Ref.: Boletim Informativo SRA nº 24/2023

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 24/2023, com as principais decisões do Controle Externo e as mais relevantes notícias inerentes aos temas mencionados no período compreendido entre 13.07.2023 e 19.07.2023.

I – CONTROLE EXTERNO:

Acórdão nº 5215/2023/TCU

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

Tema: Responsabilidade. Débito. Prescrição. Pretensão punitiva. Interrupção. Fato. Apuração. Conduta. Individualização.

Data de Julgamento: 27.06.2023.

Comentários: Não caracteriza marco interruptivo da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória do Tribunal de Contas da União, ato de investigação dos fatos que não contém medidas inequívocas de apuração de condutas individualmente descritas e imputadas ao responsável.

Acórdão nº 1302/2023/TCU

Órgão Julgador: Plenário, Rel. Ministro Augusto Nardes.

Tema: Contrato Administrativo. Pagamento antecipado. Requisito. Garantia contratual.

Data de Julgamento: 28.06.2023.

Comentários: A falta de exigência específica e suficiente, na forma de seguros ou garantias, para autorização de antecipações de pagamento previstas contratualmente afronta o disposto no artigo 38 do Decreto nº 93.872/1986; nos artigos 40, inciso XIV, alínea d, e 65, inciso II, alínea c, da Lei nº 8.666/1993; e nos artigos. 31, § 1º, inciso II, alínea d, e 81, inciso V, da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais).

Acórdão nº 1312/2023/TCU

Órgão Julgador: Plenário, Rel. Ministro Jorge Oliveira.

Tema: Licitação. Empresa estatal. Qualificação técnica. Avaliação de desempenho. Licitante.

Data de Julgamento: 28.06.2023.

Comentários: É possível, para fins de qualificação técnica em licitações realizadas por empresas públicas e sociedades de economia mista, a utilização de indicadores de avaliação de desempenho de licitantes na execução de contratos anteriores com a entidade promotora do certame, desde que prevista no instrumento convocatório e restrita às parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes (artigo 58 da Lei nº 13.303/2016 – Lei das Estatais).

Acórdão nº 1317/2023/TCU

Órgão Julgador: Plenário, Rel. Ministro Augusto Sherman.

Tema: Competência do TCU. Administração federal. Abrangência. Estrutura organizacional. Funcionamento.

Data de Julgamento: 28.06.2023.

Comentários: O Tribunal de Contas da União não tem competência para fiscalizar atos relativos à organização e ao funcionamento da Administrativa Pública Federal, salvo se demonstrada a ocorrência, no ato administrativo analisado, de reflexos nas esferas contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial do órgão ou da entidade jurisdicionada, sob os aspectos da legalidade, legitimidade ou economicidade (artigo 70 da Constituição Federal).

II – NOTÍCIAS

Agentes públicos municipais e parentes não podem celebrar contratos administrativos

Fonte: STF – 17.07.2023[1]

O Plenário do Supremo Tribunal Federal ("STF") reafirmou entendimento de que lei municipal pode proibir a administração pública de realizar contratos com parentes até o terceiro grau de agentes públicos eletivos ou em cargos de comissão. A decisão foi no julgamento do Recurso Extraordinário ("RE") nº 910552, com repercussão geral reconhecida (Tema nº 1.001), na sessão virtual encerrada em 30.06.2023.

No caso dos autos, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais ("TJ-MG") havia julgado inconstitucional dispositivo da Lei Orgânica do Município de Francisco de Sá que proíbe parentes até o terceiro grau do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos servidores locais de contratarem com o município. Segundo o TJ-MG, essa vedação não existe na Constituição Federal nem na estadual. No recurso apresentado ao STF, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ("MP-MG") sustentou que, ao estabelecer a vedação, o legislador municipal apenas exerceu sua autonomia constitucional, dando concretude aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da isonomia.

