



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Informativo de Jurisprudência nº 101

Núcleo de Jurisprudência e Súmula

Vitória/ES, deliberações publicadas no Diário Oficial Eletrônico do TCEES de 25 de novembro de 2019 a 31 de janeiro de 2020



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



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.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

- 1. CONTRATO ADMINISTRATIVO. Parecer em Consulta TC nº 24/2019-Plenário.** Sobre reajuste e repactuação de contrato administrativo e a possibilidade de concessão automática ou mediante requerimento, bem como sobre a possibilidade de ocorrência de preclusão e de pagamento retroativo.
- 2. CONTRATO ADMINISTRATIVO.** Os acréscimos e supressões contratuais, limitados a 25%, devem ser calculados sobre o valor de cada contrato celebrado, quando originado de licitação realizada em lotes, e não sobre o procedimento licitatório como um todo.
- 3. EDUCAÇÃO.** Necessidade de adoção de medidas para o planejamento a médio prazo da oferta de vagas nas redes municipais e estaduais de ensino, em todas as etapas (Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio), bem como a coordenação de informações entre os municípios e o Estado para o melhor planejamento da rede de ensino.
- 4. LICITAÇÃO.** É regular a exigência de cadastro no DER e do Certificado de Registro Nacional de Transportador Rodoviário de Carga - RNTRC da ANTT como requisitos de habilitação em licitação para serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.
- 5. LICITAÇÃO.** A exigência de comprovante de propriedade do sistema de informação não pode ser exigida como condição para habilitação, sendo possível sua exigência, contudo, para formação de pontuação técnica, objetivando a definição da proposta vencedora.
- 6. LICITAÇÃO.** É possível a exigência do certificado ISO 9000 como objeto de pontuação no julgamento de proposta técnica em licitação.
- 7. LICITAÇÃO.** É admissível a adjudicação do objeto licitado ao único interessado entre os convidados na modalidade de licitação Convite, desde que, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, seja impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no §3º do artigo 22 da Lei Federal nº 8.666/93, sendo que essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite, nos termos do §7º do artigo 22 da Lei Federal nº 8.666/93.



8. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. Na licitação para contratação de parceria público-privada, sob a modalidade de concessão administrativa, o poder concedente deve apresentar projeto público de referência com nível de anteprojeto de engenharia que atenda aos elementos descritos no art. 9º, § 2º, da Lei Federal nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

9. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. Na licitação para contratação de parceria público-privada, sob a modalidade de concessão administrativa, não é recomendável vincular o concessionário, durante a execução contratual, ao projeto público de referência ou à proposta técnica por ele apresentada, sob pena de se deslocar o risco do projeto, que naturalmente é alocado ao parceiro privado, ao parceiro público.

10. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. Na licitação para contratação de parceria público-privada, sob a modalidade de concessão administrativa, é recomendável vincular a remuneração do concessionário ao seu desempenho, sendo este avaliado através de metas e indicadores, os quais, preferencialmente, devem ser considerados de forma individualizada (sem ponderação das notas) para fins de descontos remuneratórios.

11. PESSOAL. Parecer em Consulta TC nº 26/2019. Sobre a contratação de médicos peritos para realização de inspeção para fins de aposentadoria por invalidez.

12. PESSOAL. É legítima a acumulação de aposentadoria por invalidez com a gratificação por exercício de atividade de dirigente sindical.

13. PROCESSUAL. O descumprimento de diretriz programática, por não se tratar de ilegalidade, não é passível de sancionamento e/ou determinação em auditoria de conformidade.

14. PROCESSUAL. Achados de auditoria não previstos inicialmente nas questões apresentadas durante a fase de planejamento não são passíveis de exclusão do resultado do procedimento de fiscalização, caso sejam relacionados diretamente com os objetivos inicialmente propostos.

15. PROCESSUAL. O julgamento de processo pelo colegiado, hipótese de interrupção da prescrição prevista no art. 71, §4º, inciso II, da LOTCEES, inserida pela Lei Complementar 902/2019 em 09/01/2019, não pode retroagir seus efeitos para alcançar prescrição já consumada.

16. PROCESSUAL. A decisão que resolve preliminar de incidente de inconstitucionalidade é irrecorrível, cabendo apenas oposição de embargos de declaração, eis que o julgamento só se completa com a decisão de mérito emitida pelo colegiado competente.

17. PROCESSUAL. Compete ao TCEES a fiscalização de recursos federais destinados à saúde quando transferidos e incorporados ao patrimônio do respectivo ente federativo (Estado ou municípios) com autonomia para definir sua utilização.



1ª CÂMARA

18. CONTRATAÇÃO DIRETA. A decretação de estado de emergência não é causa suficiente para justificar a contratação direta por dispensa de licitação, sendo necessária a demonstração de nexos entre o objeto a ser contratado e a necessidade pública de caráter emergencial.

19. LICITAÇÃO. O administrador, ao confeccionar o edital, tem discricionariedade para eleger os requisitos de qualificação econômico-financeira, dentre aqueles previstos no artigo 31 da lei 8.666/93, uma vez que os critérios previstos constituem um rol máximo, e não mínimo, de possíveis exigências.

20. PESSOAL. A acumulação do cargo de procurador jurídico com a função de pregoeiro é incompatível com o princípio da segregação de funções.

21. RESPONSABILIDADE. O fato de a empresa não participar da elaboração do edital e do orçamento base da licitação não a isenta de responsabilidade solidária pelo dano na hipótese de recebimento de pagamentos por serviços superfaturados, pois cabe à licitante ofertar preços compatíveis com os praticados pelo mercado (art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993), independentemente de eventual erro cometido pela Administração quando da elaboração do edital e do orçamento.

2ª CÂMARA

22. FINANÇAS PÚBLICAS. O objetivo do art. 55 da LRF é dar transparência ao montante das disponibilidades de caixa e dos restos a pagar de despesas não liquidadas inscritos, sendo uma importante ferramenta de gestão ao final de cada exercício, para evidenciar o cumprimento do art. 42 da mesma lei ao final do mandato. Eventuais desequilíbrios que sejam justificados ou que representem valor de pouca relevância não têm o condão de provocar a rejeição das contas do mandatário.

23. PROCESSUAL. A publicação de deliberação desta Corte de Contas na forma de Decisão, quando deveria ser na forma de Acórdão, não é causa de nulidade de ato processual, eis que se trata de formalidade convalidável, em homenagem ao princípio do formalismo moderado.

24. RESPONSABILIDADE. O controlador interno não pode ser responsabilizado solidariamente por atos irregulares de terceiros que não tenham resultado em dano ao erário, ainda que o parecer do controle interno tenha realizado análise de documentos dos quais se poderiam extrair tais ilegalidades.

OUTROS TRIBUNAIS

25. STF - Taxa sobre recursos hídricos: custos da atividade estatal de fiscalização e princípio da proporcionalidade.

26. STJ - O estabelecimento de critérios de classificação para a escolha de licitantes em credenciamento é ilegal.



27. TCU - A participação de associações civis sem fins lucrativos em licitações somente é admitida quando o objeto da avença estiver em conformidade com os objetivos estatutários específicos da entidade.

PLENÁRIO

1. CONTRATO ADMINISTRATIVO. Parecer em Consulta TC nº 24/2019-Plenário. Sobre reajuste e repactuação de contrato administrativo e a possibilidade de concessão automática ou mediante requerimento, bem como sobre a possibilidade de ocorrência de preclusão e de pagamento retroativo.

Trata-se de consulta formulada pelo chefe do Poder Executivo do Município de Muniz Freire, trazendo questionamentos relacionados ao reajustamento de contratos administrativos. O Plenário, preliminarmente, conheceu da consulta e, no mérito, a respondeu nos seguintes termos à unanimidade:

1. *O exercício ao direito de reajustamento, em sentido amplo, após 12 (doze) meses de vigência contratual como instituto de manutenção da equação econômico-financeira do contrato e com previsão editalícia é absoluto e automático?*

O Reajuste em sentido amplo é gênero do qual o reajuste em sentido estrito e a repactuação são espécies. Neste sentido, pode-se afirmar que o reajuste em sentido estrito poderá, desde que previsto expressamente em edital e no contrato ser automático, o que significa dizer que esse não é um direito absoluto, eis que depende de preenchimento do requisito mencionado. De outro lado, em se tratando de repactuação, não poderá, em nenhum caso, ser automática, ainda que haja previsão contratual e em edital, eis que, sempre dependerá de requerimento do contratado, demonstrando a efetiva variação de preços da planilha, que é requisito indispensável a mesma.

2. *De quem é a iniciativa para requerer o reajuste de preço após 12 (doze) meses de vigência do contrato? Da Administração Pública ou da empresa contratada?*

A iniciativa para requerer o reajuste de preço, após 12 meses de vigência do contrato, é do contratado, que é quem vai se beneficiar do reajuste, a não ser que, conforme mencionado, haja previsão contratual, para os casos de reajuste em sentido estrito, afirmando expressamente que este deve ser automático e, portanto, independe de requerimento. O mesmo não pode ocorrer nos casos de repactuação, uma vez que, este jamais será automático.

