

Ref.: Boletim Informativo SRA nº 40/2021

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 40/2021, com as principais decisões dos órgãos de Controle Externo e as mais relevantes notícias inerentes aos temas mencionados no período compreendido entre 17.11.2021 e 23.11.2021.

I – CONTROLE EXTERNO:

Acórdão nº 2.585/2021/TCU

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

Tema: Responsabilidade. Culpa. Supervisão. Gestor máximo. Orçamento estimativo. Licitação.

Data de Julgamento: 27.10.2021.

Comentários: O dirigente máximo não deve ser responsabilizado quando as irregularidades nas contratações sejam relacionadas a aspectos técnicos específicos da licitação, que não lhe competem supervisionar diretamente, a exemplo de procedimentos ligados à solicitação e utilização de orçamentos para abertura de procedimentos licitatórios a empresas com sócios em comum.

Acórdão nº 2.589/2021/TCU

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

Tema: Direito Processual. Consulta. Admissibilidade. Juízo de mérito. Exceção. Princípio do impulso oficial.

Data de Julgamento: 27.10.2021.

Comentários: Mesmo diante do não conhecimento de consulta, pode o Tribunal de Contas da União (“TCU”), exercendo a sua jurisdição por impulso oficial e atuando de forma pedagógica, analisar o caso que lhe foi apresentado. Em tal situação, as conclusões assumidas no processo não têm caráter normativo nem constituem prejudgamento da tese, não obstante possam ser utilizadas como subsídio ao processo decisório do órgão demandante.



Acórdão nº 2.595/2021/TCU

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

Tema: Licitação. Qualificação técnica. Atestado de capacidade técnica. Comprovação. Capacidade técnico-operacional. Quantidade. Limite máximo.

Data de Julgamento: 27.10.2021.

Comentários: A exigência de comprovante de qualificação técnica (artigo 30 da Lei nº 8.666/1993) contendo quantitativos superiores a 50% do previsto para a execução, sem motivação específica, constitui restrição indevida à competitividade.

Acórdão nº 2.595/2021/TCU

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

Tema: Licitação. Obras e serviços de engenharia. Orçamento estimativo. Setor privado. Sistema de custos. Referencial.

Data de Julgamento: 27.10.2021.

Comentários: É irregular a utilização de sistemas privados como referência de custos para contratação de obras e serviços de engenharia sem avaliação de sua compatibilidade com os parâmetros de mercado, e sem a realização de adequadas pesquisas de preços, para fins comparativos, uma vez que está em desacordo com o artigo 6º, inciso IX, alínea f, da Lei nº 8.666/1993, e com os princípios da eficiência e da economicidade.

Acórdão nº 2.599/2021/TCU

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

Tema: Responsabilidade. Culpa. Erro grosseiro. Princípio da motivação. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Parecer jurídico. Desconsideração.

Data de Julgamento: 27.10.2021.

Comentários: Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (artigo 28 do Decreto-lei nº 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige. Tal conduta revela desempenho aquém do esperado do administrador médio, o que configura culpa grave, passível de multa.

Acórdão nº 1.8144/2021/TCU

Órgão Julgador: Segunda Câmara, Rel. Ministro-Substituto André de Carvalho.



Tema: Licitação. Qualificação técnica. Atestado de capacidade técnica. Referência. Quantidade. Prazo.

Data de Julgamento: 26.10.2021.

Comentários: É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico operacional) de que a licitante já tenha prestado serviços e fornecido bens pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (artigo 30, inciso II, da Lei nº 8.666/1993).

Acórdão nº 2.610/2021/TCU

Órgão Julgador: Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

Tema: Responsabilidade. Tomada de contas especial. Instauração. Conduta omissiva. Solidariedade.

Data de Julgamento: 03.11.2021.

Comentários: É imposição legal que a autoridade competente do órgão ou da entidade lesada, após esgotadas as medidas administrativas internas sem a elisão do dano ao erário, e subsistindo os pressupostos para tal, instaure tomada de contas especial, sob pena de responsabilidade solidária (artigo 84 do Decreto-Lei nº 200/1967 e artigo 8 da Lei nº 8.443/1992), por meio do Sistema e-TCE, em observância ao artigo 14 da Instrução Normativa do Tribunal de Contas da União nº 71/2012 c/c o artigo 40 da Portaria TCU nº 122/2018.

Acórdão nº 2.611/2021/TCU

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

Tema: Contrato Administrativo. Formalização do contrato. Obrigatoriedade. Convênio. Empresa pública. Sociedade de economia mista. Transparência.

Data de Julgamento: 03.11.2021.