No voto que prevaleceu no julgamento, o Ministro Luís Roberto Barroso observou que o Supremo já afirmou a constitucionalidade de leis municipais que vedam a contratação com a administração municipal de cônjuges, companheiros e parentes de agentes eletivos e de servidores e empregados públicos municipais que ocupem cargo em comissão ou função de confiança. A seu ver, o dispositivo é desproporcional apenas no ponto em que alcança pessoas ligadas por matrimônio ou parentesco a servidores que não ocupam cargo em comissão ou função de confiança. Nesses casos, não é possível presumir risco de influência

[1] Vide: STF. Disponível em: Agentes públicos municipais e parentes não podem celebrar contratos administrativos

sobre a conduta dos agentes responsáveis pela licitação ou pela execução do contrato. Nesse sentido, Barroso votou, no caso concreto, para que o artigo 96 da Lei Orgânica do Município de Francisco Sá seja interpretado de modo a excluir a proibição de contratação dessas pessoas ligadas.

Ficaram vencidos a Ministra Cármen Lúcia (relatora) e o Ministro Edson Fachin, que votaram pelo provimento do recurso. Para a relatora, o dispositivo visa dar eficácia aos princípios da impessoalidade, da igualdade e da moralidade administrativa. Também vencido, o Ministro Alexandre de Moraes afastava a limitação em relação aos vereadores e parentes quando a contratação obedecer a cláusulas uniformes, uma vez que essa exceção, prevista no artigo 54 da Constituição Federal, se estende a eles.

A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte: "*É constitucional o ato normativo municipal, editado no exercício de competência legislativa suplementar, que proíba a participação em licitação ou a contratação: (a) de agentes eletivos; (b) de ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança; (c) de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer destes; e (d) dos demais servidores públicos municipais*".

iNFRADebate: Compliance e mecanismos eficientes de gestão em contratos de concessão de infraestrutura

Fonte: Agência Infra – 18.07.2023[2]

No panorama atual, em que as reflexões globais sobre integridade e transparência se fazem cada vez mais presentes, além da crescente atuação do Ministério Público junto ao Poder Judiciário, a prestação dos serviços públicos deve corresponder com os interesses da população.

Toda atividade exercida pelo Estado é em prol do bem comum, daí sua importância e relevância na vida de todos. A administração pública deve ser exercida da forma mais eficiente possível, ou seja, no sentido de atentar-se precipuamente com a satisfatoriedade do resultado de seus atos. Fator que tem maior destaque nas contratações públicas, uma vez que delas emanam todo o processo de identificação da necessidade pública e seu resultado final, através do melhor custo-benefício possível para a administração e seus destinatários.

Quanto aos contratos de concessão de infraestrutura, a relação entre o poder concedente e a concessionária requer atenção especial, uma vez que esta é pautada por uma série de direitos e obrigações estritamente delineadas no instrumento contratual, além de ser um setor vital da economia, considerando que os investimentos em infraestrutura pressupõem grandes aportes financeiros. Contratos de concessão de infraestrutura são mais complexos, demandando mais recursos altamente especializados e atenção do governo. Logo, é imprescindível que haja um ambiente regulatório que transpareça estabilidade e segurança jurídica não só para as empresas concessionárias, como também, garanta um adequado serviço ao usuário.

Diante do contexto, decorre a necessidade de se mitigar riscos, almejando alçar o tripé objetivo-transcurso resultado de forma eficiente e dentro dos parâmetros legais, através da adoção de práticas que previnam a ocorrência de

[2] Vide: Agência Infra. Disponível em: Compliance e mecanismos eficientes de gestão em contratos de concessão de infraestrutura

ilícitos, a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) corrobora com esse entendimento. O compliance funciona como uma área de controle transparente das condutas, que devem abarcar mecanismos eficientes de gestão. Conforme cita Gonze (2014) "*pela característica de longo prazo, os contratos de concessão extrapolam os ciclos políticos de governo, compreendendo várias administrações e até mesmo possíveis alternâncias de diferentes grupos sociopolíticos, assim, o governo promotor do certame licitatório deve proteger e maximizar os potenciais benefícios do contrato de concessão e mitigar seus potenciais riscos e obstáculos*". Neste sentido, continua o autor, "*um contrato de concessão de infraestrutura deverá ser abrangente o bastante para abarcar os avanços tecnológicos e as mudanças sociais e, ao mesmo tempo, ter a especificidade necessária para assegurar que os objetivos propostos possam ser atingidos, materializando-se nas condições idealizadas por seus promotores*".

