

## Ref.: Boletim Informativo SRA nº 38/2021

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 38/2021, com as principais decisões dos órgãos de Controle Externo e as mais relevantes notícias inerentes aos temas mencionados no período compreendido entre 03.11.2021 e 09.11.2021.

### I – CONTROLE EXTERNO:

#### **Acórdão nº 2.454/2021/TCU**

**Órgão Julgador:** Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro.

**Tema:** Direito Processual. Representação. Admissibilidade. Mérito. Julgamento. Arquivamento. Requisito.

**Data de Julgamento:** 13.10.2021.

**Comentários:** É cabível o arquivamento de representação, sem julgamento de mérito, quando a irregularidade tratada nos autos não ensejar dano ao erário e sobre a qual a unidade jurisdicionada já tenha adotado as medidas preventivas cabíveis e instaurado procedimento para apurar e identificar os responsáveis, por não estarem presentes os requisitos de materialidade, risco e relevância que ensejam a atuação do Tribunal de Contas da União (“TCU”).

#### **Acórdão nº 2.458/2021/TCU**

**Órgão Julgador:** Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes.

**Tema:** Licitação. Contratação direta. Princípio da publicidade. Dispensa de licitação. Portal Nacional de Contratações Públicas. Diário Oficial da União.

**Data de Julgamento:** 13.10.2021.

**Comentários:** A dispensa de licitação prevista no artigo 75 da Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos) pode ser utilizada por órgãos não vinculados ao Sistema de Serviços Gerais (“Sisg”), em caráter transitório e excepcional, até que sejam concluídas as medidas necessárias ao efetivo acesso às funcionalidades do Portal Nacional de Contratações Públicas – (“PNCP”) (artigo 174 da mencionada lei). Nesse caso, em reforço à transparência e à publicidade necessárias às contratações diretas, deve ser utilizado o Diário Oficial da União (“DOU”) como mecanismo



complementar ao portal digital do órgão, até a efetiva integração entre os sistemas internos e o PNCP.

#### **Acórdão nº 2.459/2021/TCU**

**Órgão Julgador:** Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes.

**Tema:** Responsabilidade. Culpa. Erro grosseiro. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“Lindb”). Serviços. Quantidade. Justificativa. Ausência.

**Data de Julgamento:** 13.10.2021.

**Comentários:** Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (artigo 28 do Decreto-lei nº 4.657/1942 – Lindb) a elaboração de documentos que fundamentem a contratação de serviços sem justificativas para os quantitativos a serem adquiridos.



#### **Acórdão nº 2.460/2021/TCU**

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

**Tema:** Direito Processual. Prova (Direito). Ônus da prova. Referência. Sicro. Preço. Impugnação.

**Data de Julgamento:** 13.10.2021.

**Comentários:** As tabelas oficiais de custos adotadas como parâmetros para aferição da regularidade de preços contratados de obras públicas apresentam presunção de confiabilidade, cabendo ao interessado em impugná-las fazer prova de sua inaplicabilidade.



#### **Acórdão nº 2.460/2021/TCU**

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

**Tema:** Responsabilidade. Débito. Juros de mora. Processo. Tramitação. Atraso.

**Data de Julgamento:** 13.10.2021.

**Comentários:** Não há previsão legal para a exclusão dos juros moratórios ou para a sua incidência a partir da citação em face do tempo de tramitação do processo no TCU.

#### **Acórdão nº 2.524/2021/TCU**

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

**Tema:** Licitação. Qualificação técnica. Certificação. Habilitação de licitante. Objeto da licitação.

**Data de Julgamento:** 20.10.2021.

**Comentários:** A exigência, na fase de habilitação, de certificações relativas ao objeto da licitação afronta o artigo 30 da Lei nº 8.666/1993 e o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

#### **Acórdão nº 2.527/2021/TCU**

**Órgão Julgador:** Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro.

**Tema:** Contrato Administrativo. Aditivo. Limite. Acréscimo. Obras e serviços de engenharia. Fiscalização.

**Data de Julgamento:** 20.10.2021.

**Comentários:** É irregular o aditamento de contrato de supervisão de obra além do limite legal de 25% estabelecido no artigo 81, § 1º, da Lei nº 13.303/2016 e no artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, mesmo no caso de haver prorrogação de prazo na execução da obra supervisionada, devendo ser adotadas medidas tempestivas com vistas à realização de nova contratação, ressalvada a inequívoca comprovação de sua desvantajosidade.

#### **Acórdão nº 2.527/2021/TCU**

**Órgão Julgador:** Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro.

**Tema:** Contrato Administrativo. Aditivo. Requisito. Obras e serviços de engenharia. Fiscalização. Prorrogação. Acréscimo. Equilíbrio econômico-financeiro.