Comentários: A designação, pelo controlador, de empresa pública ou sociedade de economia mista que explore atividade econômica para assumir compromissos ou responsabilidades em condições distintas às de outras empresas do setor privado sem a celebração de contrato, convênio ou instrumento congêneres, bem como sem a previsão de elementos de transparência de custos e receitas, inclusive no plano contábil da entidade, infringe o artigo 8, § 2º, incisos I e II, da Lei nº 13.303/2016.





Acórdão nº 2.615/2021/TCU

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

Tema: Licitação. Qualificação técnica. Conselho de fiscalização profissional. Exigência. Empresa estatal.

Data de Julgamento: 03.11.2021.

Comentários: Em licitação realizada por empresa estatal, é irregular a exigência de comprovação de registro em dois conselhos de fiscalização de exercício profissional, como critério de habilitação, uma vez que a exigência de registro ou inscrição na entidade profissional competente, para fins de comprovação de qualificação técnica, deve se limitar ao conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante da licitação (artigo 1º da Lei nº 6.839/1980 c/c o artigo 58, inciso II, da Lei nº 13.303/2016).

Acórdão nº 2.622/2021/TCU

Órgão Julgador: Plenário, Rel. Ministro-Substituto Augusto Sherman.

Tema: Licitação. Pregão. Negociação. Obrigatoriedade.

Data de Julgamento: 03.11.2021.

Comentários: Na modalidade pregão, a negociação com o licitante vencedor visando obter melhor proposta para a Administração deve ser realizada mesmo se o valor ofertado for inferior àquele orçado pelo órgão ou pela entidade promotora do certame (artigo 38, *caput*, do Decreto nº 10.024/2019).

Acórdão nº 17.250/2021/TCU

Órgão Julgador: Primeira Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

Tema: Direito Processual. Embargos de declaração. Omissão. Obscuridade. Débito. Multa. Correção monetária. Juros de mora.

Data de Julgamento: 05.10.2021.

Comentários: Não constitui omissão ou obscuridade do acórdão condenatório a ausência dos índices e das taxas de atualização monetária incidentes sobre a dívida imputada ao responsável, sendo suficiente a informação de que os valores originais do débito e da multa constantes na decisão serão acrescidos dos devidos encargos legais. Eventual falha na atualização monetária e no cálculo dos juros é matéria externa ao acórdão condenatório.

II – NOTÍCIAS:

Comissão do Senado adia para 30/11 votação de PL sobre preços de combustíveis

Fonte: JOTA – 16.11.2021¹.

A Comissão de Assuntos Econômicos (“CAE”) do Senado adiou para o dia 30.11.2021 a votação do Projeto de Lei (“PL”) nº 1472/2021, que propõe regras para a variação nos preços dos combustíveis. Após o relator Jean Paul Prates (PT-RN) apresentar parecer propondo mudanças no texto, ficou acertado que o projeto será votado após a realização de audiência pública pela comissão.

O relator afirmou que seu parecer não altera a política de preços da Petrobras prevista no Preço de Paridade de Importação (“PPI”), mas propõe a criação de um sistema de banda móvel de preços, controlado pelo governo, para reduzir a volatilidade nas bombas. O debate na comissão em 16.11.2021 indica que o tema deve avançar no Senado, apesar de divergências sobre as medidas propostas.

As principais mudanças propostas pelo relator foram:

– Propõe sistema de banda móvel de preços dos combustíveis, que seria posteriormente regulamentado pelo Executivo. Pelo sistema de banda, quando os preços estiverem baixos, os recursos correspondentes à diferença entre o preço de mercado e o limite inferior da banda seriam acumulados. Já quando os preços de mercado estiverem acima do limite superior, os recursos são utilizados de forma a manter os preços dentro da banda.

¹ Vide: JOTA. Disponível em: [Comissão do Senado adia para 30/11 votação de PL sobre preços de combustíveis](#)

– Exclusão do texto da criação de um fundo de estabilização de preços, sob o argumento de que a criação do fundo pelo Legislativo poderia incorrer em vício de iniciativa, pois apenas o Executivo poderia propor a criação de um fundo.

– Alteração do texto para deixar de prever a vinculação do uso da receita do imposto de exportação do petróleo cru para a estabilização dos preços dos combustíveis, sob o argumento de que não é possível legalmente vincular receitas de impostos. O substitutivo do relator prevê a criação do imposto, mas não o vincula a uma finalidade.