3. *Se transcorrido o prazo de 12 (doze) meses do contrato e a empresa concordar em assinar aditivos de prazo sem questionar o reajuste de preço, ocorre preclusão tácita por ter praticado ato incompatível com seu exercício?*

Nos casos de repactuação, que são necessariamente precedidas de solicitação do contratado, se não for realizado o requerimento, acompanhado de demonstrações de planilhas de custos, conforme previsto, durante a vigência do contrato, haverá a preclusão lógica tácita, com a assinatura de aditivos



contratuais ou com o encerramento do contrato. Do mesmo modo, ocorrerá, nos casos de reajuste em sentido estrito, quando dependerem de requerimento, em razão da inexistência de previsão contratual no sentido de ser o mesmo automático.

4. *Passados mais de doze meses contados da data da apresentação da proposta é possível a concessão do reajuste retroativo aos três anos anteriores em que o contrato não foi reajustado?*

Para a repactuação, espécie de reajuste em sentido amplo, conforme já explicitado, o artigo 41, da Instrução Normativa do Ministério Planejamento Orçamento e Gestão/Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação nº 02/2008, expressamente prevê. Observa-se, que o dispositivo permite a concessão retroativa para repactuação, quando envolver custo de mão de obra e estiver vinculada a instrumento legal, acordo, convenção ou sentença normativa, que contempla data de vigência retroativa, sendo que a norma restringe a sua ocorrência exclusivamente aos casos que motivaram a retroatividade. Assim, tendo sido a norma extremamente restritiva, pontuando os casos em que a retroatividade é admissível, não pode esta ser interpretada de modo amplo, de forma a abranger também os casos de reajustes em sentido estrito ou mesmo os casos de repactuação, que não atendem a previsão normativa.

5. *Apesar de o parecer vinculante AGU/JTB 01/2008, tratar especificamente de repactuação é razoável utilizar o seu embasamento jurídico, por analogia ao reajuste de preços?*

Tratando-se os institutos de espécies do gênero reajuste em sentido amplo é possível afirmar, que embora institutos diversos possuem características próximas. Deste modo, para aplicar, por analogia, o referido parecer, que diz respeito à repactuação, faz-se necessário observar, em cada previsão nele contida, se os seus fundamentos se adequam aos casos de reajuste em sentido estrito, em razão da semelhança dos argumentos nele contidos, que demonstrem que poderiam ser utilizados também para os casos de reajuste em sentido estrito. É o que ocorre, por exemplo, com o instituto da preclusão, já apreciado.

Parecer em Consulta TC nº 24/2019-Plenário, TC 4953/2018, em 20/01/2020, relator conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun.

2. CONTRATO ADMINISTRATIVO. Os acréscimos e supressões contratuais, limitados a 25%, devem ser calculados sobre o valor de cada contrato celebrado, quando originado de licitação realizada em lotes, e não sobre o procedimento licitatório como um todo.

Tratam os autos de Recurso de Reconsideração interposto em face do Acórdão TC n. 1204/2017-Primeira Câmara, que condenou o recorrente, então Prefeito de Marilândia/ES, ao pagamento de multa individual e ao ressarcimento em face da manutenção de irregularidade referente à formulação de aditivo de contrato acima do limite legal. O relator entendeu que assiste razão à área técnica, ao Ministério Público de Contas e ao relator do julgamento originário no que tange à tese de que os



acréscimos e supressões, limitados a 25%, devem ser calculados sobre o valor de cada contrato derivado das divisões internas estabelecidas no edital. Segundo a relatoria, isso decorre do fato da redação dos dispositivos previstos na Lei Federal n. 8666/93, que tratam da matéria, fazerem referência expressa ao “contrato”, devendo, portanto, serem interpretados restritivamente. O exemplo trazido pelo relator são as possibilidades de alterações qualitativas e quantitativas nos termos do art. 65, da referida lei, pois, *“vislumbrando tratar-se de procedimento licitatório realizado em lotes, seria totalmente descabida a aceitação de alterações qualitativas ou quantitativas que não se referissem diretamente ao contrato celebrado com um dos fornecedores, permitindo-se que o cálculo do percentual previsto em lei se realizasse sobre a totalidade do certame.(...) Caso, então, a divisão prevista versasse sobre item com preço unitário diferenciado, o resultado do percentual aplicado poderia ensejar a desvirtuação da própria parcela, seja em seu preço, seja em seu quantitativo, permitindo-se que um pequeno componente do todo passasse a figurar, em termos de relevância qualitativa ou quantitativa, em item extremamente representativo”*. Concluiu então pela manutenção do acórdão recorrido quanto à essa questão. O Plenário decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, mantendo a referida irregularidade, redimensionando a multa aplicada. Acórdão 1413/2019-Plenário. Processo 7668/2018 – Recurso de Reconsideração. Relator Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges. Publicado em 10/12/2019.

3. EDUCAÇÃO. Necessidade de adoção de medidas para o planejamento a médio prazo da oferta de vagas nas redes municipais e estaduais de ensino, em todas as etapas (Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio), bem como a coordenação de informações entre os municípios e o Estado para o melhor planejamento da rede de ensino.

Trata-se de fiscalização na modalidade levantamento, prevista no Plano Anual de Fiscalização de 2019, com a seguinte diretriz: *“Levantar e analisar oferta e demanda por vagas nas redes públicas estadual e municipais de ensino, considerando os níveis, etapas e modalidades da educação básica, sua distribuição nos estabelecimentos de ensino, quantitativo de profissionais e as evoluções nos indicadores pertinentes”*. Nesse objetivo, a fiscalização incluiu as secretarias municipais de educação dos 78 municípios do Estado e a Secretaria de Estado da Educação, com objetivo de conhecer o planejamento a médio prazo da oferta de vagas nas redes municipais e estaduais de ensino em todas as etapas (Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio), bem como a coordenação de informações entre os municípios e o Estado para o melhor planejamento da rede de ensino. Da análise do levantamento resultaram importantes apontamentos, tais como de que é necessária a instituição de procedimentos formalizados que promovam a troca de informações entre as redes de ensino, visando a melhor distribuição da oferta dentro da rede, de forma a melhor aproveitá-la, frente à demanda por vagas no Espírito Santo. Assim, o Plenário, nos termos do voto do relator, determinou ao Estado do Espírito Santo, por meio da Secretaria de Estado da Educação – SEDU, que defina e passe a adotar de modo permanente, no prazo máximo de 1 (um) ano, formas de colaboração com os municípios, visando o planejamento conjunto da



oferta de vagas na educação pública e eventual redimensionamento das redes de ensino, em especial no ensino fundamental. O levantamento identificou, ainda, que a maioria dos municípios não possuem informações sobre os alunos que permita o real diagnóstico da rede de ensino, razão pela qual, o Plenário recomendou, também, aos municípios que não possuem sistema informatizado de gestão escolar, a sua adoção. Por fim, foi recomendado às Secretarias Municipais de Educação que passem a exigir de seus alunos, dentre a documentação obrigatória no momento da matrícula, os códigos de instalação elétrica ou de água/esgoto de sua residência, de forma a permitir a geolocalização dos alunos de sua rede. O Plenário, à unanimidade, acompanhou o voto relator. Acórdão TC nº 1721/2019-Plenário, TC 3330/2019, em 20/01/2020, relator conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo.

4. LICITAÇÃO. É regular a exigência de cadastro no DER e do Certificado de Registro Nacional de Transportador Rodoviário de Carga - RNTRC da ANTT como requisitos de habilitação em licitação para serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Trata-se de representação em face da Secretaria de Estado de Esporte e Lazer, alegando a existência de irregularidades no Edital de Pregão Eletrônico nº 006/2019, cujo objeto era o registro de preços para contratação de empresa especializada em serviços de transporte de passageiros intramunicipal, intermunicipal e interestadual, para atender demandas da Secretaria. O representante arguiu que o registro da empresa licitante junto à ANTT e ao DER-ES deveria ser exigido somente no momento da contratação e não na fase de habilitação. O relator entendeu que, tendo em vista o objeto a ser contratado, não configura restrição à competitividade, nem exigência descabida ou desarrazoada as exigências de cadastro no DER/ES e de apresentação do Certificado de Registro Nacional de Transportador Rodoviário de Carga (RNTRC) pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) na fase de habilitação, pois trata-se do exercício de atividade de transporte interestadual e intermunicipal cuja competência de fiscalização cabe à ANTT e ao DER/ES, respectivamente, previstas em lei. Diante disso entendeu o relator pela improcedência do pleito, em consonância com a área técnica e com o Ministério Público de Contas. O Plenário decidiu, por unanimidade, conhecer a representação e, no mérito, pela sua improcedência. Acórdão 1416/2019-Plenário. TC 1416/2019, relator Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges. Publicado em 10/12/2019.

5. LICITAÇÃO. A exigência de comprovante de propriedade do sistema de informação não pode ser exigida como condição para habilitação, sendo possível sua exigência, contudo, para formação de pontuação técnica, objetivando a definição da proposta vencedora.

