

Ref.: Boletim Informativo SRA nº 08/2024

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 08/2024, com as principais decisões do Poder Judiciário, do Controle Externo e as mais relevantes notícias inerentes aos temas mencionados no período compreendido entre 07.03.2024 e 13.03.2024.

I – PODER JUDICIÁRIO:

Recurso Especial nº 2.023.892-AP

Órgão Julgador: Segunda Turma, Rel. Min Hernan Benjamin

Tema: Incidente de Demandas Repetitivas – IRDR. Conhecimento do Recurso Especial. Aplicação de regras processuais. *Distinguishing* em relação ao REsp 1.798.374/DF.

Data de Julgamento: 05.03.2024

Comentários: Cabe recurso especial contra acórdão proferido pelo Tribunal de origem que fixa tese jurídica em abstrato em julgamento do IRDR para tratar de debate acerca da aplicação, em concreto, das regras processuais previstas para a admissão e o julgamento do IRDR.

II – CONTROLE EXTERNO:

Acórdão nº 245/2024/TCU

Órgão Julgador: Plenário, Rel. Ministro Vital do Rêgo

Tema: Responsabilidade. Débito. Prescrição. Prescrição intercorrente. Interrupção. Informação.

Data de Julgamento: 21.02.2024

Comentários: A troca de informações entre órgãos de controle sem interferência relevante nas apurações dos fatos não é marco interruptivo da prescrição intercorrente, por se enquadrar em exceção prevista no art. 8º, § 1º, da Resolução TCU nº 344/2022.



**Acórdão nº 266/2024/TCU**

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

Tema: Contrato Administrativo. Obras e serviços de engenharia. Fiscalização. Supervisão. Medição. Critério

Data de Julgamento: 21.02.2024

Comentários: Os critérios de pagamento para serviços de supervisão e gerenciamento de obras de construção devem prever a entrega de produtos ou de resultados alcançados, os quais devem ser previamente definidos em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, com níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento, evitando-se a previsão de pagamentos por homem-mês ou relacionados à mera permanência de mão de obra ou disponibilização de equipamentos.

Acórdão nº 254/2024/TCU

Órgão Julgador: Plenário, Rel. Min. Jorge Oliveira

Tema: Convênio. Execução financeira. Vedação. Tributo. Taxa de administração. Contrato administrativo. Desvio de finalidade.

Data de Julgamento: 21.02.2024

Comentários: Tributo do ente federado conveniente a título de taxa de administração de contratos não pode compor o preço do objeto de contrato remunerado com recursos da União, por afronta aos arts. 8º, parágrafo único, e 25, § 2º, da LC nº 101/2000.

Acórdão nº 266/2024/TCU

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

Tema: Contrato Administrativo. Aditivo. Limite. Prorrogação de contrato. Fiscalização. Contrato de supervisão. Obras e serviços de engenharia. Justificativa.

Data de Julgamento: 21.02.2024

Comentários: O aditamento de contratos de supervisão de obras além do limite legal de 25% afronta o art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 e o art. 125 da Lei nº 14.133/2021, ainda que tal aumento seja fruto de prorrogação de prazo na execução da obra supervisionada, devendo-se adotar medidas tempestivas com vistas a realizar nova contratação de supervisão, ressalvada a inequívoca comprovação de desvantagem da medida, o que deverá ser devidamente justificado.

III – NOTÍCIAS:

Aumento no tempo para pagar *free flow* sem multa pode reduzir inadimplência, avalia ANTT

Fonte: Agência Infra – 11.03.2024¹

O aumento de 15 para 30 dias do prazo para pagar sem multa o pedágio cobrado em modelo *free flow* teria a capacidade de reduzir a inadimplência a níveis ainda mais baixos que os atuais, que foram menores que a expectativa inicial para o novo formato de cobrança. É o que avalia o mais recente relatório da Comissão do Sandbox Regulatório, ao qual a Agência INFRA teve acesso.

A comissão foi criada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”), que analisa a primeira experiência de implantação desse modelo de cobrança no país, na BR-101/RJ, que está na concessão da CCR Rio-SP. De acordo com o material, continua sendo elevado o número de usuários que pagam o pedágio após os 15 dias em que não há cobrança de multa. Dois de cada três que passam do 15º dia pagam até o 30º dia, o que indica não haver por parte deles a intenção de evadir (ou seja, não pagar), que é o motivo para a multa.