– Apesar de não alterar diretamente a política de preços da Petrobras, o projeto prevê que os preços internos de derivados do petróleo deverão ter como referência *“as cotações médias do mercado internacional, os custos internos de produção e os custos de importação, desde que aplicáveis”*.

iNFRA Debate: Lei nº 14.230/2021 – uma tentativa de se colocar o instituto da improbidade administrativa no seu devido lugar

Fonte: Agência Infra – 17.11.2021².

Entrou em vigor em 26.10.2021 a Lei nº 14.230/2021, que altera diversos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa (“Lei nº 8.429/92” ou “Lei de Improbidade”). Trata-se de alterações que buscam, em última análise, trazer mais racionalidade ao instituto da improbidade administrativa e, conseqüentemente, conferir maior segurança jurídica às pessoas que se relacionam com a Administração Pública.

Como se sabe, o instituto da improbidade administrativa se caracteriza como sendo uma infração extrema ao ordenamento jurídico, não se configurando

² Vide: Agência Infra. Disponível em: [iNFRA Debate: Lei nº 14.230/2021 – uma tentativa de se colocar o instituto da improbidade administrativa no seu devido lugar](#)

pela mera atuação defeituosa do agente. Trata-se de premissa importante, pois o instituto não nasceu para punir o agente público inábil, mas sim aquele que atua de forma consciente e orientada a incorrer em alguma violação da ordem jurídica com falta grave, ocasionando (i) um enriquecimento ilícito, (ii) um prejuízo ao erário ou (iii) um atentado contra princípios. Isso não significa dizer que os agentes públicos que atuem de forma defeituosa não possam ser punidos, mas apenas que tais condutas não se confundem, necessariamente, com improbidade administrativa.

No entanto, essa premissa vinha sendo deixada de lado. Muitos agentes públicos e empresas contratadas pela Administração Pública figuraram ou ainda figuram como réus em ações de improbidade por conta de fatos e/ou atos que efetivamente não deveriam configurar improbidade administrativa. Muitas foram as empresas privadas que se defenderam em ações de improbidade pelo simples fato de terem se sagrado vencedoras em licitações que, posteriormente, entendeu-se haver vícios na fase interna da licitação – fase essa em que os particulares não possuem qualquer ingerência.

A verdade é que se relacionar com a Administração Pública, por conta dessa deturpação do instituto da improbidade administrativa, tornou-se uma atividade de risco – o que, lamentavelmente, serviu apenas para aumentar a insegurança jurídica e afastar da Administração Pública empresas e profissionais sérios.

Diante dessa realidade, não podemos deixar de enaltecer as recentes alterações incorporadas pela Lei nº 14.230/2021 que, longe de dificultar a punição ou a investigação dos atos de improbidade, trazem muito mais racionalidade e razoabilidade ao instituto.



Indústria enfrenta problemas com gás e eletricidade; soluções não devem vir no curto prazo

Fonte: Agência Infra – 19.11.2021³.

A indústria nacional vem enfrentando problemas nos contratos de gás natural e eletricidade, insumos com grande impacto nas empresas eletrointensivas. Dentre os desafios, a disparada nos preços do gás em 2022, que pode chegar a 300%, prejuízos com programas para a redução voluntária de consumo de eletricidade e a volatilidade dos preços no mercado de curto prazo de energia, que se acentuou na atual crise hídrica.

Na tentativa de segurar o reajuste do gás natural proposto pela Petrobras, a Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado (“Abegás”) entrou com uma representação contra a estatal no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”). O órgão de regulação da concorrência confirmou em 17.11.2021 o recebimento do pedido. A associação questiona a iniciativa da petroleira de propor para as distribuidoras estaduais que estarão descontratadas a partir de 1º de janeiro uma mudança de indexador que poderá resultar em aumentos de até 300% a depender do prazo contratual.

Considerando a proximidade dos recessos de fim de ano, é improvável que o órgão antitruste tome alguma decisão ainda neste ano, prazo no qual as empresas terão que definir sua situação contratual para o suprimento do próximo ano. Nesse sentido, a Associação dos Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres (“Abrace”), que também atua no tema, avalia inclusive acionar a Justiça contra a estatal.

³ Vide: Agência Infra. Disponível em: [Indústria enfrenta problemas com gás e eletricidade: soluções não devem vir no curto prazo – Agência Infra](#)

A associação está fazendo um levantamento junto a seus associados para mapear o impacto econômico dos contratos propostos pela Petrobras. Algumas empresas, diz, avaliam que poderá ser inviável manter algumas fábricas em funcionamento. *“Isso vai trazer todas as consequências de um fechamento de fábrica em termos de emprego direto, indireto, arrecadação de impostos”*, explicou Adrianno Lorenzon, diretor de gás natural da Abrace.