Trata-se de Pedido de Reexame interposto pelo Ministério Público de Contas em face do Acórdão TC 865/2015, relativo a auditoria realizada na Prefeitura Municipal de São Gabriel da Palha, referente ao exercício de 2008, em que se apontou exigência indevida no Convite nº 07/2008, relacionada à necessidade de comprovação, pela empresa licitante, da propriedade dos sistemas a serem licitados, prevendo, além disso, pontuação distinta para os proprietários dos referidos sistemas. Sobre a questão o



relator entendeu que não houve violação ao disposto na Lei nº 8.666/1993, por que, nos termos do entendimento do TCU e do STF, *“a exigência de comprovante de propriedade do sistema de informação não pode ser exigida como elemento desclassificatório de habilitação, sendo possível, contudo, para a formação de pontuação no requisito ‘técnica’, objetivando a definição da proposta vencedora”*. Entendeu o relator, portanto que, uma vez que os recorridos não exigiram a propriedade dos programas na fase de habilitação, mas tão somente na pontuação técnica (aspecto classificatório), em tese não contrariaram as jurisprudências das Cortes citadas. Ressaltou ainda que a propriedade do sistema é um elemento vantajoso na operacionalização do sistema de informação, que se relaciona com a qualidade dos serviços a serem executados, não restringindo a competitividade do certame. Conforme a fundamentação exposta, o relator, divergindo do entendimento técnico e ministerial, negou provimento ao item recorrido, mantendo o afastamento da irregularidade. O Plenário decidiu, à unanimidade, de acordo com o voto do relator. Acórdão TC nº 1508/2019-Plenário, TC 12603/2015, em 20/01/2020, relator conselheiro Domingos Augusto Taufner.

6. LICITAÇÃO. É possível a exigência do certificado ISO 9000 como objeto de pontuação no julgamento de proposta técnica em licitação.

Trata-se de Pedido de Reexame interposto pelo Ministério Público de Contas em face do Acórdão TC 865/2015, relativo a auditoria na Prefeitura Municipal de São Gabriel da Palha, referente ao exercício de 2008, em que se apontou violação ao disposto no artigo 3º, §1º, inciso I, da Lei Federal n. 8666/93 no Convite nº 07/2008, pois houve a utilização de certificação ISO 9001 como critério de pontuação da proposta técnica. Segundo o relator, embora a matéria seja tratada de forma vacilante pelas Cortes, a falta de segurança jurídica não pode prejudicar os direitos dos gestores, sendo este o sentido das modificações perpetradas pela Lei nº 12.655/2018 na LINDB. Nesse sentido o relator reafirmou posicionamento do TCU que considera válida a previsão do certificado ISO 9001:2000 na fase de pontuação. Vejamos: *Considerando que a qualidade do processo de fabricação reflete-se diretamente na qualidade do produto, o certificado ISO 9000 pode ser objeto de pontuação no julgamento das propostas técnicas, nos termos do art. 3º, inciso I, do Decreto 1.070/1994. Contudo, o peso dado à apresentação do certificado não poderá ser exagerado, distorcido, a ponto de, na prática, transformá-lo em critério de desclassificação*. Ante as argumentações expostas, o relator divergiu do entendimento técnico e ministerial e negou provimento ao Recurso. Acórdão TC nº 1508/2019-Plenário, TC 12603/2015, em 20/01/2020, relator conselheiro Domingos Augusto Taufner.



7. LICITAÇÃO. É admissível a adjudicação do objeto licitado ao único interessado entre os convidados na modalidade de licitação Convite, desde que, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, seja impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no §3º do artigo 22 da Lei Federal nº 8.666/93, sendo que essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite, nos termos do §7º do artigo 22 da Lei Federal nº 8.666/93.

Trata-se de Pedido de Reexame interposto pelo Ministério Público de Contas em face do Acórdão TC 865/2015, relativo a auditoria realizada na Prefeitura Municipal de São Gabriel da Palha, referente ao exercício de 2008, em que se apontou prosseguimento de certame, na modalidade convite, que não obteve número suficiente de propostas válidas. No tocante à temática, o relator sustentou que este Tribunal já prolatou Acórdão 1621/2018, no sentido de que doutrina e jurisprudência vêm flexibilizando o entendimento adotado pelo TCU, por apreenderem que o TCU vem seguindo posicionamento excessivo, ao afirmar que o convite deve ser repetido sempre que a Administração não obtenha três propostas válidas, nos termos da Súmula nº 248. O relator, citando outras jurisprudências que confirmam a regularidade procedimental, uma vez que foram convidados mais de três participantes, não necessitando, obrigatoriamente, que fossem válidas as propostas apresentadas, entendeu que restou evidenciado, no caso concreto, limitação do mercado local, considerando o número de convites enviados expressivo, restando claro que a conduta dos recorridos não fora reprovável ao ponto de se declarar a irregularidade. Ademais, entendeu não ter havido prejuízo à Administração, motivo pelo qual deixou de acompanhar o entendimento técnico e ministerial, negando provimento a este item do recurso. Acórdão TC nº 1508/2019-Plenário, TC 12603/2015, em 20/01/2020, relator conselheiro Domingos Augusto Taufner.

8. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. Na licitação para contratação de parceria público-privada, sob a modalidade de concessão administrativa, o poder concedente deve apresentar projeto público de referência com nível de anteprojeto de engenharia que atenda aos elementos descritos no art. 9º, § 2º, da Lei Federal nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

Cuida-se de exame prévio de instrumento convocatório, solicitado pelo Ministério Público de Contas, referente a minuta de edital de concorrência pública, que teve como objeto a realização de parceria público-privada, na modalidade de concessão administrativa, para exploração dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, no município de Linhares. A área técnica apontou impropriedade referente à deficiência do anteprojeto de engenharia da parceria público-privada, em violação ao art. 10, §4º, da Lei 11.079/2004 e ao art. 9º, §2º, da Lei Federal nº 12.462/2011. Segundo entendimento técnico *“o poder concedente está obrigado a apresentar, em PPPs, projeto público de referência com nível de anteprojeto, porque, mesmo que tal projeto não seja vinculante para o parceiro privado, ele equivale ao orçamento nas licitações regidas pela Lei 8.666/93, fixando o preço máximo que a administração pública está disposta a pagar pelo objeto de concessão e sobre o qual serão feitas, entre outras análises, a de sobrepreço”*. Nesse sentido, o corpo técnico



destacou que a Lei Federal nº 12.462/2014, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, traz em seu artigo 9º, §2º, inciso I, a previsão de que o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado. Além disso, apontou que o anteprojeto deverá incluir também as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, a estética do projeto arquitetônico, e os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade. Anuindo ao entendimento técnico, o relator recomendou à Prefeitura Municipal de Linhares certificar-se de que o anteprojeto da PPP atenda aos elementos descritos no referido artigo 9º, §2º da Lei 12.462/2014. O Plenário deliberou, à unanimidade, conforme o voto do relator. Acórdão TC nº 1555/2019-Plenário, TC 1108/2018, em 25/11/2019, relator conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

9. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. Na licitação para contratação de parceria público-privada, sob a modalidade de concessão administrativa, não é recomendável vincular o concessionário, durante a execução contratual, ao projeto público de referência ou à proposta técnica por ele apresentada, sob pena de se deslocar o risco do projeto, que naturalmente é alocado ao parceiro privado, ao parceiro público.

Cuida-se de exame prévio de instrumento convocatório, solicitado pelo Ministério Público de Contas, referente a minuta de edital de concorrência pública, que teve como objeto a realização de parceria público-privada, na modalidade de concessão administrativa, para exploração dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, no município de Linhares. Segundo a área técnica, a referida minuta de edital adotou o critério de julgamento “*menor contraprestação média anual*”, não previsto no artigo 12, inciso II, da Lei Federal nº 11.079/2004, bem como também não justificou a combinação do critério menor contraprestação média com a “*melhor técnica*” para um objeto comum, como é o caso da limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, tendo em vista que a melhor prática seria adotar exclusivamente o critério de julgamento menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública. No tocante à adoção do critério técnica e preço, os técnicos destacaram, em análise conclusiva, que “*o novo edital manteve a irregularidade, vinculando a proposta técnica do licitante vencedor durante a execução do contrato, prática também não recomendada em PPPs, uma vez que permite desvirtuar a alocação de riscos contratuais além de prejudicar o município de se beneficiar da natural e esperada evolução tecnológica*”. Nesse sentido, o corpo técnico ponderou que não é adequado e não é a melhor prática vincular o concessionário ao projeto público ou ao projeto por ele apresentado, sob pena de se deslocar o risco de projeto, que naturalmente é alocado ao parceiro privado, ao parceiro público, com todas as implicações negativas dessa prática, em especial os reequilíbrios econômico-financeiros. Dessa forma, entendeu pela expedição de recomendação aos responsáveis a fim de que não vinculem a concessionária durante a execução do contrato nem ao projeto público de referência e tampouco a sua proposta técnica na licitação, vinculando-o a metas e indicadores de



desempenho e não a meios, haja vista que metas e indicadores bem formulados e vinculados à remuneração irão levar o parceiro privado a adotar os melhores meios para executar os serviços concedidos. Conforme a fundamentação exposta, o relator, acompanhando o entendimento técnico, concluiu por manter a irregularidade analisada e expedir a recomendação sugerida. O Plenário decidiu, à unanimidade, de acordo com o voto do relator. Acórdão TC nº 1555/2019-Plenário, TC 1108/2018, em 25/11/2019, relator conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

10. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. Na licitação para contratação de parceria público-privada, sob a modalidade de concessão administrativa, é recomendável vincular a remuneração do concessionário ao seu desempenho, sendo este avaliado através de metas e indicadores, os quais, preferencialmente, devem ser considerados de forma individualizada (sem ponderação das notas) para fins de descontos remuneratórios.