No 3º Relatório do sandbox do *free flow*, que pega os três últimos meses de 2023, os dados mostram que houve um leve aumento da inadimplência (que é o número somado ao longo de todo o período de cobrança dos que não pagaram). Na média do trimestre, ela chegou a 12,7%, contra 11,2% no trimestre anterior.

O movimento, segundo o gerente de Regulação da Superintendência de Infraestrutura Rodoviária da ANTT, pode ser atribuído ao aumento do volume de tráfego na rodovia nesse período, já que ela está numa área turística e sofre efeitos sazonais durante o verão. Por isso, está sendo solicitado à concessionária reforço no sistema de informação. Os números da primeira experiência continuam apontando para um modelo exitoso. A quantidade de veículos que

¹ Vide Agência Infra. Disponível em: [Aumento no tempo para pagar free flow sem multa pode reduzir inadimplência, avalia ANTT](#)

passa pelos pedágios com o TAG, que tem cobrança automática, passou de 30% para 70% desde o início da cobrança, um ano atrás. Além disso, o número de placas não lidas é menor que 0,3%. Também há parte do relatório mostrando a redução de emissões e desmatamento na região devido à não implantação de praças de pedágio tradicionais.

Um alerta presente no texto é a necessidade de que os concessionários possam ter os dados dos veículos para contato direto com os motoristas, como forma de reduzir a inadimplência e ampliar os modelos de *enforcement* para os que não pagam.

No dia 07.03.2024, foi realizada a sessão telepresencial da Reunião Participativa 1/2024 da agência, que está iniciando a análise de uma proposta para a regulamentação do *free flow* para todas as rodovias, a partir desta primeira experiência). Um dos pontos previstos na norma é estabelecer um prazo específico para que a concessionária disponibilize ao usuário uma forma de pagamento, o que não está regulamentado atualmente. Segundo Feitosa, esse é o motivo de elevado número de reclamações dos usuários, visto que há casos em que a cobrança não aparece mais de 48 horas depois da passagem.

Também está proposto o estabelecimento de período de até cinco anos de testes para que a concessionária possa decidir se mantém o *free flow* ou volta para o modelo de pedágio em cabine. Segundo Feitosa, é um incentivo para que as concessionárias com praças possam fazer uma migração conhecida como progressiva, na qual começam a tirar as cabines mais no meio da rodovia e mantêm as das pontas para cobrança manual de quem não quer usar o *free flow*. Uma das contribuições que a agência quer receber é em relação a permitir ou não que os pórticos previstos para o Free Flow possam ter também outros tipos de tecnologia de fiscalização das rodovias, como o HS-Win, destinado à fiscalização de peso dos veículos em movimento.



TCU considera possível a extensão da sanção de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei nº 8.433/1992

Fonte: TCU – 13.03.2024²

O Na sessão Plenária do dia 06.03.2024, o Tribunal de Contas da União (“TCU”) apreciou auditoria realizada para avaliar a regularidade de licitações e contratos do Município de Campina Grande (PB) relacionados à execução local do Programa Nacional de Alimentação Escolar (“PNAE”), com recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, motivada pelos achados decorrentes da “Operação Famintos”, conduzida pela Polícia Federal.

Entre as irregularidades identificadas na fiscalização, a equipe de auditoria apurou a existência de fraude e/ou simulação em licitações, mediante a utilização de empresas “de fachada”, sem capacidade operacional, dirigidas, no plano fático, por núcleo comum de pessoas associadas com o fim de vencer ilicitamente licitações com recursos do PNAE.

O relator da matéria, Ministro Antonio Anastasia, considerou evidenciada a fraude nos procedimentos licitatórios, o que justificava a aplicação às pessoas jurídicas da sanção de inidoneidade para participar de licitação na administração pública federal, prevista no art. 46 da Lei nº 8.443/1992, devendo ainda a pena, em vista da gravidade das condutas, ser aplicável no seu grau máximo de oito anos.

Em razão da existência de empresas “de fachada” no rol de apenadas, o Ministro Antonio Anastasia observou a necessidade de fazer constar da deliberação a extensão da sanção aplicada a eventuais empresas que venham a ser constituídas pelos mesmos sócios.

