

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, 03 a 14 de outubro de 2016

n. 44



◆ NÚCLEO DE
JURISPRUDÊNCIA ◆
SÚMULA

SUMÁRIO

PLENÁRIO

1. Parecer Consulta TC 13/2016, sobre a possibilidade de concessão de reajuste contratual em razão de aumento salarial concedido pela empresa contratada por força de Convenção Coletiva de Trabalho.
2. Aplicação do Método da Limitação do Preço Global na avaliação da ocorrência de sobrepreço durante a fase da execução contratual.
3. Ausência de nexo de causalidade entre a conduta de gestor público e o resultado ilícito. Inadmissibilidade de responsabilização objetiva.
4. Dever da Administração de justificar exigência de visita técnica em licitação.

1ª CÂMARA

5. Impossibilidade de pagamento de 13ª parcela sobre o auxílio-alimentação.
6. Possibilidade de pagamento de 13ª parcela sobre JETON.

OUTROS TRIBUNAIS

7. TCU - Em contrato administrativo, a sub-rogação da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, é ilegal e inconstitucional, por contrariar os princípios da moralidade e da eficiência, o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993.
8. TCU - A empreitada por preço global deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa

margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem executados; enquanto a empreitada por preço unitário deve ser preferida para objetos que, por sua natureza, não permitam a precisa indicação dos quantitativos orçamentários.

PLENÁRIO

1. Parecer Consulta TC 13/2016, sobre a possibilidade de concessão de reajuste contratual em razão de aumento salarial concedido pela empresa contratada por força de Convenção Coletiva de Trabalho.

Tratam os autos de Consulta oriunda da Câmara Municipal de Serra, solicitando manifestação desta Corte de Contas a respeito da seguinte questão: “É possível, com base no art. 65, II, “d”, da [Lei Federal nº 8666/93](#), a concessão de reajuste contratual em razão de aumento salarial concedido pela empresa contratada por força de Convenção Coletiva de Trabalho?” O Plenário, à unanimidade, decidiu por, preliminarmente, conhecer a Consulta e, no mérito, respondê-la nos seguintes termos:

- O aumento salarial decorrente de negociações coletivas de trabalho, via de regra, é hipótese de aplicabilidade do instituto de reajuste nos contratos administrativos e, excepcionalmente, será caso de revisão quando o contratado demonstrar onerosidade excessiva, ou seja, imprescindível a motivação capaz de demonstrar que o índice/percentual adotado na convenção coletiva se encontra significativamente acima das perdas inflacionárias do período, impactando de forma

acentuada na relação contratual.

Recomendou, ainda, a inserção nos editais de abertura do certame e nos contratos a previsão de cláusula contendo critério de reajuste, conforme dispõe o art. 40, XI, e art. 55, III, ambos da lei 8.666/93, pois em tese é possível que transcorram 12 (doze) meses da data de apresentação da proposta ou do orçamento a que essa proposta se referir durante a vigência do contrato.

[Parecer Consulta TC-010/2016-Plenário](#), TC 6863/2010, relator Conselheiro Domingos Augusto Taufner, publicado em 10/10/2016.

2. Aplicação do Método da Limitação do Preço Global na avaliação da ocorrência de sobrepreço durante a fase de execução contratual.

Versam os autos de Prestação de Contas Anual e Relatório de Auditoria Ordinária da Companhia Espírito Santense de Saneamento - CESAN, relativos ao exercício de 2011. Dentre as irregularidades descritas nos autos de fiscalização, constatou-se a falta de revisão das planilhas de custos do contrato, gerando superfaturamento. O relator, opinando pelo afastamento da irregularidade, usou como parâmetro entendimento recente do TCU no sentido de que *“a diferença a maior encontrada exclusivamente em itens de custo unitário isolados não configura por si só o superfaturamento, pois nos casos em que a contratação se realizou por preço global e o objeto do contrato tenha sido executado, o parâmetro para aferir superfaturamento deverá ser o preço global contratado”*. O Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun se manifestou por meio de voto-vista, em que menciona posicionamento atual do TCU sobre a matéria, consubstanciado no Acórdão TCU nº 3650/2013 - Plenário, segundo o qual *“A metodologia a ser aplicada para a quantificação de sobrepreço deve ser avaliada em cada caso*