Cuida-se de exame prévio de instrumento convocatório, solicitado pelo Ministério Público de Contas, referente a minuta de edital de concorrência pública, que tem como objeto a realização de parceria público-privada, na modalidade de concessão administrativa, para exploração dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, no município de Linhares. A área técnica apontou impropriedade da metodologia de avaliação de desempenho prevista para a fase de execução do contrato. Em sede de análise conclusiva, verificou-se que a fórmula de avaliação prevista no edital ponderava notas dos 8 (oito) indicadores de desempenho, permitindo, dessa forma, o não cumprimento de metas previstas para os indicadores de desempenho sem qualquer penalização correspondente. A esse respeito, a equipe técnica alegou que a ponderação das notas *“permite que o concessionário, por exemplo, não cumpra as metas estabelecidas para indicadores altamente relevantes para a qualidade do serviço, como taxa de atendimento (atualmente de 100%), varrição manual (100% do planejado), coleta seletiva (2% para os primeiros 5 anos) e reaproveitamento (8%) e, ainda assim, atinja com tranquilidade a nota 8 na fórmula acima transcrita”*. Registrou ainda que *“o modelo de avaliação de desempenho previsto na PPP de Resíduos de Linhares está em desacordo com a regra do artigo 6º, caput, §§ 1º e 2º, da Lei 8.987/95 – segundo a qual toda concessão de serviço público pressupõe a prestação de serviço adequado, que deve satisfazer às condições de atualidade, que compreende, entre outras obrigações, a melhoria e expansão do serviço – uma vez que a fórmula de ponderação das notas dos indicadores de desempenho acima transcrita permite, por exemplo, que a concessionária reduza a taxa de cobertura, de 100% para 80%, piorando ao qualidade do serviço em vez de melhorá-lo, além de, ainda, não sofrer nenhuma penalidade ou redução em sua remuneração”*. Além disso, no que tange ao apontamento relativo à *“não vinculação da remuneração do parceiro privado ao desempenho e sim a multas”*, a área técnica observou que a melhor prática em PPPs recomenda a remuneração do parceiro de acordo com seu desempenho, *“estabelecendo determinado percentual de redução sobre sua remuneração, proporcional à distância que ele ficou aquém em relação a cada uma das metas fixadas para cada indicador de desempenho”*. Acrescentou se tratar de entendimento *“pacífico que, em contratos de PPPs e Concessões, a vinculação da remuneração da concessionária a seu desempenho é prática mais adequada, efetiva e segura do que a aplicação de multas, uma vez que as multas envolvem procedimento*



burocrático (e por isso demorado), que geralmente acaba sendo judicializado, que não se coaduna com a eficiência esperada em contratos de PPP e, por isso, não traz incentivo ao parceiro privado para prestar serviço adequado”. Diante do exposto, o relator, acompanhando entendimento técnico, recomendou à Prefeitura de Municipal de Linhares que altere o edital de modo a, dentre outros pontos, “(a) excluir a ponderação das notas dos indicadores de desempenho, (b) apurar individualmente as notas de cada um dos indicadores de desempenho” e ainda “(g) vincular a remuneração do parceiro privado a seu desempenho, proporcionalmente às notas individualmente aferidas em cada um dos indicadores de desempenho, ou estabelecer valor significativo para as multas, de modo a estimular o cumprimento das metas contratuais de desempenho, caso insistam em vincular a remuneração do parceiro privado a multas”. O Plenário decidiu, à unanimidade, de acordo com o voto do relator. Acórdão TC nº 1555/2019-Plenário, TC 1108/2018, em 25/11/2019, relator conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

11. PESSOAL. Parecer em Consulta TC nº 26/2019. Sobre a contratação de médicos peritos para realização de inspeção para fins de aposentadoria por invalidez.

Tratam os autos sobre Consulta apresentada pelo Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Município de Vitória – IPAMV, por meio da qual questionou a esta Corte de Contas: “(i) É permitido aos Regimes Próprios de Previdência Social efetuar credenciamento de médicos peritos, por meio de edital público de convocação, a título precário e sem vínculo empregatício, para constituição eventual, de junta médica que preste o serviço de inspeção médica, para fins de aposentadoria por invalidez, a servidores efetivos da Administração Direta e Indireta dos Poderes Municipais”? O Plenário, à unanimidade, preliminarmente, conheceu da consulta e, no mérito, a respondeu nos seguintes termos:

1.2.1 Em regra, a junta médica que preste o serviço de inspeção para fins de aposentadoria por invalidez a servidores efetivos da Administração Direta e Indireta dos Poderes Municipais deve ser composta por servidores públicos efetivos, nomeados após aprovação no competente concurso público;

1.2.2 Excepcionalmente, constatando-se um acréscimo temporário de demanda ou existência de pequena demanda, pela possibilidade de contratação, por meio de credenciamento, de médicos peritos para constituição de eventual junta médica que preste o serviço de inspeção para fins de aposentadoria por invalidez a servidores efetivos da Administração Direta e Indireta dos Poderes Municipais;

Parecer em Consulta TC-26/2019 – Plenário, TC 221/2016, relatora conselheira Márcia Jaccoud Freitas, publicado em 27/01/2020.

12. PESSOAL. É legítima a acumulação de aposentadoria por invalidez com a gratificação por exercício de atividade de dirigente sindical.

Tratam os autos de Tomada de Contas Especial instaurada pela diretora presidente do Instituto de Previdência de Vila Velha – IPVV, para apurar suposta irregularidade quanto



a percepção simultânea de proventos de aposentadoria por invalidez e de gratificação de jetom pelo exercício de atividade sindical por um mesmo servidor. Inicialmente, sobre o caso concreto, o relator observou: *“a atividade sindical exercida lhe confere peculiaridades: a primeira, não se tratar de vínculo empregatício, mas do exercício de direito social previsto no art. 8º, inciso VII da Constituição Federal, que lhe confere o direito de votar e ser votado nas organizações sindicais; o segundo, está relacionado à natureza temporária da atividade e o recebimento de jetom – com natureza de gratificação - pelo exercício da atividade”*. Ainda, considerou que, em analogia ao sistema eleitoral, é possível sustentar a cumulação de aposentadoria por invalidez com a percepção de subsídio decorrente do exercício de mandato eletivo, conforme excertos extraídos do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Nesse sentido, entendeu: *“legítima e legal a cumulação de aposentadoria por invalidez com o exercício de atividade de dirigente sindical gratificada por jetom”*. O Plenário, à unanimidade, decidiu nos termos do voto do relator. Acórdão TC-1522/2019 – Plenário, TC 7751/2017, relator conselheiro João Luiz Cotta Lovatti, publicado em 20/01/2020.

13. PROCESSUAL. O descumprimento de diretriz programática, por não se tratar de ilegalidade, não é passível de sancionamento e/ou determinação em auditoria de conformidade.

Tratam os autos de auditoria de conformidade realizada no Consórcio Público da Região Norte do Espírito Santo, no Fundo Estadual de Saúde e nos Fundos Municipais de Saúde dos quatorze municípios que compõem a Região Norte de Saúde, que teve como escopo avaliar o modelo de atendimento integral à saúde denominado “Rede Cuidar”, em âmbito regional. Na auditoria realizada, uma das questões relatadas foi atinente à destinação de recursos estaduais para compor o financiamento tripartite da atenção básica de saúde. Em sede de voto-vista, o conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, inicialmente observou que a fiscalização tratada nos autos foi uma auditoria de conformidade. Ato contínuo, apontou: *“Como auditoria de conformidade, modalidade de auditoria de regularidade, como já explicado, seu objetivo precípua é o de avaliar cumprimento de norma. Entretanto, o achado 15, que consubstanciaria a ausência de repasse de recursos estaduais para compor o financiamento tripartite da atenção básica de modo regular e automático, é dotado de complexidade a não merecer ser tratado, pelo relatório de auditoria, como simples descumprimento de norma legal”*. Acerca da competência do TCEES para fiscalização quanto ao implemento de normas programáticas, ressaltou: *“O ordenamento jurídico brasileiro está repleto de normas programáticas, que expressam diretrizes. Não se pode imaginar, porém, que tais normas expressam mera orientação, ou aconselhamento; na verdade, devem ser implementadas. Mas, implementadas na justa medida do possível, considerando que no atual momento o Estado brasileiro, como um todo, sofre sérias restrições orçamentárias. De modo nenhum pode-se inferir, por conta disso, que as Cortes de Contas não teriam a competência de sindicarem a implementação, por parte dos gestores públicos, das diretrizes constantes de normas legais ou infralegais”*. E acrescentou: *“Dessa forma, este Tribunal de Contas é órgão de controle externo qualificado, que pode contribuir para uma melhor solução quanto ao equacionamento das ações de saúde e seu respectivo financiamento. Mas, isso em um procedimento propício a tal atividade, como o é o ambiente da*



auditoria operacional". Nesse sentido, entendeu: "Não quero dizer com isso que a auditoria de conformidade não é apta a propor melhorias na gestão pública. A inadequação aqui está em considerar como irregularidade, passível de sancionamento e determinação um suposto não cumprimento de uma diretriz programática. É aqui que reside minha discordância com o posicionamento da Área Técnica. O achado de auditoria n. 15 não se trata de uma ilegalidade. Trata-se de uma posição da Área Técnica quanto a determinada providência que o Estado deveria ter desencadeado e, na sua visão, não o fez". Por todo o exposto, o conselheiro votou por afastar a irregularidade. O Plenário, à unanimidade, decidiu nos termos do voto-vista do conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, encampado pelo relator. Acórdão TC-1610/2019-Plenário, TC 4016/2018, relator conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo, publicado em 20/01/2020.

