

Ref.: Boletim Informativo SRA nº 34/2021

No intuito de informar a comunidade jurídica e demais interessados sobre temas e discussões relevantes na área de Direito Público, Regulação e Infraestrutura, a equipe de colaboradores do Silveira Ribeiro Advogados divulga seu Boletim Informativo nº 34/2021, com as principais decisões dos órgãos de Controle Externo e as mais relevantes notícias inerentes aos temas mencionados no período compreendido entre 06.10.2021 e 14.10.2021.

I – CONTROLE EXTERNO:

Acórdão nº 2.269/2021/TCU

Órgão Julgador: Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler.

Tema: Licitação. Pregão. Proposta. Qualidade. Avaliação. Momento. Diligência.

Data de Julgamento: 22.09.2021.

Comentários: A verificação de requisitos mínimos de qualidade em pregão deve ser feita na etapa de avaliação da proposta do licitante vencedor, e não na fase de aceitabilidade de propostas, quando ainda não há identificação dos licitantes e, portanto, não é possível fazer diligências complementares, que podem ser necessárias e são permitidas, nos termos do artigo 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, aplicado subsidiariamente no âmbito do pregão.

Acórdão nº 2.282/2021/TCU

Órgão Julgador: Plenário, Rel. Min. Jorge Oliveira.

Tema: Competência do Tribunal de Contas da União (“TCU”). Contrato administrativo. Abrangência. Execução de contrato. Conflito.

Data de Julgamento: 22.09.2021.

Comentários: Controvérsias entre os jurisdicionados e terceiros, originadas da execução de contratos administrativos, não atraem, por si só, a competência do TCU, devendo ser resolvidas administrativa ou judicialmente.



Acórdão nº 2.291/2021/TCU

Órgão Julgador: Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas.

Tema: Licitação. Qualificação técnica. Atestado de capacidade técnica. Capacidade técnico-operacional. Quantidade. Soma.

Data de Julgamento: 22.09.2021.

Comentários: A vedação, sem justificativa técnica, ao somatório de atestados para comprovar os quantitativos mínimos exigidos na qualificação técnico-operacional contraria os princípios da motivação e da competitividade.

Acórdão nº 15.239/2021/TCU

Órgão Julgador: Segunda Câmara, Rel. Min. Raimundo Carreiro.

Tema: Licitação. Qualificação técnica. Atestado de capacidade técnica. Nota fiscal. Rol taxativo.

Data de Julgamento: 21.09.2021.

Comentários: É indevida a exigência de que atestados de qualificação técnica sejam acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, visto não estarem estes últimos documentos entre os relacionados no rol exaustivo do artigo 30 da Lei nº 8.666/1993.

Acórdão nº 15.251/2021/TCU

Órgão Julgador: Segunda Câmara, Rel. Ministro-Substituto Marcos Bemquerer.

Tema: Responsabilidade. Convênio. Execução física. Execução parcial. Contratado. Inutilidade. Objeto do convênio. Débito.

Data de Julgamento: 21.09.2021.

Comentários: No caso de execução parcial do objeto do convênio, sem alcance dos seus objetivos, o gestor conveniente responde pelo total dos recursos repassados. A empresa contratada, por outro lado, somente deve ressarcir ao erário o montante correspondente ao valor recebido e não executado, porquanto ela não tem a responsabilidade de assegurar o cumprimento dos objetivos do convênio, mas de realizar a obra. Havendo a empreiteira executado serviços para os quais foi contratada, deve receber a respectiva remuneração.



II – NOTÍCIAS:

Ministro Gilmar Mendes afasta suspensão de direitos políticos em atos culposos de improbidade

Fonte: STF – 04.10.2021¹.

O Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (“STF”), concedeu medida liminar para estabelecer que a suspensão dos direitos políticos prevista na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) não se aplica a atos de improbidade culposos (em que não há intenção de causar dano ao erário). A decisão, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADI”) nº 6678, também suspende a expressão “suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos” do dispositivo da norma que prevê as penas para atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

Na decisão, o relator assinalou que todo o sistema de persecução e tutela da probidade administrativa deve observar o pressuposto de que a suspensão de direitos políticos é uma exceção, reservada a situações específicas previstas na Constituição Federal. *“O constituinte, diante do passado ditatorial, esmerou-se em assegurar e potencializar a plena participação política dos cidadãos”,* assinalou. *“As exceções foram taxativamente abordadas, de modo que a regra seja o pleno exercício dos direitos políticos”.*

Em sua avaliação preliminar, o Min. Gilmar Mendes considerou que houve violação ao princípio da proporcionalidade, pois atos culposos e que violem princípios da administração pública são sensivelmente menos graves do que os demais atos de improbidade. *“Isso significa que o agente público que ‘celebrar contrato de rateio de consórcio público sem prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei’, ainda que de forma não intencional,*

¹ Vide: STF. Disponível em: [Ministro Gilmar Mendes afasta suspensão de direitos políticos em atos culposos de improbidade](#)

poderá ter os direitos políticos suspensos por período superior ao cidadão condenado pelo desvio de verbas públicas”, exemplificou.

