Ref.: Boletim Informativo SRA nº 20/2022

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 20/2022, com as principais decisões dos órgãos de Controle Externo e as mais relevantes notícias inerentes aos temas mencionados no período compreendido entre 18.05.2022 e 24.05.2022.

I – CONTROLE EXTERNO:

Acórdão nº 966/2022/TCU

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

Tema: Licitação. Habilitação de licitante. Documentação. Juntada. Princípio da isonomia.

Data de Julgamento: 04.05.2022.

Comentários: É lícita a admissão da juntada de documentos, durante as fases de classificação ou de habilitação, que venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame, sem que isso represente afronta aos princípios da isonomia e da igualdade entre as licitantes.

Acórdão nº 969/2022/TCU

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

Tema: Licitação. Edital de licitação. Impugnação. Recebimento. Princípio do formalismo moderado. Prazo.

Data de Julgamento: 04.05.2022.

Comentários: Em licitação eletrônica, é irregular, por configurar excesso de formalismo, a limitação do prazo de impugnação do edital ao horário de funcionamento da entidade promotora do certame, vez que a impugnação pode ser feita de maneira remota, pela internet, não exige funcionários da entidade de prontidão para o seu recebimento e não interfere no horário de início da análise de impugnação, não havendo razão para que não seja aceita até às 23h59min da data limite.

Acórdão nº 988/2022/TCU

Órgão Julgador: Plenário, Rel. Min. Antonio Anastasia.

Tema: Contrato Administrativo. Anulação. Avaliação. Interesse público. Prejuízo. Irregularidade. Convalidação

Data de Julgamento: 04.05.2022.

Comentários: O risco de prejuízos para a Administração pode excepcionalmente justificar a convalidação de atos irregulares ocorridos na licitação e a continuidade da execução do contrato, em razão da prevalência do interesse público.

Acórdão nº 988/2022/TCU

Órgão Julgador: Plenário, Rel. Min. Antonio Anastasia.

Tema: Licitação. Habilitação de licitante. Documentação. Declaração. Ausência. Princípio do formalismo moderado. Princípio da razoabilidade.

Data de Julgamento: 04.05.2022.

Comentários: Na falta de documento relativo à fase de habilitação em pregão que consista em mera declaração do licitante sobre fato preexistente ou em simples compromisso por ele firmado, deve o pregoeiro conceder-lhe prazo razoável para o saneamento da falha, em respeito aos princípios do formalismo moderado e da razoabilidade, bem como ao art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/1999.

Acórdão nº 2.457/2022/TCU

Órgão Julgador: Primeira Câmara, Rel. Ministro-Substituto Walton Alencar Rodrigues.

Tema: Convênio. Execução financeira. Nexo de causalidade. Conta corrente específica. Contrapartida.

Data de Julgamento: 03.05.2022.

Comentários: A utilização dos recursos da contrapartida sem o trânsito pela conta específica do convênio não impede a comprovação da regularidade das despesas a cargo do convenente, quando os elementos dos autos demonstrarem a efetiva aplicação desses recursos na execução do objeto.

Acórdão nº 2.012/2022/TCU

Órgão Julgador: Segunda Câmara, Rel. Ministro Antonio Anastasia.

Tema: Responsabilidade. Culpa. Supervisão. Erro grosseiro. Culpa *in vigilando*.

Data de Julgamento: 03.05.2022.

Comentários: Não configura erro grosseiro, para fins de responsabilização de autoridade por culpa *in vigilando* (art. 12, § 7º, do Decreto nº 9.830/2019), a não detecção de irregularidade que, em razão do caráter estritamente técnico dos aspectos envolvidos, demandaria avaliações além dos conhecimentos exigíveis e das atribuições de supervisão afetas à autoridade, fora do padrão de desempenho exigível do gestor médio.

II – NOTÍCIAS:

Sendo intempestivo o recurso, juros de mora sobre honorários incidem a partir do dia seguinte ao fim do prazo recursal

Fonte: STJ– 20.05.2022[1].

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça ("STJ") estabeleceu que, na hipótese de recurso considerado intempestivo, o marco inicial para a incidência dos juros de mora sobre os honorários sucumbenciais é o dia seguinte ao transcurso do prazo recursal.

Com esse entendimento, o colegiado reformou acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios ("TJDFT") que considerou como termo inicial dos juros moratórios a data do trânsito em julgado da decisão que inadmitiu o recurso especial (16.12.2019), e não a data do primeiro trânsito em julgado certificado nos autos (24.05.2019).