14. PROCESSUAL. Achados de auditoria não previstos inicialmente nas questões apresentadas durante a fase de planejamento não são passíveis de exclusão do resultado do procedimento de fiscalização, caso sejam relacionados diretamente com os objetivos inicialmente propostos.

Tratam os autos de fiscalização realizada pelo TCEES no município de Linhares. Preliminarmente ao mérito, os defendentes alegaram que a equipe técnica responsável pelo procedimento de fiscalização teria se afastado das previsões contidas no Plano Anual de Fiscalização, aduzindo que o objeto do Subitem 3.1 do Relatório de Auditoria Ordinária (Indícios de sobrepreço no transporte escolar municipal) no qual os defendentes foram citados, não traz relação com o Plano de Auditoria para o qual a equipe foi designada a realizar, alegando ser nulo o resultado do procedimento de fiscalização neste ponto. A esse respeito, o relator verificou que "o fundamento legal utilizado pelos defendentes para incitar nulidade no resultado do procedimento de fiscalização é equivocado, haja vista tratar o art. 197, da Resolução TCEES nº. 261/2013 do Plano de Fiscalização Anual, documento no qual o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo estipula o planejamento das auditorias que serão realizadas pela Corte de Contas naquele determinado período". Dessa forma, ponderou que: "Tal plano anual, porém, não configura o documento pelo qual se descrevem os objetos de auditoria ou seu objetivo. Desta feita, também não serve de parâmetro para se avaliar restrições de atuações do corpo técnico quando em atividade. Tal visão é perfeitamente alcançável ao se compulsar o Manual de Auditoria de Conformidade editado pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo e aprovado por meio da Resolução TCEES nº. 287/2015". Assim, com relação ao procedimento de fiscalização, a relatoria esclareceu que este "irá dispor de um plano de trabalho próprio por meio do qual se realizará um planejamento prévio figurando dentre esta proposta as questões de auditoria a serem respondidas. A elaboração destas questões, diga-se, pretende alcançar a abordagem dos diferentes aspectos do escopo da auditoria para satisfação de seu objetivo, ao mesmo tempo em que se discute aonde se quer chegar com os questionamentos (possíveis achados)". Nesse sentido, evidenciou que "as respostas alcançadas a partir de uma questão de auditoria poderão resultar no desdobramento da mesma em outras, fato que somente poderá ser aferido quando da execução do procedimento de fiscalização propriamente dito". Por fim, o relator concluiu que "desde que relacionados diretamente com os objetivos inicialmente propostos, os achados de auditoria não



previstos inicialmente por meio das questões apresentadas durante a fase de planejamento não se excluem dos resultados dos procedimentos de fiscalização devendo constar do relatório de execução deste". Nesses termos, conforme a fundamentação exposta, a relatoria deixou de acolher a preliminar de nulidade suscitada pelos defendentes, haja vista a correlação dos achados de auditoria com os objetivos e as questões de auditoria propostas através do Plano de Auditoria correspondente. O Plenário deliberou, à unanimidade, segundo o voto do relator. Acórdão TC nº 1513/2019 – Plenário, TC 6918/2016, em 20/01/2020, relator conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges.

15. PROCESSUAL. O julgamento de processo pelo colegiado, hipótese de interrupção da prescrição prevista no art. 71, §4º, inciso II, da LOTCEES, inserida pela Lei Complementar 902/2019 em 09/01/2019, não pode retroagir seus efeitos para alcançar prescrição já consumada.

Trata-se de pedido de revisão interposto pelo diretor presidente das Centrais de Abastecimentos do Espírito Santo – CEASA, em face do Acórdão TC 701/2015 – Primeira Câmara, que julgou irregulares as contas do recorrente e imputou-lhe ressarcimento ao erário. Em síntese, o recorrente invoca a prescrição intercorrente, que teria se verificado entre a data da interposição do recurso de reconsideração do qual se originou o Acórdão TC 199/2012 (que decretou a nulidade parcial do Acórdão TC 406/2009, quanto às irregularidades imputadas ao recorrente, determinando a confecção de nova Instrução Técnica Conclusiva) e a decisão ora guerreada. O referido apelo fora interposto em 15/01/2010 e a data de julgamento da decisão ora combatida se deu 03/06/2015. Nessa perspectiva, o recorrente invoca o caput e o inciso II do §4º do art. 71 da Lei Complementar 621/2012, alegando que o prazo quinquenal assinalado nessa disposição teria transcorrido, uma vez que a interposição de recurso seria uma causa interruptiva. Discordando do pleito recorrido, a área técnica argumentou: *“Faz-se necessário esclarecer que embora não prevista à época como causa interruptiva da prescrição, por óbvio que o julgamento do processo também se configura uma causa interruptiva. Não se pode falar em prescrição, quando acaba de ser entregue a prestação jurisdicional. E aqui cabe uma correção de rota diante das premissas lançadas pelo recorrente. O termo ad quem para contagem do prazo prescricional no Recurso de Reconsideração que manejou, por óbvio foi a data em que esse foi julgado, ou seja, em setembro de 2012 não aquela em que foi proferida a decisão que se almeja rescindir”. Analisando a questão, o relator, refutando a fundamentação técnica, observou que, a partir da edição da Lei Complementar 902/2019, o legislador previu o julgamento do processo pelo Colegiado competente como uma nova hipótese de interrupção da prescrição. Diante disso, entendeu *“não ser possível aplicarmos uma causa de interrupção da prescrição que só surgiu em 2019 para obstar a sua já ocorrência em anos pretéritos”*. Nesse sentido, a relatoria ponderou que *“a Lei Complementar 902/2019 não tem o condão de irradiar seus efeitos para o passado no sentido de interromper prescrição já ocorrida”*. Por fim, considerando que o recurso foi interposto em 15/01/2010, e seu julgamento ocorreu somente em 03/06/2015, reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Nesses termos, o Plenário, à unanimidade, conheceu do Pedido de Revisão e, no mérito, deu-lhe provimento para reformar o Acórdão TC 701/2015 – Primeira Câmara*



e julgar regulares as contas do responsável. Acórdão TC nº 1725/2019 – Plenário, TC 1672/2017, em 20/01/2020, relator conselheiro Luiz Carlos Cicillioti da Cunha.

16. PROCESSUAL. A decisão que resolve preliminar de incidente de inconstitucionalidade é irrecorrível, cabendo apenas oposição de embargos de declaração, eis que o julgamento só se completa com a decisão de mérito emitida pelo colegiado competente.

Trata-se de agravo interposto em face do Acórdão TC 1740/2018, proferido pelo Plenário desta Corte de Contas, que, ao analisar incidente de inconstitucionalidade, negou exequibilidade à Lei Municipal nº 1679/2014, por ofensa ao artigo 37, inciso X da Constituição Federal e ao artigo 32, inciso XVI, da Constituição Estadual. Em sede de análise de admissibilidade do recurso, a área técnica teceu considerações sobre o seu cabimento, e observou que: *“De acordo com o § 2º1 do art. 427 do Regimento Interno desta Corte de Contas a decisão que aprecia questão incidental tem natureza interlocutória, de sorte que o Acórdão 1740/2018-Plenário, a teor do art. 415, caput, do Regimento Interno, seria impugnável pelo recurso de Agravo”*. Entretanto, ressaltou que *“a instauração de incidente de inconstitucionalidade para apreciação de questão constitucional, em sede de controle difuso e incidental, pelo Plenário desta Corte, vem a atender ao princípio da reserva de plenário”*. Dessa forma, os técnicos destacaram que, após a resolução do incidente de inconstitucionalidade, o julgamento do feito prossegue perante o colegiado competente, neste caso a Primeira Câmara deste Tribunal. Nesse sentido, registraram que *“por se tratar de processo de competência de Primeira Câmara, houve a cisão do julgamento. Assim, o Acórdão TC 1740/2018 proferido pelo Plenário julgou e acolheu a arguição de inconstitucionalidade da Lei Municipal 1679/2014, bem como devolveu os autos ao gabinete do Relator, para prosseguimento do feito no tocante ao mérito das irregularidades apontadas no âmbito da 1ª Câmara desta Corte de Contas, competente para julgamento daquele processo”*. Desse modo, notou que *“nos casos em que há a cisão de julgamento - em razão da instauração de incidente de inconstitucionalidade a ser apreciado por colegiado distinto daquele que deliberará sobre o mérito do feito – a decisão recorrível será a final, ou seja, aquela proferida pelo órgão fracionário que complementa o julgamento adentrando o mérito das questões discutidas, decisão esta que, evidentemente, será integrada pela antecedente, emanada do colegiado maior (em nosso caso o Plenário) que decidiu o incidente de inconstitucionalidade”*. Em reforço a esse posicionamento, a área técnica mencionou o entendimento doutrinário no sentido de que *“o acórdão que julga o incidente, salvo na hipótese de embargos de declaração, é irrecorrível: o julgamento só se completará com a decisão do recurso, causa ou reexame necessário pelo órgão fracionário, que retomará seu regular prosseguimento imediatamente após o julgamento do incidente processual”*. Nesses termos, concluiu que *“acaso haja interesse em recorrer do Acórdão 1740/2018, deverá o Recorrente aguardar pela complementação do julgamento, que só advirá com a apreciação do mérito do processo TC 3877/2015 pela Primeira Câmara deste Tribunal, para só então veicular seu recurso”*. Conforme a fundamentação exposta, o relator, acompanhando o entendimento técnico, decidiu por não conhecer do agravo tendo em vista o descumprimento de pressuposto processual de admissibilidade, atinente ao cabimento. O Plenário deliberou, por maioria, nos termos do voto do relator. Acórdão



TC nº 1641/2019 – Plenário, TC 13804/2019, em 20/01/2020, relator conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo.