Segundo o relator, tal entendimento está alinhado com a jurisprudência do TCU, consoante o Acórdão nº 1.986/2013-Plenário (Relator Ministro Raimundo Carreiro), por meio do qual o Tribunal expediu recomendações à Secretaria de

²Vide TCU. Disponível em: [TCU considera possível a extensão da sanção de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei 8.433/1992](#)

Logística e Tecnologia da Informação do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Com efeito, por meio do referido acórdão fora recomendado ao ministério que orientasse os órgãos/entidades do Governo Federal no sentido de que – caso nova sociedade empresária tenha sido constituída com o mesmo objeto e por qualquer um dos sócios e/ou administradores de empresas declaradas inidôneas, após a aplicação da sanção e no prazo de sua vigência, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443/1992 – fossem adotadas as providências necessárias à inibição de sua participação em licitações, em processo administrativo específico, assegurado o contraditório e a ampla defesa a todos os interessados.

Ao final, o relator propôs e o Plenário acolheu, por unanimidade, aplicar a sanção de inidoneidade às empresas especificadas na deliberação, sem prejuízo de deixar assente que, a eventual criação de nova sociedade empresária com o mesmo objeto e por qualquer um dos sócios e/ou administradores de empresas declaradas inidôneas, após a aplicação da sanção e no prazo de sua vigência, exige da Administração as providências necessárias à inibição de sua participação em licitações, em processo administrativo específico, assegurado o contraditório e a ampla defesa aos interessados, conforme entendimentos expressos nos Acórdãos nº 1.986/2013 e 2.914/2019, ambos do Plenário.

‘Erro cultural’ e a fixação de parâmetros para responsabilização de gestores

Fonte: JOTA – 13.03.2024³

Em sessão extraordinária, o Tribunal de Contas da União (“TCU”) analisou os processos que avaliaram condutas de gestores do BNDES na aprovação de operações de financiamento à exportação de serviços de engenharia a entes públicos estrangeiros. No total, foram avaliadas as condutas de mais de 50

³Vide JOTA. Disponível em: [‘Erro cultural’ e a fixação de parâmetros para responsabilização de gestores](#)

gestores em nível estratégico, tático e operacional do banco público, incluindo presidentes, diretores, administradores e demais funcionários.

Nos três processos em análise, o relator, Ministro Augusto Sherman, propôs a responsabilização dos gestores com multa, argumentando que foi verificada a ocorrência de “erro grosseiro” em suas condutas, apesar da ausência de normativo que proibisse expressamente ou regulamentasse a aprovação dessas operações.

Embora não seja um conceito recente, o “erro grosseiro” inserido na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”), em 2018, ainda carece de definições precisas. Isso quer dizer, apesar de ter sido utilizado para fundamentar a responsabilização da conduta de diversos agentes no âmbito do TCU, sua aplicação ainda suscita dúvidas. Em essência, na falta de norma que caracterize a conduta do gestor como ilícita, avalia-se se esse cometeu um “erro grave” em relação ao que seria esperado de um gestor com um nível de diligência mediana.

Em um dos casos julgados, a imputação de erro grosseiro a um total de 42 gestores levantou dúvidas sobre a sua caracterização. Nas palavras do Ministro Benjamin Zymler, *“ou há uma grande conspiração dos servidores do BNDES, ou essa situação foge do que seria razoável para um servidor médio numa dada instituição que possui uma certa metodologia”*.

Percebendo a lacuna presente, o Ministro Benjamin Zymler abriu divergência defendendo que não seria possível caracterizar o erro grosseiro na conduta de todos os responsáveis da forma que foi feita, na forma de um “erro cultural”. Nesse sentido, enfatizou que o erro grosseiro não deve ser visto como aquele que não seria cometido pelo gestor médio, mas sim aquele que não seria cometido nem mesmo pelo gestor abaixo da média.

Além disso, apontou para a existência de normas consuetudinárias e costumeiras, portanto sem regulamentação, que estabelecem um padrão de comportamento específico para o órgão. Isso representa mais um critério a ser considerado pelo TCU na responsabilização dos gestores, em conformidade com as diretrizes da LINDB que exigem a avaliação das orientações gerais à época,



incluindo as práticas administrativas reiteradas, nos moldes do parágrafo único do artigo 24.

Ao final, após uma votação acirrada, as justificativas apresentadas pelos gestores foram acatadas, descaracterizando o erro grosseiro. Isso parece ser um passo importante do TCU no sentido de garantir os pressupostos de aplicação da LINDB, restringindo o erro grosseiro como aquele evidentemente inescusável, que não seria cometido nem mesmo por um administrador abaixo da média.

