*. A Primeira Câmara, por maioria, considerou procedente a Representação. Acórdão TC-327/2016 – Primeira Câmara, TC 6664/2012, relator Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, publicado em 11/07/2016.

## 2ª CÂMARA

### 6. Anulação de julgamento de prestação de contas.

Tratam os autos de Auditoria Ordinária realizada na Câmara Municipal de Afonso Cláudio, referente ao exercício financeiro de 2008. Sobre o estudo do direito intertemporal das normas processuais, o relator manifestou-se no seguinte sentido: *“Anteriormente à Resolução TC 220/2010, esta Corte de Contas, ao apreciar as Contas da Câmara do Legislativo tinha como parâmetro, além da análise financeira e contábil, os atos de gestão, mediante os processos de fiscalização. Posteriormente, com a edição da pré-falada Resolução, os processos de fiscalização não mais integravam os processos de Prestação de Contas, norma que tinha sua eficácia válida, surtindo seus efeitos. Com a edição da Resolução nº 226/2011, revogando a Resolução nº 220/2010, os processos de fiscalização voltaram a integrar as decisões proferidas nas Prestações de Contas, alterando, assim, os procedimentos, ao meu sentir, a partir de sua vigência”*. Ressaltou que: *“o processo de Prestação de Contas da Câmara Municipal de Afonso Cláudio foi julgado gerando o Acórdão TC 106/2011 considerando as contas regulares com quitação, sob a égide da Resolução 220/2010 devendo assim, a meu ver, ser respeitado o ato jurídico perfeito que é aquele já realizado e acabado segunda a lei vigente ao tempo em que se efetuou, pois já satisfaz todos os requisitos formais para gerar a plenitude dos seus efeitos, tornando-se, portanto completo ou aperfeiçoado”*. Assim, concluiu: *“este é o entendimento já esposado em outros processos nesta Casa, como por exemplo, TC 7013/09, TC 7097/10, TC nº 6962/10, TC nº 7514/2010, TC 4640/10, dentre outros, como bem ressaltado pelo NEC na Manifestação Técnica de Defesa nº 15/2016, sugerindo o afastamento da proposta de encaminhamento quanto a anulação do Acórdão TC 106/2011”*. A

Segunda Câmara, à unanimidade, decidiu por não acolher a sugestão de anular o Acórdão TC 106/2011 que tratou da prestação de contas da Câmara Municipal de Afonso Cláudio. Acórdão TC-564/2016-Segunda Câmara, TC 4076/2009, relator Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel, publicado em 11/07/2016.

## OUTROS TRIBUNAIS

**7. TCU: Em regra, as exigências para demonstração da capacidade técnico-operacional devem se limitar à comprovação de execução de obras e serviços similares ou equivalentes, não se admitindo, sem a devida fundamentação, a exigência de experiência em determinado tipo de metodologia executiva, a exemplo da comprovação da realização de serviços de dragagem mediante sucção e recalque, em detrimento de outros sistemas.**

O Plenário apreciou Relatório de Auditoria nas obras de implantação do sistema de macrodrenagem de águas pluviais do Município de Santos/SP, ação inserida no Programa de Aceleração do Crescimento. Entre outras falhas, a equipe de auditoria apontou a exigência, para qualificação técnico-operacional, da comprovação de execução de serviços técnicos de “desassoreamento de rios ou canais urbanos por meio do uso de dragas de sucção e recalque com a remoção mínima de 82.000 m<sup>3</sup> de material”. Assentou o relator que, não obstante os quantitativos exigidos fossem aproximadamente metade do volume previsto para ser executado – o que estaria de acordo com a jurisprudência do TCU – questionava-se se seria adequado restringir a um só tipo de dragagem a comprovação da experiência na execução de tais serviços. Ao apreciar a questão, explicou que a exigência de demonstração de capacidade técnico-operacional decorre da necessidade de se assegurar que a empresa licitante tenha condições de executar satisfatoriamente o objeto contratado, ou seja, “que a empresa possa comprovar que já participou de contrato cujo objeto se assemelhava ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública (a dragagem de um rio, neste caso)”. Por isso, prosseguiu, como regra, “as exigências devem se limitar à comprovação de expertise na execução de obras e serviços similares ou equivalentes”, não se

vislumbrando, na obra em questão, razões que justificassem a exigência de experiência em determinado tipo de metodologia executiva. Lembrou o relator que “é vedado aos agentes públicos ‘admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, (...) ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (...)’ (Lei 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I)”. Sendo assim, concluiu, por ser desnecessária para atestar a capacidade operacional da empresa de entregar a contento o objeto contratado, que a exigência em questão mostrou-se inadequada, dado o potencial de restrição indevida no universo de licitantes aptos a oferecer suas propostas. Entretanto, ressaltou, no caso tal exigência fora relevada quando da análise da documentação referente à habilitação, pois se admitira a apresentação adicional de atestados referentes à execução do serviço por outros sistemas de dragagem. Segundo o relator, tal circunstância, por um lado, reforçou a desnecessidade da exigência, mas, por outro, evidenciou descumprimento do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Apesar da impropriedade, verificou-se que nenhuma das sete licitantes que acorreram ao certame deixou de ser habilitada por esse motivo e que houve significativo desconto na proposta vencedora. Assim, votou o relator por dar ciência à Prefeitura de Santos, entre outras falhas, acerca da “exigência de atestados de execução de serviços com equipamento específico, sem a devida fundamentação no processo licitatório e com risco de restrição indevida à competitividade, o que afronta o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, e o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal”, no que foi seguido pelo Colegiado. Acórdão 1742/2016 Plenário, Auditoria, Relator Ministro Bruno Dantas. [Informativo de Licitações e Contratos n.º 294, sessão de 6 de julho de 2016.](#)