concreto. Em situações normais, o Método de Limitação dos Preços Unitários Ajustado é cabível para avaliação de sobrepreço na fase editalícia; enquanto o Método da Limitação do Preço Global deve ser aplicado no caso de contratos assinados”. Com base neste entendimento, concluiu que *“em situações como este caso concreto, a avaliação do sobrepreço deve observar o método da limitação do preço global, o qual prevê a compensação entre preços super e subavaliados, muito embora, tenha verificado que as planilhas deste contrato encerram problemas desde a fase licitatória, como bem observado pela área técnica”*. Neste sentido, arrematou que *“analisando o caso concreto, verifico que levando em conta as compensações entre subpreços e sobrepreços, o valor global pago pelo contrato não excede os referenciais de mercado, não tendo havido prejuízo no exercício”*. Assim, opinou por afastar o ressarcimento, porém, objetivando promover melhores práticas administrativas a bem do interesse público, determinar à Cesan que, ao promover contratações futuras, adote o **Método de Limitação dos Preços Unitários Ajustados**, já na fase editalícia, eliminando propostas que contemplem preços unitários superiores àqueles constantes do orçamento que serviu de base para a licitação, nos termos do Acórdão 3650/2013 TCU. O Plenário, à unanimidade, nos termos do voto do então relator, conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva, que encampou o voto-vista do conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, decidiu por afastar o indicativo de irregularidade, bem como o ressarcimento correspondente, e expedir determinação para adoção em contratações futuras. [Acórdão TC-816/2016-Plenário](#), TC 3263/2012, relator Conselheiro em Substituição Marco Antônio da Silva, publicado em 03/10/2016.

3. Ausência de nexo de causalidade entre a conduta de gestor público e o resultado ilícito. Impossibilidade de responsabilização objetiva.

Cuidam os autos de auditoria especial de engenharia realizada no Município de Anchieta, exercício 2004, visando apurar irregularidades em procedimentos e contratos. Em análise preliminar de mérito o relator visualizou a falta de instrução adequada necessária à responsabilização do gestor e afirmou que *“a acusação direcionada exclusivamente ao ex-prefeito, ao menos em tese, contraria a teoria da responsabilidade subjetiva, ao deixar de analisar a conduta por ele praticada, atrelando-a ao resultado ilícito pela via do nexo de causalidade”*. Ressaltou ainda que *“o apenamento com base unicamente no fato de o agente público ocupar a posição de ordenador de despesas aproxima-se da responsabilização objetiva, o que é inadmissível. Neste feito, vejo que o gestor foi instado a responder por todos os indícios de irregularidades apurados, quando, na verdade, o contexto fático-probatório delineado sinaliza a culpabilidade de outros agentes”*. Em relação à responsabilização subjetiva o relator complementou: *“vislumbro que neste feito se está na iminência de recair sobre o ordenador de despesas, **isoladamente**, todo o ônus pelos indícios de irregularidades identificados, ainda que não lhe tenha sido atrelada qualquer conduta da qual tenha resultado o dano apurado. Ou seja, pretende-se responsabilizá-lo unicamente pela posição outrora assumida, não havendo e não tendo sido explicitado o liame entre qualquer conduta que tenha praticado e os ilícitos apurados, como visto”*. E, ao final, manifestou-se pelo reconhecimento *“da ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, haja vista que não se procedeu à identificação e qualificação dos agentes potencialmente responsáveis, tampouco das pessoas jurídicas contratadas, nem*

mesmo à descrição adequada e individualizada da conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa imputada a cada agente, ou do resultado produzido ou que deveria ter sido produzido, do nexo de causalidade entre a conduta de cada qual e o resultado ou, ainda, da indicação do elemento subjetivo (dolo ou culpa), do indício de boa-fé (erro de fato ou erro de direito escusável - art. 157, §2º, [RITCEES](#)) e da participação individualizada de cada agente”. O Plenário, à unanimidade, deliberou pela extinção do processo sem julgamento do mérito. [Acórdão TC-896/2016](#), TC-3674/2004, relator Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, publicado em 10/10/2016.