17. PROCESSUAL. Compete ao TCEES a fiscalização de recursos federais destinados à saúde quando transferidos e incorporados ao patrimônio do respectivo ente federativo (Estado ou municípios) com autonomia para definir sua utilização.

Trata-se de Representação com pedido cautelar, de autoria conjunta do Ministério Público de Contas e do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, em que apontam indícios de irregularidades no procedimento licitatório e na execução do contrato celebrado com organização social para fins de gerenciamento, operacionalização e execução de ações e serviços de saúde da Unidade de Pronto Atendimento – UPA de Serra Sede. Preliminarmente à discussão do mérito, a defesa questionou a competência do TCEES para fiscalizar recursos repassados pela União, alegando se tratar de competência do TCU. O relator, acompanhando o entendimento da área técnica em sede de análise conclusiva, apresentou divergências de entendimentos quanto à questão perante o TCU, o STJ e o STF. Ressaltou, todavia, o entendimento que têm prevalecido nesta Corte de Contas, até a presente data, nos termos do Acórdão TC 414/2013, conforme súmulas 208 e 209 do STJ, no sentido de que, tendo em vista que os recursos referentes à cobertura das ações e serviços de saúde são repassados de forma regular e automática para os Municípios, Estados e Distrito Federal e depositados nos Fundos de saúde, eles passam a ser incorporados ao patrimônio do respectivo ente federativo. Esclareceu que, nesses casos, o gestor do ente federativo tem ampla autonomia para definir a utilização dos referidos recursos, de acordo com a necessidade e prioridade local, devendo obrigatoriamente serem aplicados em ações e serviços de saúde, razão pela qual trata-se de matéria de competência do Tribunal de Contas do Estado. O Plenário decidiu por rejeitar a preliminar arguida de incompetência desta Corte, conforme fundamentação exposta. Acórdão 1642/2019 – Plenário, TC 5960/2013, em 20/01/2020, relator conselheiro Domingos Augusto Taufner.

1ª CÂMARA

18. CONTRATAÇÃO DIRETA. A decretação de estado de emergência não é causa suficiente para justificar a contratação direta por dispensa de licitação, sendo necessária a demonstração de nexos entre o objeto a ser contratado e a necessidade pública de caráter emergencial.

Trata-se de fiscalização realizada no Prefeitura de Ecoporanga, convertida em Tomada de Contas Especial, onde foi apontada irregularidade na contratação emergencial de transporte para agentes da saúde, por dispensa de licitação, sem a demonstração de nexos entre o objeto contratado e a necessidade pública de caráter emergencial. A instrução técnica inicial constatou que não foram justificados a escolha do fornecedor e o preço, bem como não foi realizada prévia pesquisa de preços e a descrição adequada do objeto. Sobre o tema, o relator afirmou que: *“É possível, considerando os dados trazidos pela auditoria, que houvesse sim uma necessidade pública na área de saúde a justificar a contratação emergencial de transporte para agentes da saúde nas áreas*



afetadas pela enchente. Era imprescindível, no entanto, uma adequada justificativa com estimativa de tempo e quilometragem bem como a descrição exata da necessidade a ser atendida”. Ponderou que: “Não basta a decretação do estado de emergência para justificar a contratação com dispensa de licitação, sendo necessária, antes, a demonstração de nexo entre o objeto a ser contratado e uma necessidade pública de caráter emergencial, que não poderia se sujeitar a um processo formal de licitação; indispensável, ainda assim, a justificativa de escolha do fornecedor e do preço. Complementou, ainda, que: “Não demonstrado o nexo entre a contratação e a situação emergencial, assim como a necessidade pública emergencial, não se justifica a dispensa de licitação, que é a regra geral, sendo a dispensa exceção legal só admitida nas hipóteses que a lei autoriza, devidamente caracterizadas”. Nesses termos, o relator votou por manter a irregularidade. A Primeira Câmara deliberou, por unanimidade, nos termos do voto do relator. Acórdão TC 1451/2019- Primeira Câmara, Processo 1974/2014, relator, conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 16/12/2019.

19. LICITAÇÃO. O administrador, ao confeccionar o edital, tem discricionariedade para eleger os requisitos de qualificação econômico-financeira, dentre aqueles previstos no artigo 31 da lei 8.666/93, uma vez que os critérios previstos constituem um rol máximo, e não mínimo, de possíveis exigências.

Cuida-se de representação, em face do edital de Concorrência Pública n. 004/2018, da Prefeitura Municipal de Jaguaré, que considerou irregular a insuficiência na comprovação da regularidade econômica da licitante interessada. Em representação formulada em face da Concorrência Pública nº 004/2018 da Prefeitura Municipal de Jaguaré foi relatada possível irregularidade consistente na insuficiência de exigências de habilitação relacionadas à regularidade econômica dos licitantes. Sobre o tema, a área técnica salientou que *“a Lei de Licitações, ao utilizar a expressão ‘limitar-se-á’, em seu art. 31, estabeleceu um rol máximo de requisitos de qualificação econômico-financeira, que podem ser exigidos dos licitantes como critério de habilitação nos procedimentos licitatórios”*. Acrescentou que, deste entendimento, decorrem duas conclusões *“a) o edital de licitação não pode exigir a comprovação de nenhum requisito que não esteja expressamente previsto em lei, por se tratar de norma restritiva de direitos; b) não é necessário que o edital de licitação exija a comprovação de todos os requisitos de qualificação econômico-financeira previstos na lei, uma vez que o rol de requisitos legais não constitui um rol mínimo, mas sim um rol máximo”*. Completou que, *“dessa forma, o administrador, ao confeccionar o edital, tem discricionariedade para eleger os requisitos de qualificação econômico-financeira, dentre aqueles previstos em lei, que entenda ser pertinente exigir a comprovação em cada licitação”*. O relator, acompanhou o entendimento técnico e afastou a irregularidade. A Primeira Câmara deliberou, à unanimidade, nos termos do voto do relator. Acórdão TC 1462/2019 – Primeira Câmara, Processo 7069/2018, relator conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, publicado em 16/12/2019.



20. PESSOAL. A acumulação do cargo de procurador jurídico com a função de pregoeiro é incompatível com o princípio da segregação de funções.

Trata-se de fiscalização realizada na Prefeitura Municipal de Vargem Alta, convertida em Tomada de Contas Especial, onde apurou-se a incompatibilidade do acúmulo simultâneo de cargos de procurador jurídico e pregoeiro, com ofensa o princípio da segregação das funções. O relator ao analisar o caso, afirmou que: *“A discussão e o cerne da irregularidade diz respeito ao fato de o cargo de Procuradora Jurídica constituir instância de controle interno de legalidade dos atos praticados pela Administração, inclusive no que toca aos procedimentos licitatórios, incluídas as deliberações do pregoeiro e a atuação da equipe de apoio”*. Assim asseverou que *“admitir que um membro da assessoria jurídica componha a equipe de apoio significaria acumular, em único agente, a possibilidade de participar do processo de tomada de decisões e, posteriormente, do exame de legalidade dessas mesmas decisões, o que sob a ótica do princípio da segregação de funções, não é correto”*. Posicionou-se, ainda, no sentido de que: *“Mais grave é o acúmulo de cargo e função que implica em violação a outros princípios preservadores da impessoalidade, da moralidade e do controle, presentes neste caso em que a procuradora geral pratica atos administrativos que são controlados por assessora jurídica sob sua subordinação”*. O relator votou por manter a irregularidade. A Primeira Câmara deliberou, nos termos do voto do relator, acompanhado pelo voto-vista do conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun. Acórdão TC 1380/2019 – Primeira Câmara, Processo TC 820/2014, relator conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 16/12/2019.

21. RESPONSABILIDADE. O fato de a empresa não participar da elaboração do edital e do orçamento base da licitação não a isenta de responsabilidade solidária pelo dano na hipótese de recebimento de pagamentos por serviços superfaturados, pois cabe à licitante ofertar preços compatíveis com os praticados pelo mercado (art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993), independentemente de eventual erro cometido pela Administração quando da elaboração do edital e do orçamento.