Segundo o relator, a legislação dispõe de outros meios eficazes e menos restritivos aos direitos fundamentais para repreender suficientemente as condutas culposas que impliquem prejuízo ao erário e atos dolosos de improbidade que não resultem em enriquecimento ilícito ou prejuízo aos cofres públicos. Ele ressaltou que a própria Lei de Improbidade Administrativa possibilita o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

No deferimento da liminar, Gilmar Mendes também considerou que a questão pode impactar as eleições de 2022. O artigo 16 da Constituição Federal estabelece que a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação e não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. Em razão dessa garantia, o Ministro concluiu que a questão tem urgência que justifica sua imediata apreciação, *“de modo a nortear com segurança e previsibilidade os parâmetros de elegibilidade do pleito vindouro”*.

Projeto do novo marco legal das ferrovias promete modernizar o setor

Fonte: Agência Senado – 05.10.2021².

O novo marco legal das ferrovias, previsto no Projeto de Lei do Senado (“PLS”) nº 261/2018, promete modernizar o setor, trazer mais investimentos e gerar mais empregos. Esse projeto de lei foi aprovado no Senado em 05.10.2021, na forma de um substitutivo apresentado pelo Senador Jean Paul Prates (PT-RN), e será analisado pela Câmara dos Deputados.

² Vide: Agência Senado. Disponível em: [Projeto do novo marco legal das ferrovias promete modernizar o setor](#)

O projeto trata de novos instrumentos de outorga para ferrovias em regime privado, com participação mínima do Estado, tanto em nível federal quanto estadual e municipal, e contém ainda definições técnicas para harmonizar a legislação do setor. O autor da proposta é o Senador licenciado José Serra (PSDB-SP).

Mantido no substitutivo de Jean Paul, o uso da modalidade da autorização para a construção de novas ferrovias é a principal novidade do projeto. Nesse modelo, o poder público possibilita que o particular assuma o risco da operação ferroviária investindo em projetos de seu interesse. A proposta é diferente da concessão, na qual o investimento é bancado pelo Estado, buscando o atendimento dos seus interesses estratégicos. Na autorização, o investidor pode construir e operar a ferrovia, sob regulação setorial.

A autorização para exploração de ferrovias por operadora ferroviária requerente ou selecionada mediante chamamento público deve ser formalizada por meio de contrato por prazo determinado, que deverá ter duração de 25 a 99 anos. O texto também inclui a autorregulação, que permite às operadoras ferroviárias se associarem voluntariamente para regular entre si o trânsito de pessoas e de mercadorias nas suas linhas férreas, cabendo ao governo dirimir os casos de conflito não conciliados consensualmente. A autorregulação aplica-se apenas a questões técnicas e operacionais, e não às obrigações de natureza concorrencial — não pode ser usada para constituir um cartel.

Outra novidade da proposta é a garantia da segurança jurídica, harmonizando a legislação do setor no país. O texto será válido para todo território nacional, evitando multiplicidade e conflito de regras em níveis federal, estadual e municipal. De acordo com Jean Paul, a versão original do projeto e a Medida Provisória (“MP”) nº 1.065/2021 não garantiam essa segurança aos investidores e concessionários. Essa medida provisória também trata de questões relacionadas às ferrovias e ainda não foi votada no Congresso Nacional.



Roadshow abre caminho para novos investimentos e disputas nas próximas concessões

Fonte: Ministério da Infraestrutura – 08.10.2021³.

Após cinco dias de reuniões com representantes de aproximadamente 40 instituições financeiras, como bancos, fundos financeiros e agências de classificação de risco, em Nova Iorque, a delegação brasileira retorna ao país com resultados concretos. O principal deles é a confirmação de que Bank of America para a América Latina aprovou US\$ 2 bilhões, o equivalente a R\$ 11 bilhões, em crédito para investimentos em infraestrutura no Brasil.

A informação foi passada pelo head da instituição, Alexandre Bettamio, ao Ministro da Infraestrutura, Tarcísio Gomes de Freitas, durante reunião realizada em 07.10.2021. *“O programa de infraestrutura do Brasil é uma grande realidade e vai transformar o nosso futuro. É possível afirmar que teremos novos players nos nossos leilões que virão, que são leilões excelentes,”* afirmou o Ministro.