4. Dever da Administração de justificar exigência de visita técnica em licitação.

Trata-se de Representação apresentada pelo Núcleo de Engenharia e Obras Públicas deste TCE/ES acerca de possíveis irregularidades no Edital de Concorrência Pública 09/2013 publicado pela Prefeitura de Linhares. Acerca da exigência de visita técnica em edital de licitação, o relator asseverou: *“Com efeito, a exigência de visita técnica não é conduta vedada pela lei. É admissível, desde que não sejam estabelecidas condições restritivas, tais como agendamento de dias e horários fixos e desde que a mesma seja devidamente justificada e adequada ao objeto licitado”*. Após mencionar precedentes deste TCE e do TCU neste sentido, o relator reiterou que, apesar do entendimento da jurisprudência ser pela possibilidade da realização de visita técnica, *“requisito essencial é a demonstração de sua necessidade, o que deve ser justificado e comprovado pela administração no processo de licitação”*. O Plenário, à unanimidade, decidiu pela manutenção da irregularidade. [Acórdão TC-876/2016-Plenário](#), TC 7561/2014, relator Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel, publicado em 10/10/2016.

1ª CÂMARA

5. Impossibilidade de pagamento de 13ª parcela sobre o auxílio-alimentação.

Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada na Junta Comercial do Estado do Espírito Santo (JUCEES) pela Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT), em cumprimento à Decisão TC nº 0447/2009, referente à Prestação de Contas Anual do Ordenador de Despesas da JUCEES relativa ao exercício 2005. Dentre as irregularidades, foi apontado o pagamento de 13ª parcela sobre o auxílio-alimentação. O relator observou inicialmente que o tema central do item gira em torno da definição da natureza jurídica do auxílio, o que permite esclarecer a legalidade ou não do pagamento da 13ª parcela. Quanto a isso, afirmou que *“A natureza jurídica do auxílio-alimentação não comporta qualquer dificuldade, pois visa ressarcir o servidor, de gastos dispendidos em razão de seu trabalho, com sua alimentação”*. Lembrou ainda que *“se fosse reconhecido caráter remuneratório ao auxílio alimentação, nenhuma carreira de servidores que fosse remunerada por subsídio poderia receber tal verba, haja vista a vedação constitucional presente no art. 39, § 4º”*. Também asseverou que *“Não cabe, em qualquer hipótese, reconhecermos caráter remuneratório a uma verba que tradicionalmente e historicamente foi tida para fins indenizatórios”*. Nesse sentido, concluiu: *“reafirmada sua natureza indenizatória, não poderiam os defendentes ter realizado pagamentos referentes a 13ª parcela do auxílio alimentação, causando lesão aos cofres público”*. A Primeira Câmara, à unanimidade, decidiu por manter a irregularidade, com imputação de ressarcimento aos responsáveis. [Acórdão TC-790/2016-Primeira Câmara](#), TC 4109/2009, relator Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 03/10/2016.

6. Possibilidade de pagamento de 13ª parcela sobre JETON.

Ainda sobre a Tomada de Contas Especial citada, dentre as irregularidades, foi apontado o pagamento de 13ª parcela sobre o JETON. O relator observou que a celeuma se refere à definição da natureza jurídica do JETON, o que permite esclarecer a legalidade ou não do pagamento da 13ª parcela. Assim, elucidou inicialmente que *“o Jeton era pago devido à presença, dos responsáveis acima citados, nas Sessões das Turmas e do Plenário da JUCEES”*. Afirmou que *“a natureza jurídica do Jeton, por se tratar de verba paga com habitualidade e que visava remunerar os diretores da JUCEES, não pode ser vista como de caráter indenizatório, pois que não pretendiam ressarcir os gestores de quaisquer valores dispendidos em razão de seu trabalho, mas visavam remunerar os mesmos por exercício de atribuições outras que não suas funções ordinárias”*. Concluiu, assim, pela natureza remuneratória da verba, admitindo a incidência de 13ª parcela, nos seguintes termos: *“Resta claro que a natureza jurídica do Jeton é de verba salarial, remuneratória, ou, mais precisamente, uma gratificação propter laborem, isto é, gratificação percebida em razão de um trabalho adicional, a ser prestado para a Administração Pública, que esteja fora de suas atribuições ordinárias, devida, nesse caso, pela presença dos diretores nas sessões das turmas ou do plenário do órgão. Nesse sentido, seria possível o pagamento de décimo terceiro salarial sobre a referida verba”*. A Primeira Câmara, à unanimidade, decidiu por afastar a referida irregularidade. [Acórdão TC-790/2016-Primeira Câmara](#), TC 4109/2009, relator Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 03/10/2016.

OUTROS TRIBUNAIS

7. TCU - Em contrato administrativo, a sub-rogação da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, é ilegal e inconstitucional, por contrariar os princípios da moralidade e da eficiência, o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993.