**Data de Julgamento:** 20.10.2021.

**Comentários:** Em contratos de supervisão de obras celebrados sob a égide da Lei nº 8.666/1993 que tenham previsão de pagamento por homem-mês ou relacionado à mera permanência de mão de obra ou disponibilização de equipamentos, caso seja necessária a prorrogação de ajuste que se encontre aquém do limite legal de aditamento contratual, deve ser promovida alteração unilateral quantitativa do objeto com vistas a suprimir postos de trabalho, com base no artigo 65, inciso I, alínea b, da Lei nº 8.666/1993 ou, ainda, repactuação da forma de pagamento avençada (artigo 65, inciso II, alínea c, da referida lei), a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste para diminuir ou suprimir a remuneração da contratada, de acordo com a mão de obra mínima necessária para prestação dos serviços. Se, ainda assim, tais providências se mostrarem infrutíferas para evitar aditamentos contratuais além do limite legal (artigo 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº



8.666/1993), deve ser realizado novo procedimento licitatório, ressalvada a inequívoca comprovação de sua desvantajosidade.

#### **Acórdão nº 2.527/2021/TCU**

**Órgão Julgador:** Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro.

**Tema:** Licitação. Obras e serviços de engenharia. Fiscalização. Medição. Critério. Justificativa.

**Data de Julgamento:** 20.10.2021.

**Comentários:** Nas licitações para contratação de serviços de supervisão e gerenciamento de obras, devem ser apresentadas justificativas para a escolha do critério de medição, especialmente nos casos em que se verifique ser inaplicável a adoção de critérios de medição baseados na entrega de produtos ou em resultados alcançados, em observância ao dever de motivação dos atos administrativos.

#### **Acórdão nº 2.529/2021/TCU**

**Órgão Julgador:** Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro.

**Tema:** Licitação. Parcelamento do objeto. Obrigatoriedade. Competitividade. Restrição. Justificativa. Princípio da eficiência. Economia de escala.

**Data de Julgamento:** 20.10.2021.

**Comentários:** Incumbe ao gestor demonstrar que a ausência de parcelamento do objeto da licitação não restringe indevidamente a competitividade do certame, bem como promove ganhos para a Administração Pública. O postulado que veda a restrição da competitividade (artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993) não é um fim em si mesmo, devendo ser observado igualmente o princípio constitucional da eficiência administrativa (artigo 37, caput, da Constituição Federal) e, ainda, o ganho de escala nas contratações consolidadas (artigo 23, § 1º, in fine, da Lei nº 8.666/1993).

#### **Acórdão nº 2.532/2021/TCU**

**Órgão Julgador:** Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo.

**Tema:** Competência do TCU. Princípio da independência das instâncias. AGU. Vinculação. Parecer.

**Data de Julgamento:** 20.10.2021.

**Comentários:** Os pareceres da Advocacia-Geral da União (“AGU”) não vinculam os julgamentos do Tribunal de Contas da União (“TCU”). Admitir essa vinculação seria



afrontar os pilares da separação de poderes, em clara e indevida restrição ao exercício das competências constitucionais conferidas ao TCU e ao Congresso Nacional (artigos 70 e 71 da Constituição Federal), a macular o caráter externo do controle.

**Acórdão nº 2.533/2021/TCU**

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

**Tema:** Licitação. Dispensa de licitação. Empresa estatal. Concessão de serviço público. Preço. Fornecedor. Justificativa.

**Data de Julgamento:** 20.10.2021.

**Comentários:** Nos casos de dispensa de licitação fundada no artigo 32 da Lei nº 9.074/1995, a constituição e a instrução do respectivo processo administrativo devem observar os princípios gerais da Administração Pública, notadamente os da isonomia, da publicidade e da moralidade, bem como o disposto no artigo 30, § 3º, incisos II e III, da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), que exige a divulgação das razões para a escolha do fornecedor ou do prestador de serviços, além da justificativa para o preço acertado.

## II – NOTÍCIAS:

### Primeiro “Webinário InfraTCU” aborda inspeção acreditada de projetos e obras de infraestrutura

**Fonte:** TCU – 04.11.2021<sup>1</sup>.

O Tribunal de Contas da União (“TCU”) vai realizar uma série de eventos intitulados “Webinários InfraTCU”, a fim de trazer a visão de especialistas sobre assuntos de infraestrutura.