Outra boa notícia, segundo o Ministro, é que fundos estrangeiros já estudam, inclusive, detalhes do programa de concessões e abertura de escritórios no Brasil. *“Nós temos entregas para mostrar. E isso foi muito ressaltado”,* afirmou. Até o fim de 2022, o Governo Federal espera assegurar R\$ 260 bilhões em investimentos privados na infraestrutura de transportes brasileira.

Encerrado em 08.10.2021, o roadshow contou com a participação brasileira do Ministro Tarcísio Freitas, da secretária de Fomento, Planejamento e Parcerias do Ministério da Infraestrutura (“MInfra”), Natália Marcassa, da secretária especial do Programa de Parcerias de Investimento do Ministério da Economia, Martha Sellier, e representantes da Apex-Brasil, do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (“BNDES”) e do Ministério das Relações Exteriores.

³ Vide: Ministério da Infraestrutura. Disponível em: [Roadshow abre caminho para novos investimentos e disputas nas próximas concessões](#)

Representaram investidores internacionais executivos da Compass Group, Artisan, Tarsadia, Bank of America, JP Morgan, Global Infrastructure Partners (“GIP”), Standard & Poors, Council of the Americas, XP, Goldman Sachs, Pátria Investimentos e Macquaire.

Sistema BIM, eficiência e nova lei de licitações

Fonte: JOTA – 11.10.2021⁴.

O *Building Information Modeling* (“BIM”) pode ser definido como uma plataforma colaborativa de trabalho, amparada em 3 pilares (pessoas, processos e tecnologia) que permite aos usuários (arquitetos, engenheiros e construtores) desenvolver um projeto tridimensional que contém informações precisas que os auxiliarão durante todas as etapas da obra.

A Estratégia Nacional de Disseminação do *Building Information Modeling* foi veiculada no Decreto Federal nº 9.983/2019, diploma que previu a adoção do BIM mediante políticas públicas destinadas a disseminá-lo pelos 10 anos seguintes.

Ao passo que o Decreto Federal nº 10.306/2020 instaurou o *BIM Mandate Brasil*, a Estratégia BIM no país. Referido decreto estabelece o uso do *Building Information Modeling* na execução direta ou indireta de obras e serviços de engenharia feitos pela administração pública federal, de modo a vincular, em um primeiro momento, os Ministérios da Infraestrutura e da Defesa, todavia espreado efeitos para ser utilizado, também, por outros órgãos públicos.

De mais a mais, por meio do requerimento nº 2742/2019, a frente parlamentar do BIM defendeu que o sistema BIM torne-se obrigatório a todos os órgãos públicos. Frente parlamentar que, inclusive, participou ativamente, quando da tramitação da Nova Lei de Licitações nº 14.133/2021, para que constasse determinação de uso preferencial do BIM nos projetos de obras públicas. Inclusive, em seu relatório no Senado, asseverou o Senador Antonio Anastasia “o BIM é um instrumento moderno de planejamento de obras e que tem o efeito de aumentar

⁴ Vide: JOTA. Disponível em: [Sistema BIM, eficiência e nova lei de licitações](#)

significativamente a precisão do projeto, reduzindo as margens de erro e gerando economia”.

Guerra ferroviária leva Rumo a pedir autorização para trechos solicitados pela VLI e operados pela MRS

Fonte: Agência Infra – 11.10.2021⁵.

O projeto de criar ferrovias por autorização no país entrou em outro patamar com o anúncio feito em 07.10.2021 pelo Ministério da Infraestrutura de que a Rumo, maior operadora ferroviária do país, solicitou autorização para construir três novos trechos.

A entrada da companhia se deu, no entanto, de uma forma que expôs de vez uma guerra entre ela e as outras concessionárias ferroviárias, que vinha se travando nos bastidores, inclusive na associação que reúne as empresas.

Os trechos pedidos pela Rumo concorrem com ferrovias que foram solicitadas pela Valor da Logística Integrada (“VLI Logística”) e com um existente da Malha Regional Sudeste (“MRS Logística”), as duas outras gigantes do setor.

Mais de um mês depois de ter sido publicada, a Medida Provisória (“MP”) nº 1.065 ainda não tem uma portaria que regulamente como será o processo para autorizar ou não as ferrovias que forem solicitadas. A informação é que ela pode sair na próxima semana.

Sem a portaria, não há como fazer as análises necessárias para dar a autorização, mesmo para trechos em que não há disputa. O Governo vem falando

⁵ Vide: Agência Infra. Disponível em: [Guerra ferroviária leva Rumo a pedir autorização para trechos solicitados pela VLI e operados pela MRS – Agência Infra](#)

que pretende autorizar todas as ferrovias que forem pedidas, inclusive as que forem concorrentes na mesma região.