A Ministra Nancy Andrighi, relatora do recurso, explicou que a divergência dos autos era definir se a sentença do caso em questão transitou em julgado em 24.05.2019 – data do fim do prazo para interposição da apelação e da primeira

[1] Vide: Agência Senado. Disponível em: Sendo intempestivo o recurso, juros de mora sobre honorários incidem a partir do dia seguinte ao fim do prazo recursal

certificação de trânsito em julgado – ou em 16.12.2019 – dia em que transitou em julgado a decisão que inadmitiu o recurso especial, com nova certificação de trânsito.

No caso dos autos, Nancy Andrighi ressaltou que o trânsito em julgado ocorreu em 24.05.2019 – data da primeira certificação –, pois foi nesse momento que se esgotou o prazo para apelar da sentença. Por consequência, a relatora afastou o dia 16.12.2019 – data da segunda certificação de trânsito em julgado referente à decisão que inadmitiu o recurso especial – como marco inicial dos juros, exatamente porque o recurso de apelação não foi conhecido em razão da intempestividade.

"Somado a isso, a existência de certificado do trânsito em julgado, quando da interposição do recurso, evidencia ter sido manejado para procrastinação da demanda", concluiu a ministra ao dar provimento ao recurso especial.

Privatização da Eletrobras e urnas eletrônicas: quais os limites do TCU?

Fonte: JOTA– 23.05.2022[2].

O dia 18 de maio de 2022 ficou marcado pelo protagonismo do Tribunal de Contas da União ("TCU") no noticiário político brasileiro. De um lado, a imprensa divulga que o Tribunal "aprova processo de privatização da Eletrobras". De outro, que o "TCU vai entrar no debate para defesa das urnas eletrônicas".

Não se discute o mérito dos temas julgados. Mas onde eles estão sendo discutidos. A única questão aqui debatida é: teria o Tribunal de Contas competência para "aprovar" privatizações e "defender" as urnas eletrônicas?

[2] Vide: JOTA. Disponível em: Privatização da Eletrobras e urnas eletrônicas: quais os limites do TCU?

De acordo com a Constituição Federal, não. As arenas política e técnica não se confundem. Segundo a Carta de 1988, o Tribunal de Contas (seja federal, estadual ou municipal) é órgão auxiliar do Parlamento, na importante função de analisar as contas de gestores públicos e de promover auditorias e inspeções de caráter contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial. Na formulação de políticas públicas, Tribunais de Contas podem contribuir, por exemplo, por meio da apresentação de estudos, dados e informações. Exerce o chamado controle técnico da Administração Pública. Por sua vez, o controle político é atribuição do próprio Parlamento.

Mas parece não haver no Brasil uma compreensão clara dos limites dos Tribunais de Contas. Até mesmo o controle exercido pelo Judiciário é mais bem delimitado. Por exemplo, sua atuação depende que as partes ajuízem ações judiciais (princípio da inércia da jurisdição) e as diversas instâncias são formadas por diferentes julgadores (princípio do duplo grau de jurisdição). O mesmo não ocorre com o Tribunal de Contas. Ele próprio instaura seus processos. Ele mesmo decide. Os mesmos julgadores apreciam eventuais recursos. Tudo isso sem um procedimento que viabilize integralmente a ampla defesa (raramente se possibilita a produção de prova testemunhal ou pericial, por exemplo).

O noticiário político mostra que é urgente a necessidade de se discutir os limites para atuação dos Tribunal de Contas no país. O respeito às competências previstas constitucionalmente é requisito fundamental para a preservação do Estado democrático de Direito e da separação de Poderes. Não pode haver no Brasil instituição onipresente e onipotente.

O poder público e os contratos de concessão

Fonte: JOTA– 23.05.2022[3].

Há algo que precisa ser lembrado: deve-se estabelecer, ainda que por intermédio do Poder Judiciário, limites objetivos às condutas intervencionistas, um tanto quanto arbitrárias, que têm sido adotadas pelo poder público em desfavor de concessionários responsáveis pela prestação de serviços públicos, sobretudo no âmbito do transporte.

Afinal, nos tempos atuais, tornou-se trivial a interferência abrupta do poder público, em contratos administrativos válidos e regularmente celebrados. Os contratos são descumpridos e modificados sem maiores pudores ou anseios do governante do momento. Os episódios recentes se multiplicam; e, provavelmente, continuarão a se multiplicar, enquanto não houver, por parte do Poder Judiciário, uma resposta contundente, que assegure a prevalência de garantias constitucionais fundamentais àqueles que contratam com a Administração Pública.