Trata-se de representação em face da Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy narrando possíveis irregularidades no âmbito dos pregões 63/2013, 42/2014 e 47/2015, tendo por objeto a contratação de empresa especializada em salvamento marítimo e monitoramento da orla. Dentre as irregularidades apontadas, destaca-se a realização de despesas em valores superiores aos praticados no mercado. A Instrução Técnica Conclusiva averiguou que, havendo a empresa licitante apresentado um preço de mercado no valor de R\$ 418.433,33, durante a fase interna de orçamentação, não poderia tal empresa ter sido homologada vencedora do Pregão 63/2013 com preço de R\$ 450.000,00, valor integralmente quitado pela Administração Pública Municipal, ficando caracterizado um sobrepreço e superfaturamento no montante de R\$ 31.566,67. Em suas justificativas, a empresa licitante alegou que não pode ser responsabilizada, pois quem fez o orçamento, elaborou o edital e realizou a licitação foi a Administração Pública. Analisando a questão, o relator citou dois recentes enunciados do TCU que atestam a responsabilidade solidária de empresas pelo recebimento de valores acima do praticado no mercado, mesmo não participando da elaboração do edital e da orçamentação da licitação. O relator acompanhou o entendimento técnico



pela manutenção da irregularidade e do dano apontado quanto ao Secretário Municipal de Segurança Pública e à empresa contratada, de forma solidária. A Primeira Câmara deliberou, por unanimidade, nos termos do voto do relator. Acórdão TC 1430/2019 – Primeira Câmara, Processo TC 120/2016, relator, conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, publicado em 16/12/2019.

2ª CÂMARA

22. FINANÇAS PÚBLICAS. O objetivo do art. 55 da LRF é dar transparência ao montante das disponibilidades de caixa e dos restos a pagar de despesas não liquidadas inscritos, sendo uma importante ferramenta de gestão ao final de cada exercício, para evidenciar o cumprimento do art. 42 da mesma lei ao final do mandato. Eventuais desequilíbrios que sejam justificados ou que representem valor de pouca relevância não têm o condão de provocar a rejeição das contas do mandatário.

Tratam os autos de Prestação de Contas Anual da Prefeitura Municipal de Ibatiba/ES, referente ao exercício financeiro de 2017. Em sede de análise, a equipe técnica desta Corte de Contas constatou que não foi observado o limite de inscrição de restos a pagar não processados pelo Poder Executivo, bem como a inobservância do artigo 55, III, b, 3, da LRF. Sobre o tema em comento, o relator se manifestou nos seguintes termos: “o objetivo do art. 55 é dar transparência ao montante das disponibilidades de caixa e dos Restos a Pagar de despesas não liquidados inscritos, sendo uma importante ferramenta de gestão a cada final de exercício, e assim evidenciar o cumprimento do art. 42 da LRF ao final do mandato do gestor. Uma exigência que permite à sociedade e aos órgãos de controle o acompanhamento de maneira mais concomitante a evolução fiscal no decorrer do mandato e proporcionar medidas que corrija desvios e riscos capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas”. Nesse sentido, entendeu que “eventuais desequilíbrios que sejam justificados ou que representem um valor de pouca relevância não tem o condão de provocar a rejeição das contas do mandatário, ou seja, a análise de possíveis desequilíbrios existentes entre os exercícios de um mesmo mandato deve ser feita e deve ser aplicada a punição devida. Entretanto, não cabe ter o mesmo rigor da análise das contas em fim de mandato”. Ante o exposto, o relator votou pelo afastamento da irregularidade em apreço. A Segunda câmara, à unanimidade, decidiu nos termos do voto do relator. Parecer Prévio TC-87/2019 – Segunda Câmara, TC 4007/2018, relator conselheiro Domingos Augusto Taufner, publicado em 20/01/2020.

23. PROCESSUAL. A publicação de deliberação desta Corte de Contas na forma de Decisão, quando deveria ser na forma de Acórdão, não é causa de nulidade de ato processual, eis que se trata de formalidade convalidável, em homenagem ao princípio do formalismo moderado.

Trata-se de auditoria temática em receita pública realizada na Prefeitura Municipal de Muqui, conforme Plano Anual de Fiscalização para o exercício 2016. O objetivo da auditoria foi analisar a estrutura legislativa, física e organizacional da administração



tributária municipal, identificando deficiências e vulnerabilidades que podem ser objeto de aprimoramento mediante futuro Plano de Ação a ser estabelecido entre a Prefeitura e o TCEES. A área técnica apontou que a aprovação do Plano de Ação por esta Corte de Contas deve ser entendida como avaliação definitiva do mérito, razão pela qual o julgamento teria natureza definitiva, devendo ser proferido por meio de um Acórdão e não de uma Decisão, como o ocorrido, o que impediria o regular arquivamento do feito. Sobre a questão, o relator entendeu que não merece prosperar a argumentação da área técnica *“pois o mérito já foi analisado e, uma nova deliberação, mesmo que mantendo o entendimento externado anteriormente na forma da Decisão 3407/2018, colocaria em risco a celeridade processual e a duração razoável do processo. Neste sentido, convém aplicar o Princípio do Formalismo Moderado, reconhecendo, assim, a existência de um equívoco formal”*. O relator destacou, também que a natureza jurídica da Decisão não causou nulidade processual, uma vez que esta foi devidamente publicada no Diário Oficial de Contas como decisão definitiva, tendo o responsável tomado ciência de seu teor. Ante o exposto, o relator, divergindo da área técnica, manteve a Decisão originalmente proferida pois *“a forma da decisão não acarreta qualquer prejuízo ao pronunciamento desta Corte, bem como não invalida o ato processual, eis que se trata de mera formalidade a ser superada em homenagem ao princípio do formalismo moderado e, portanto, não impede o arquivamento do feito”*. O Plenário, à unanimidade, acompanhou o voto relator. Acórdão TC nº 1498/2019-Segunda Câmara, TC 6249/2016, em 20/01/2020, relator conselheiro Sérgio Manoel Borges.

24. RESPONSABILIDADE. O controlador interno não pode ser responsabilizado solidariamente por atos irregulares de terceiros que não tenham resultado em dano ao erário, ainda que o parecer do controle interno tenha realizado análise de documentos dos quais se poderiam extrair tais ilegalidades.

Trata-se de Prestação de Contas Anual do Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Iconha, referentes ao exercício financeiro de 2016. No que tange à responsabilidade do controlador geral do Município diante das irregularidades relatadas, a área técnica se manifestou nos seguintes termos: *“é preciso considerar que no processo de prestação de contas, o sujeito legítimo para figurar no polo passivo da relação processual é o administrador e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos, bem como aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade que resulte em dano ao erário, na forma prevista na Lei Orgânica deste Tribunal, em consonância com a Constituição Federal e a Constituição Estadual”*. Acrescentou que *“a controladora geral, via de regra, não pratica ato de gestão, sendo sua função monitorar os processos-chave e críticos, verificando, através de suas revisões periódicas, se os controles praticados pelo gestor atendem às necessidades de controle do processo, bem como salvaguardar o patrimônio do ente”*. No caso em análise, porém, verificou que *“o parecer do controle interno do órgão atestou ter realizado análise de documentos dos quais se poderia extrair claramente as irregularidades ora apontadas, sem que este tenha indicado qualquer falha no procedimento, demonstrando assim não ter agido como devido zelo no exercício de suas atividades, deixando de atender ao disposto no artigo constitucional invocado, justificando assim a sua solidariedade com o gestor”*.



Ressaltou, contudo, que *“embora algumas das irregularidades foram apontadas como de natureza grave, constata-se que aquelas em que a controladora geral do Município foi arrolada como responsável configuram ausência de controle quanto a atos de terceiros, que não constituem atribuição do seu cargo, não sendo possível sua responsabilização direta por esses atos, principalmente por não terem resultado em prejuízo ao órgão ou dano ao erário. Por esta razão, não se justifica sua manutenção como responsável neste caso concreto, sugerindo a exclusão do controlador interno do polo passivo da presente prestação de contas”*. Em voto-vista, o conselheiro Domingos Augusto Taufner corroborou o entendimento técnico e excluiu o controlador interno do polo passivo da prestação de contas. A Segunda Câmara, por maioria, acompanhou o voto-vista apresentado. Acórdão TC 1409/2019 - Segunda Câmara, Processo TC 6475/2017, relator conselheiro substituto João Luiz Cotta Lovatti, publicado em 16/12/2019.