---

<sup>1</sup> Vide: TCU. Disponível em: [Primeiro “Webinário InfraTCU” aborda inspeção acreditada de projetos e obras de infraestrutura](#)

Com o tema “Reflexões Críticas em Inspeção Acreditada na Administração Pública”, o primeiro webinar vai abordar esse tipo de inspeção em projetos e obras públicas de infraestrutura. O encontro ocorrerá nos dias 11 e 12 de novembro e será realizado por representantes das agências reguladoras, do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (“Inmetro”), da Empresa de Planejamento e Logística (“EPL”), do Programa de Parcerias de Investimentos (“PPI”), da Associação Brasileira de Avaliação da Conformidade (“Abrac”) e da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (“ABCR”). A transmissão será pelo canal do TCU no YouTube.



O objetivo do encontro é apresentar aspectos legais, regulatórios e técnicos, bem como debater o uso pelo poder público da inspeção acreditada de empreendimentos de infraestrutura, regulamentada pela Portaria Inmetro nº 367/2017.



A inspeção acreditada de projetos e obras de infraestrutura foi regulamentada pela Portaria Inmetro nº 367/2017 e começou a ser utilizada pelas agências reguladoras, como a Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”), que prevê tal uso para a fiscalização do projeto na Ferrovia Integração Centro-Oeste (“Fico”) e para as concessões rodoviárias da Via Dutra/Rio-Santos e da BR-381/262/MG/ES.



## Conselho do PPI aprova condições para o leilão da rodovia entre Rio de Janeiro e Governador Valadares (MG)

**Fonte:** JOTA – 07.11.2021<sup>2</sup>.

Sabe-se que tramita no Supremo Tribunal Federal (“STF”) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADI”) nº 2.946, proposta em 2003 pela Procuradoria-Geral da República, na qual se questiona a constitucionalidade do artigo 27 da Lei de

---

<sup>2</sup> Vide: JOTA. Disponível em: [Constitucionalidade da transferência das concessões](#)

Concessões, que dispõe sobre a caducidade dos contratos de concessões que forem cedidos ou tiverem seu controle acionário transferido sem a anuência do poder concedente.

Em agosto de 2021, o Ministro Dias Toffoli, relator do caso, acompanhado pelo Ministro Alexandre de Moraes, prolatou voto reconhecendo a parcial inconstitucionalidade do dispositivo, especificamente no tocante à transferência da concessão, pois, no seu entendimento, a operação configuraria burla ao processo licitatório, previsto no artigo 175 da Constituição Federal (“CF”). Como forma de modular os efeitos da decisão, o Relator propôs a fixação do prazo de 2 anos para que a Administração Pública licite os contratos que foram objeto de transferência. A demanda aguarda ser pautada para julgamento pelo Plenário do STF.

O voto exarado pelo Ministro Relator no caso em comento causou insegurança e apreensão no ambiente negocial à vista dos efeitos desastrosos que da sua adoção pelo Plenário do STF podem reverberar, especialmente neste momento, em que o único caminho possível para a retomada do desenvolvimento socioeconômico parece estar na capacidade do governo de organizar a sua base de atuação no mercado e atrair os investimentos privados na infraestrutura e nos serviços públicos do país.

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma vigente há 26 anos e que regulamentou incontáveis relações jurídicas contratuais de transferência de concessões, muitas das quais ainda em curso, realizada de modo completamente inesperado e sem conformação com a realidade das concessões e análise dos seus efeitos (mediatos e imediatos), traduz a perspectiva de verdadeira desorganização no ambiente de negócios e fomenta um quadro de insegurança jurídica absoluta.

Assim, questões como o impacto da decisão, uma vez confirmada, sobre o custo dos projetos de infraestrutura, a inevitável desconfiança em relação ao setor público, a perspectiva de interrupção da prestação de serviços públicos diversos, a perda de qualidade dessa mesma prestação de serviços delegados, a pouca probabilidade de que os serviços seja relicitados no prazo aventado de dois anos, a precariedade das contas públicas e a necessidade de indenização de investimentos



não amortizados, tudo está a configurar a absoluta temeridade de julgar-se de olhos vendados para a realidade em inequívoca ameaça ao interesse público

E, para que não paire nenhuma dúvida, impende reconhecer que o artigo 27 da Lei nº 8.987/1995 não viola o artigo 175 da CF. O dispositivo é claro ao determinar que devem ser mantidas as condições contratuais estabelecidas com o contratado originário, tais como os requisitos de habilitação e a proposta vencedora, o que demonstra a manutenção da contratação mais vantajosa ao interesse público. Isso tudo garantido pela disposição que condiciona a transferência da concessão e do controle acionário à prévia anuência do poder concedente, que se desveste de pessoalidade.