Contratos não são solapáveis. Não se altera ou suprime, durante o curso de vigência de uma concessão, parte essencial do vínculo. Nem se subverte a forma de arrecadação tarifária, com uma nova alocação de risco e com a atribuição dessa função a um terceiro desconhecido. As regras inicialmente divulgadas, que balizaram o certame licitatório, devem ser respeitadas e cumpridas não somente pelos particulares, mas, sobretudo, pelo poder público.

Estado de Direito, ainda no terreno das obviedades, é Estado de ordem e segurança. Nele, garantias individuais são escudos erigidos contra o poder público, mandamentos de inação que este deve respeitar. Isso significa que o poder público, por meio de leis de inferior estatura, não pode encobrir tais postulados, nem criar, por vias oblíquas que abrem passagem por onde não se pode transitar, a falsa verdade de que lhe é dado tudo fazer. Garantias fundamentais não podem ser

[3] Vide: JOTA. Disponível em: O poder público e os contratos de concessão

frustradas por legislação infraconstitucional, numa tendência, no entanto, cada vez mais presente, como já antes assinalado por Gomes Canotilho, de marginalização e desvalorização do direito constitucional. É como se a lei, que vale para todos, enquanto limite da conduta para convivência em sociedade, não tem a mesma relevância para o poder público.

As consequências dessas inúmeras condutas não são positivas para o Brasil. Isso, evidentemente, ocasiona manifesta insegurança jurídica. De fato, nos dias de hoje, ao participar de uma determinada licitação, a empresa proponente sequer possui segurança efetiva de que os termos ali divulgados serão efetivamente praticados no decorrer do vínculo negocial. E insegurança repele investidores, principalmente os estrangeiros, porque não possuem confiança em investir em um país que não cumpre ou respeita seus próprios contratos.

Governo, Congresso e distribuidoras buscam medidas para mitigar alta das tarifas de energia

Fonte: Agência Infra– 23.05.2022[4].

Distribuidoras de energia elétrica, governo e parlamentares intensificarão nesta semana as discussões de opções para redução dos reajustes de energia elétrica. O foco neste momento é o estabelecimento de uma alíquota máxima de 17% sobre o imposto sobre circulação de mercadoria e serviços ("ICMS") da energia elétrica para as novas contas de luz, que pode ser votado nesta semana na Câmara. Também se avalia a redução temporária do imposto, que poderia trazer uma redução de 5% nas tarifas.

Se na Câmara a aprovação é considerada certa, há bastante receio de que a pauta não seja aprovada no Senado, mais próximo dos governadores. Entre os senadores circula um estudo do economista Sergio Gobetti, especialista em

[4] Vide: Agência Infra. Disponível em: Governo, Congresso e distribuidoras buscam medidas para mitigar alta das tarifas de energia – Agência Infra

finanças públicas, que aponta que, ao fixar a alíquota máxima de 17% para os estados, a perda para os governadores caria em R$ 70 bilhões.

Existem ainda dúvidas se a discussão sobre a interferência sobre o ICMS não irá parar no Supremo Tribunal Federal ("STF"), que poderia julgar inconstitucional a proposta. No fim do ano passado, o STF modulou os efeitos de uma decisão que reduziu o ICMS cobrado nas contas de luz e serviços de telecomunicação, mas as alíquotas menores ficariam para 2024.

As conversas entre empresas e governo não estão centradas somente sobre o ICMS. Há várias ideias sobre a mesa, mas ainda são hipóteses porque há variáveis indefinidas: a oferta de capitalização da Eletrobras, já que o Tribunal de Contas da União divulgou recomendações e determinações a serem seguidas para que o processo avance; e o Projeto de Lei n° 414, cujo trâmite se tornou nebuloso com as tarifas ganhando projeção.

Nas últimas duas décadas, o setor elétrico vive em um pêndulo: ora há excesso de oferta, ora falta. No atual momento de excesso, paga-se a conta da escassez. Arrumar a casa e evitar uma crise financeira de grandes proporções em um ambiente de fragilidade institucional e regulatória não será tarefa fácil. Não haverá um remédio milagroso, mas uma série de medicamentos a serem dados a um paciente que inspira cada vez mais cuidados. O risco é mandar o paciente para casa sem que a doença seja devidamente tratada.