Mas, para um especialista no setor consultado pela Agência INFRA, e que pediu para não ser identificado, autorizar ferrovias concorrentes dificilmente levará à implementação de alguma delas no futuro devido ao risco concorrencial, o que inviabilizaria qualquer tipo de financiamento.

Novas regras de improbidade vão à sanção

Fonte: Agência Senado – 08.10.2021⁶.

A Câmara dos Deputados concluiu, nesta semana, a votação das emendas do Senado ao Projeto de Lei (“PL”) que estabelece novas regras para os processos por improbidade administrativa (PL nº 2505/2021). Com isso, o projeto segue para sanção presidencial.

Apesar da aprovação nas duas Casas, o projeto recebeu várias críticas por supostamente enfraquecer as ferramentas de combate à má gestão pública.

São atos de improbidade administrativa aqueles que causam enriquecimento ilícito do agente público, lesão ao erário ou violação dos princípios e deveres da administração pública. A principal inovação do projeto está em determinar que a improbidade só poderá ser caracterizada quando houver comprovação de dolo do gestor - ou seja, quando ficar provado que houve intenção maliciosa, e não apenas imprudência ou negligência.

Em outro trecho, o projeto cria prazos de prescrição (“vencimento” da possibilidade de condenar o gestor acusado de improbidade) que devem ser observados durante o processo. Se algum deles for ultrapassado, o processo deve ser arquivado. É a chamada prescrição intercorrente. Atualmente, o único prazo de prescrição possível é antes da abertura do processo.

⁶ Vide: Agência Senado. Disponível em: [Novas regras de improbidade vão à sanção](#)

Além disso, o Ministério Público (“MP”) passa a ser o único titular possível de ações de improbidade - hoje, qualquer pessoa jurídica pode fazê-lo. Quando a lei for sancionada, o MP terá prazo de um ano para manifestar interesse em assumir os processos já abertos. Aqueles que não forem reivindicados dessa maneira serão arquivados.

A Câmara aceitou sete das oito emendas feitas pelo Senado. A única rejeitada foi a inclusão de um dispositivo que dizia que a indicação política para cargos de livre nomeação em que se identificasse nepotismo (inclusive cruzado) seria passível de ação de improbidade, mesmo sem a evidência de intenção dolosa. Com isso, o nepotismo continua sendo um tipo de improbidade, mas é preciso comprovar a intenção de beneficiar o parente.

Defensores da proposta argumentam que ela estabelece regras mais previsíveis para os gestores públicos, além de protegê-los de perseguições judiciais com motivações políticas. Foi o que disse o Senador Rogério Carvalho (PT-SE), durante a votação do texto no Plenário do Senado.



PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DO PL 2.505/2021

Dolo	Os atos de improbidade administrativa passam a depender de condutas dolosas. Foi suprimida a modalidade culposa. Exclui-se a necessidade de dolo específico dos atos de improbidade decorrentes do descumprimento da legislação de acesso à informação.
Nepotismo e promoção pessoal	Inseridos como novos tipos de improbidade o nepotismo (inclusive cruzado) até o terceiro grau para cargos de confiança e a promoção pessoal de agentes públicos em atos, programas, obras, serviços ou campanhas dos órgãos públicos.
Rol taxativo	As condutas consideradas como improbidade são apenas as listadas no texto da lei (hoje, a lista é considerada exemplificativa).
Sanções	Prazo máximo de suspensão dos direitos políticos sobe para 14 anos (hoje o máximo são 8 anos); Valor máximo das multas aplicáveis cai em todos os casos.
Regras de prescrição	A ação para a aplicação das sanções prescreverá em oito anos (prazo único), contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência. Antes o prazo era de até cinco anos após o fim do mandato do acusado.
Prazo do inquérito	Aumento do prazo do inquérito para um ano, prorrogável por mais uma única vez.
Ministério Público	O MP passa a ter exclusividade para propor ação de improbidade.
Transição	A partir da publicação da lei, Ministério Público terá um ano para manifestar interesse no prosseguimento de ações em curso. Processos sem essa providência serão extintos.
Sucumbência	Ressalvou-se a condenação em honorários de sucumbência apenas para os casos de comprovada má-fé.
Agentes públicos	São definidos como agentes públicos o político, o servidor público e todos que exerçam, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas. As disposições previstas no projeto são aplicáveis também aos que, não sendo agente público, induzam ou concorram dolosamente para a prática de ato de improbidade.
Atos contra princípios da administração pública	Para atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública será exigido dano relevante para que sejam passíveis de sanção.