OUTROS TRIBUNAIS

25. STF - Taxa sobre recursos hídricos: custos da atividade estatal de fiscalização e princípio da proporcionalidade.

O Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 2º; 3º, I e II; 5º; 6º, § 1º; 7º, § 1º e § 2º; 12, § 2º, I a III (1); e, por arrastamento, dos arts. 3º, parágrafo único; 4º, I e II; 6º, § 2º, I a IV; 8º, I e II, e parágrafo único, I a III; 9º; 10, parágrafo único, I a III; 11; e 12, § 1º, da Lei 2.388/2018 do Estado do Amapá. Essa lei instituiu e disciplinou, em âmbito local, a Taxa de Controle, Acompanhamento e Fiscalização das Atividades de Exploração e Aproveitamento de Recursos Hídricos – TFRH. Preliminarmente, o Tribunal converteu o julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo de mérito e, na sequência, afastou a alegação de inconstitucionalidade formal. A Corte afirmou que a taxa é um tributo cuja exigência se faz orientada pelo princípio da retributividade [Constituição Federal (CF), art. 145, II] (2). A taxa possui caráter contraprestacional e sinalagmático: atrelando-se à execução efetiva ou potencial de um serviço público específico e divisível ou ao exercício regular do poder de polícia. O valor do tributo deve refletir, nos limites do razoável, o custeio da atividade estatal de que decorre. A TFRH tem por fato gerador o exercício, pelo ente estadual, do poder de polícia, considerados o aproveitamento e a exploração de recursos hídricos no território do Amapá, cujo valor corresponde a dois centésimos da Unidade Padrão Fiscal do Estado por volume, em metros cúbicos, do recurso utilizado – ou cinco centésimos da unidade por mil metros cúbicos, no caso da geração de energia. Nada obstante a aparente modicidade do fator numérico assinado no art. 6º da Lei estadual 2.388/2018, não se pode ignorar que as atividades sobre as quais recai a cobrança do tributo instituído, sobretudo a geração de energia elétrica, demandam o uso de quantidades expressivas de recursos hídricos. Sob tal ângulo, cumpre perquirir a proporcionalidade, isto é, a razoável e necessária equivalência entre o valor da TFRH e o custo da atividade estatal no exercício do poder de polícia. O Colegiado observou que, conforme se extrai da documentação apresentada pela requerente, a estimativa de arrecadação anual da Administração estadual com a



cobrança do tributo – calculada com base na denominada vazão turbinada média anual em metros cúbicos por segundo referente a três usinas localizadas no Estado – alcançaria o importe de 88,9 milhões de reais. Esse montante é quase dez vezes superior ao orçamento anualmente destinado à Secretaria de Estado do Meio Ambiente, órgão incumbido, na forma do art. 3º do diploma atacado, de “planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, controlar e avaliar as ações setoriais relativas à utilização de recursos hídricos” e de “registrar, controlar e fiscalizar a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos”. A partir da análise das peças orçamentárias relativas aos anos de 2018 e 2019, os recursos destinados à Secretaria compreenderam, respectivamente, 8,3 milhões e 10,5 milhões de reais – alcançando-se a média de apenas 9,4 milhões de reais anuais. Não apenas os dados evidenciam a ausência de proporcionalidade entre o custo da atividade estatal de que decorre a taxa e o valor a ser despendido pelos particulares em benefício do ente público: a própria redação da lei questionada conduz à conclusão no sentido do caráter eminentemente arrecadatário do tributo instituído. Ao cuidar da destinação da receita auferida mediante o recolhimento da taxa, o legislador estadual previu, no § 12 do art. 12, o aporte de 10% do produto da arrecadação para o fomento de “iniciativas municipais relacionadas à Política Estadual de Recursos Hídricos”, e de 20% para incremento do denominado “Fundo Estadual de Recursos Hídricos”, designando os demais 70% à conta única do Tesouro Estadual. Assim, admitiu-se que parcela substancial do arrecadado sequer será direcionada ao custeio das despesas atinentes ao controle e à fiscalização das atividades de exploração e aproveitamento de recursos hídricos. Tratando-se de questão afeta aos domínios do Direito Tributário, há que observar de modo especial o princípio da razoabilidade, sob pena de cancelar-se situação jurídica de todo inaceitável. A teor do art. 150, IV, da CF, os entes federativos não podem instituir tributos com efeito de confisco. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a título de cobrança fiscal, arrebatar propriedade do contribuinte: descaracterizada a correspondência entre o custo real da atuação estatal e o valor exigido do sujeito passivo da obrigação tributária. Ao onerar excessivamente as empresas que exploram recursos hídricos, a pretexto de suportar os gastos decorrentes do controle e da fiscalização das respectivas atividades, a taxa sob análise adquire feições verdadeiramente confiscatórias, no que, fazendo as vezes de espécie tributária diversa — imposto —, extrapola obtenção do fim que lhe fundamenta a existência, dificultando, ou mesmo inviabilizando, o desenvolvimento da atividade econômica, circunstância a justificar a atuação judicial no sentido de fulminar, em âmbito abstrato, os preceitos impugnados. Vencido, em parte, o ministro Edson Fachin, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado para declarar, apenas, a inconstitucionalidade dos arts. 6º, 7º e 12 da referida norma legal. ADI 6211/AP, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 4.12.2019. (ADI-6211). [Informativo STF nº 962](#).

26. STJ - O estabelecimento de critérios de classificação para a escolha de licitantes em credenciamento é ilegal.

O credenciamento é hipótese de inexigibilidade de licitação não prevista no rol exemplificativo do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, amplamente reconhecida pela doutrina especializada e pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Segundo a doutrina, o sistema de credenciamento, como forma de inexigibilidade de licitação, torna inviável



a competição entre os credenciados, que não disputam preços, posto que, após selecionados, a Administração pública se compromete a contratar todos os que atendam aos requisitos de pré-qualificação. Segundo o TCU, para a utilização do credenciamento devem ser observados requisitos como: i) contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão; ii) garantia de igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido; iii) demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma. Com efeito, sendo o credenciamento modalidade de licitação inexigível em que há inviabilidade de competição, ao mesmo tempo em que se admite a possibilidade de contratação de todos os interessados em oferecer o mesmo tipo de serviço à Administração Pública, os critérios de pontuação exigidos em edital para desclassificar a contratação de empresa já habilitada mostra-se contrário ao entendimento doutrinário e jurisprudencial esposado. REsp 1.747.636-PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, por unanimidade, julgado em 03/12/2019, DJe 09/12/2019. [Informativo STJ nº 662](#).

27. TCU - A participação de associações civis sem fins lucrativos em licitações somente é admitida quando o objeto da avença estiver em conformidade com os objetivos estatutários específicos da entidade.

Em processo de representação formulada ao TCU, questionou-se a possibilidade jurídica da participação em pregão eletrônico – promovido pela 1ª Circunscrição Judiciária Militar visando à contratação de serviços continuados de apoio administrativo – de associação civil sem fins lucrativos, que fora vencedora e habilitada do certame. O questionamento teve por base o conteúdo do art. 53, *caput*, do Código Civil, segundo o qual as associações são constituídas “*pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos*”. Tanto a unidade técnica quanto o Ministério Público de Contas concluíram pela procedência parcial da representação, sob o argumento de que o mencionado dispositivo não proíbe incondicionalmente a participação de entidades civis sem fins lucrativos em licitações, mas sua contratação pelo Poder Público somente é admitida quando o objeto da avença estiver em conformidade com os objetivos estatutários específicos da contratada, conforme a jurisprudência do TCU. Em seu voto, o relator destacou que, de fato, não se deve conferir interpretação literal e restritiva à expressão “*para fins não econômicos*” contida no art. 53 do Código Civil, haja vista que o art. 54, inciso IV, do mesmo código dispõe que o estatuto das associações deverá obrigatoriamente indicar “*as fontes de recursos para sua manutenção*”. Além disso, continuou o relator, a Lei 8.666/1993, em seu art. 24, inciso XX, permite a contratação direta, por dispensa de licitação, “*de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado*”, donde concluiu que “*as disposições do art. 53 do Código Civil não vedam a que Administração Pública contrate associação civil sem fins lucrativos*”. O relator ponderou, no entanto, que, se as normas de regência e a jurisprudência do TCU exigem que o objeto do contrato administrativo, nesses casos, não implique desvio de finalidade da associação sem fins lucrativos, “é



logicamente certo que o estatuto da contratada deva ter objetivos específicos, que lhe confirmam uma identidade institucional, uma singularidade de propósitos, condição sine qua non para que se estabeleça, com razoável precisão, o nexos que se exige entre objetivos institucionais e objeto contratual.”. Retomando o caso concreto, o condutor do processo deixou assente que as disposições estatutárias da associação em tela, embora invocadas por esta e pelo órgão fiscalizado como fundamento para a contratação questionada, *“possuem conteúdo demasiadamente aberto, o que, em tese, permitiria adequar sua finalidade institucional a praticamente qualquer objeto de terceirização de serviços pretendidos pela Administração”*, tornando assim inócua a exigência de nexos específico entre o objetivo institucional da associação civil e o objeto do contrato administrativo. Ressaltou ainda que esse nexos específico é necessário para estabelecer um *“discrimen mínimo entre as associações sem fins lucrativos e as sociedades empresariais, em relação às possibilidades de contratação com a Administração Pública”*. Do contrário, *“estar-se-iam criando condições não isonômicas entre ambas as espécies de licitantes, pois os primeiros, com menor carga tributária, ingressariam em uma ampla gama de certames em condições privilegiadas em relação aos últimos”*. Nos termos da proposta do relator, *“tendo em vista que os objetivos genéricos consignados no estatuto da associação não permitem estabelecer o necessário e preciso vínculo com o objeto da contratação, sob pena de desvio de finalidade da referida associação civil sem fins lucrativos”*, o Plenário decidiu considerar parcialmente procedente a representação e fixar prazo para que o órgão *“anule o ato administrativo que habilitou irregularmente a associação no aludido pregão, bem como os demais atos dele porventura decorrentes”*. Acórdão 2847/2019 Plenário, Representação, Relator Ministro Raimundo Carreiro. [Informativo de Licitações e Contratos nº 382](#).

Elaboração: Núcleo de Jurisprudência e Súmula – Secretaria Geral das Sessões

Contato: njs@tcees.tc.br