Em Representação oferecida pelo Ministério Público Federal, a respeito da contratação pela Infraero de empresas para obras no Aeroporto Internacional Salgado Filho em Porto Alegre/RS, verificou-se irregularidade no 1º termo aditivo do contrato para obras de ampliação do terminal de passageiros, central de utilidades e demais obras complementares. Explicou o relator que a Infraero autorizara o ingresso de empresa no contrato como “interveniente-garante”, porém, na prática, devido às mudanças do corpo técnico da obra para os funcionários da construtora ingressante, bem como diante das responsabilidades acordadas no contrato da Sociedade em Conta de Participação (da empresa contratada com a empresa ingressante), esta empresa ficou responsável pela execução dos serviços licitados. Observou o relator que o TCU, por meio da Decisão 420/2002 Plenário, firmou entendimento no sentido de que *“em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da [Constituição Federal](#)), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, inciso XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da [Lei 8.666/1993](#)”*, posicionamento esse ratificado em julgados mais recentes, a exemplo dos Acórdãos 2.813/2010 e 41/2013, ambos do Plenário. Com base nesses fundamentos, o

Tribunal decidiu conhecer da Representação, para, no mérito, considerá-la procedente, assim como comunicar à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, em cumprimento ao art. 117, *caput*, da [Lei 13.242/2015](#) (LDO 2016), que foram detectados indícios de irregularidades graves do tipo IG-P (art. 117, § 1º, inciso IV, da LDO 2016) no referido contrato, e que o TCU reavaliará a recomendação de paralisação caso a Infraero adote como medida corretiva a anulação do 1º Termo Aditivo do referido contrato, que incluiu empresa como interveniente-garantidora na relação contratual. Acórdão 2354/2016 Plenário, Representação, Relator Ministro Raimundo Carreiro. [Informativo de Licitações e Contratos n.º 303, sessões de 6, 13 e 14 de setembro de 2016.](#)

8. TCU - A empreitada por preço global deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem executados; enquanto a empreitada por preço unitário deve ser preferida para objetos que, por sua natureza, não permitam a precisa indicação dos quantitativos orçamentários.

O Tribunal apreciou recursos de reconsideração interpostos em face do Acórdão 926/2014 Plenário, mediante o qual julgara irregulares as contas dos recorrentes e os condenara em débito, no âmbito do processo de contas do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Amazonas (Ifam) relativo ao exercício de 2008. A irregularidade consistira no *“pagamento do serviço estrutura metálica para cobertura em telha cerâmica na quantidade de 91.301,52 kg, em vez dos 53.115,00 kg previstos no projeto executivo”*. Em suas razões recursais, a empresa contratada argumentou, entre outras alegações, que o objeto do certame fora licitado sob o regime de empreitada por preço global, não por preço unitário, de modo que, mesmo se a quantia

paga pelo serviço fosse superior à prevista na proposta vencedora da licitação, por se ter considerado quantitativo maior que o previsto no projeto, o valor total do contrato estaria de acordo com os preços praticados no mercado local. O relator rejeitou as razões apresentadas, considerando incontroverso que a empresa contratada fornecera somente 53.115 kg de estrutura metálica para cobertura em telha cerâmica, mas recebera o valor equivalente a 91.301,53 kg desse material. Acrescentou não ser possível tolerar, *“mesmo em uma obra executada sob o regime de empreitada por preço global, como ocorre no caso vertente, o pagamento de quantidade 71% maior que a prevista no contrato celebrado, com a justificativa de que teria ocorrido um erro na proposta de preço formulada pela licitante vencedora. Especialmente quando se trata de um dos itens mais relevantes da obra”*. Acrescentou o relator que *“a opção pela contratação sob o regime de empreitada por preço global pressupõe uma acurácia adequada do projeto executivo, o que não ocorreu no caso vertente”*. Nesse sentido, lembrou o Acórdão 1.978/2013 Plenário, no qual se salientara que *“a empreitada por preço global deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem executados; enquanto a empreitada por preço unitário deve ser preferida para objetos que, por sua natureza, não permitam a precisa indicação dos quantitativos orçamentários”*. Com base nesse e em outros fundamentos, acolheu o Plenário o voto do relator no sentido de não conhecer um dos recursos e de negar provimento ao outro.

Acórdão 2432/2016 Plenário, Recurso de Reconsideração, Relator Ministro Benjamin Zymler. [Informativo de Licitações e Contratos n.º 304, sessões de 20 e 21 de setembro de 2016.](#)