## Maior programa de concessões do mundo será apresentado a investidores na Europa e no Oriente Médio



**Fonte:** Ministério da Infraestrutura – 08.11.2021<sup>3</sup>.

Chegou a vez do roadshow promovido pelo Ministério da Infraestrutura sobre o maior e mais sofisticado programa de concessões de infraestrutura de transportes passar pela Europa e pelo Oriente Médio. Entre 7 e 17 de novembro, o Ministro Tarcísio Gomes de Freitas estará em Paris, Milão, Madri, Abu Dhabi e Dubai apresentando a carteira de projetos do Governo Federal a operadores mundiais e fundos soberanos de investimentos.



A primeira parada do novo roadshow acontecerá em Paris (FRA), com duração de dois dias, seguida de uma passagem para encontros em Milão (ITA), e outros dois dias de reuniões em Madri (ESP). Na sequência, o ministro Tarcísio Freitas viajará aos Emirados Árabes, onde terá reuniões em Abu Dhabi e Dubai. Nesta última parada, está programada a participação no painel “Oportunidades em

---

<sup>3</sup> Vide: Ministério da Infraestrutura. Disponível em: [Maior programa de concessões do mundo será apresentado a investidores na Europa e no Oriente Médio](#)



Infraestrutura no Brasil” do Fórum Invest In Brazil, além de uma visita ao pavilhão do Brasil na Expo Dubai 2020.

No início de outubro, Tarcísio Freitas esteve durante cinco dias em Nova Iorque, reunido com investidores, executivos de instituições e fundos financeiros para fazer um balanço do programa de concessões do Ministério da Infraestrutura (“MInfra”). Na Europa, o objetivo é conversar com os principais operadores de infra do mundo, entre empresas que já atuam no Brasil e empresas que estão interessadas em conhecer o portfólio de concessões do governo federal. O período coincide com o intervalo de leilões programados na Super Infra, temporada de grandes concessões promovida pelo MInfra.

Desde 2019 até aqui, quase R\$ 90 bilhões já foram contratados para o incremento da logística nacional com as concessões de 34 aeroportos, seis rodovias, seis ferrovias – entre concessões, renovações e investimento cruzado –, 31 arrendamentos, além de autorizações para 99 terminais de uso privado.

## Reforma da lei de improbidade

**Fonte:** JOTA – 09.11.2021<sup>4</sup>.

A Lei nº 14.230/2021 alterou profundamente aspectos processuais e materiais da Lei de Improbidade Administrativa e trouxe à tona intrigantes questões, ao retirar a moldura punitiva de condutas antes previstas como ímprobos. Dois exemplos eloquentes são os seguintes: a) a extinção da modalidade culposa do ato ímprobo causador de dano ao erário previsto no artigo 10; b) a extinção do tipo aberto de ato ímprobo por violação a princípios da Administração Pública, outrora previsto no caput do artigo 11.

Nesse cenário, surgem duas questões fundamentais: essas inovações se aplicariam a fatos anteriores à promulgação da lei, para excluir a tipificação de atos que antes seriam ímprobos, de modo análogo à *abolitio criminis* do Direito Penal? O novo regime jurídico, se mais benéfico, aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº

---

<sup>4</sup> Vide: JOTA. Disponível em: [Reforma da lei de improbidade](#)

14.230/2021, a exemplo do que, no penal, se denominaria *novatio legis in melius*? E ainda. Se afirmativas as respostas, de que meios dispõem os réus para reconhecimento dessa *abolitio criminis* ou da *novatio legis in melius* em processos pendentes ou findos?

Apesar de existirem julgados em sentido contrário, é amplamente adotado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça de que “o princípio da retroatividade da Lei Penal mais benéfica, insculpido no artigo 5º, XL, da Constituição da República, alcança as Leis que disciplinam o direito administrativo sancionador”.

Uma vez alegada a *abolitio criminis*, a ação em que se imputa a prática de atos de improbidade que se tornaram atípicos deve ser extinta, por decisão de mérito de natureza declaratória, em razão da extinção da punibilidade dos réus. Não se trata de extinção sem resolução do mérito por “perda superveniente do objeto”, pois essa seria uma “falsa sentença de carência de ação”. Afinal, o que fica assentado é que, diante do efeito da retroação da lei, o agente não poderá ser punido por não ter violado, sequer em tese, a norma cível sancionadora.

Em relação aos processos findos, a formação da coisa julgada poderia induzir ao raciocínio de que seria necessária sua rescisão para a extinção da punibilidade. Contudo, estendida à improbidade administrativa a garantia do artigo 5º, XL, da CF/88, os efeitos sancionatórios podem ser excluídos por decisão na própria ação, a exemplo do processo penal, em que nem mesmo a revisão criminal é necessária; basta simples requerimento destinado ao juiz da execução, conforme se depreende do artigo 66 da Lei de Execução Penal e Verbete nº 611 da Súmula do STF.