O engajamento de vários órgãos de governo é fundamental para que o tema dos investimentos privados em infraestrutura pública de forma planejada, coesa e transparente possa estar internalizado por toda estrutura do poder Executivo. Os contratos de concessão devem ser bem estruturados, adequados e geridos de forma proativa durante todo o prazo contratual, de forma a enfrentar riscos de maneira flexível, porém previsível. Por mais antagônico que muitas vezes pareça ser um contrato administrativo, a postura do poder concedente e do parceiro privado devem pautar-se na transparência e legalidade de seus atos. É muito importante que existam bons mecanismos de supervisão e monitoramento, que cuidem o cumprimento das obrigações, mas, é importante, também, que exista flexibilidade entre as partes e que a atitude da administração não seja apenas de controle de um contrato, mas, sim, uma verdadeira participação no projeto, para que, conjuntamente, possam alcançar os objetivos almejados. Dessa forma, todos tendem a ganhar, evitando litígios futuros e demandas judiciais infindáveis, contribuindo na construção de um ambiente negocial frutífero.

Transportes segura início de solução consensual de rodovias até decisão do TCU sobre relicitações

Fonte: Agência Infra – 19.07.2023[3]

O Ministério dos Transportes vai aguardar pela decisão final do Tribunal de Contas da União ("TCU") referente à consulta sobre a possibilidade de desistir dos processos de relicitação de rodovias antes de dar prosseguimento nas quatro tentativas de conciliação que estão em andamento na pasta. Em maio deste ano, o ministério abriu quatro grupos de trabalho para iniciar as conversas com quatro concessionárias de rodovias que vão tentar uma conciliação para reestruturar seus contratos, Via Bahia, Arteris Fluminense, Eco 101 e CCR MS Vias.

As conversas terminaram para que fosse possível apresentar uma proposta para avaliação da Secretaria de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos do próprio tribunal de contas. Houve acordo entre a pasta e as concessionárias para seguir com propostas para as quatro. Três delas, de fato, estão com pedidos oficiais de relicitação, sendo que em dois casos já com decretos iniciando o processo publicados, Fluminense e MS Vias.

Em tese, para os outros dois casos (Eco101 e Via Bahia), seria possível não esperar pela decisão da consulta ao TCU, visto que elas não estão com os decretos de relicitação publicados. Mas, segundo uma fonte da pasta, é mais adequado esperar o que será decidido em relação à consulta. Outra fonte envolvida com as reuniões diz que, apesar de a proposta do Ministro Vital do Rêgo lida em plenário estar em linha com o que vinha sendo discutido, é necessário o texto final para entender alguns pontos das condicionantes propostas.

A calibragem desses pontos é considerada crucial para que seja possível reestruturar os contratos atuais, especialmente nos temas de preservação do equilíbrio econômico-financeiro, Valor Presente Líquido ("VPL") e matriz de risco dos contratos. O relator apontou 14 condicionantes que devem ser obedecidas para a reestruturação dos contratos.

---

[3] Vide: Agência iNFRA. Disponível em: Estudo busca fundamento teórico para indicar quando contratos de parceria devem ser reequilibrados

O novo prazo de avaliação da consulta, após o pedido de vista de dois ministros do órgão, atrasa os planos que estavam entre as diretrizes que o ministério indicou que desejava para topar fazer os processos de reestruturação, como a retomada de obras efetivas em janeiro de 2024, por exemplo. Além disso, a situação dessas concessões e de outras oito que estão na fila para tentarem uma repactuação de seus contratos vai se deteriorando mais, dificultando ainda mais os acordos para a reestruturação, de acordo com uma fonte ligada ao processo.

Os Ministros do TCU, Walton Alencar Rodrigues e Jhonatan de Jesus, que pediram vista do processo de consulta, têm prazo de 30 dias a partir de 5 de julho para a revisão solicitada, mas podem apresentar os seus votos revisores antes, pelas regras do tribunal. O processo chegou a entrar na pauta da sessão desta semana, mas, depois, uma atualização da pauta foi publicada com a anotação de que o item havia sido excluído.