

Ref.: Boletim Informativo SRA nº 10/2022

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 10/2022, com as principais decisões do Poder Judiciário e dos órgãos de Controle Externo e as mais relevantes notícias inerentes aos temas mencionados no período compreendido entre 09.03.2022 e 15.03.2022.

I – PODER JUDICIÁRIO:

Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 102.585/RS

Órgão Julgador: STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Gurgel de Faria.

Tema: Improbidade administrativa. Fase recursal. Acordo. Não persecução cível. Possibilidade. Artigo 17, § 1º da Lei nº 8.429/1992. Alterado pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

Data de Julgamento: 09.03.2022.

Comentários: É possível a homologação judicial de acordo de não persecução cível no âmbito da ação de improbidade administrativa em fase recursal.

Recurso Especial nº 1.904.530/PE

Órgão Julgador: STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Falcão.

Tema: Ação de fornecimento de suplementação alimentar. Manifestação da União. Envio de ofício ao Ministério da Saúde. Determinação de citação. Ausência. Comparecimento espontâneo. Não configuração.

Data de Julgamento: 08.03.2022.

Comentários: A juntada nos autos de simples manifestação da União informando o envio de ofício, antes de despacho determinando a sua citação para responder a ação, não configura comparecimento espontâneo apto a suprir a falta de citação.

II – CONTROLE EXTERNO:

Acórdão nº 337/2022/TCU

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



Tema: Direito Processual. Acesso à informação. Sigilo. Endereço IP. Prova (Direito). Licitação.

Data de Julgamento: 16.02.2022.

Comentários: Não há ilegalidade por parte do Tribunal de Contas da União (“TCU”) na requisição, obtenção e utilização como prova do endereço de *Internet Protocol* (“IP”) utilizado por licitante para o envio da documentação necessária à sua participação no certame, uma vez que a identificação da propriedade e do endereço do computador do qual foram enviados os arquivos não está resguardada pelo sigilo nem pelo direito à intimidade (artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal).

Acórdão nº 342/2022/TCU

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

Tema: Direito Processual. Embargos de declaração. Admissibilidade. Citação. Audiência. Decisão monocrática.

Data de Julgamento: 16.02.2022.

Comentários: É cabível a oposição de embargos de declaração contra despacho que autoriza audiência ou citação.

Acórdão nº 778/2022/TCU

Órgão Julgador: Primeira Câmara, Rel. Min. Benjamin Zymler.

Tema: Responsabilidade. Culpa. Erro grosseiro. Prestação de contas. Mora.

Data de Julgamento: 15.02.2022.

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 – Lei de Introdução ao Direito Brasileiro) a apresentação da prestação de contas somente depois de realizada pelo Tribunal a notificação do responsável, sem a devida justificativa para a falta.



III – NOTÍCIAS:

STF julga constitucional transferência de concessão pública sem nova licitação

Fonte: STF – 10.03.2022¹.

O Supremo Tribunal Federal (“STF”) decidiu que não é necessária a realização de licitação prévia para transferência de concessão ou do controle societário da concessionária de serviços públicos. Por maioria, na sessão virtual encerrada em 08.03.2022, a Corte julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADI”) nº 2946, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (“PGR”).

O caput do artigo 27 da Lei Geral de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/1995) estabelece que a transferência sem prévia anuência do poder concedente implicará a extinção da concessão. O parágrafo primeiro prevê que, para a obtenção da anuência, o pretendente deverá atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço e comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Segundo a PGR, a norma afrontaria o dever de licitar (artigo 175 da Constituição Federal) e divergiria do regime jurídico estabelecido na Lei Geral das Concessões, que prevê a obrigatoriedade de licitação prévia para a subconcessão de serviços públicos (artigo 26).

O Plenário começou a julgar a questão em 09.12.2021, em sessão presencial, quando o relator, Ministro Dias Toffoli, votou pela manutenção do dispositivo e foi seguido pelos Ministros Gilmar Mendes e Nunes Marques. Para Toffoli, o que

¹ Vide: STF. Disponível em: [STF julga constitucional transferência de concessão pública sem nova licitação](#)

interessa, para a Administração Pública, é a proposta mais vantajosa, e não a identidade do contratado. Ele ressaltou que é necessário zelar pela continuidade da prestação dos serviços, e a modificação do contratado não implica, automaticamente, burla à obrigatoriedade de licitação ou ofensa aos princípios constitucionais correlatos.

O relator salientou que uma das peculiaridades dos contratos de concessões públicas é que são dinâmicos, e seu regime jurídico autoriza ajustes, a fim de permitir a continuidade e a prestação satisfatórias. As transferências, assim, são utilizadas quando as concessionárias não tiverem condições de permanecer no contrato, e a exigência constitucional de prévia licitação é atendida com o procedimento inicial, cujos efeitos jurídicos são observados e preservados mediante a anuência administrativa.

Ficaram vencidos os Ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski e as Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber. Primeiro a divergir, Fachin ressaltou que a Constituição optou expressamente pela realização de licitação sempre que o poder público decidir conceder a prestação de serviço público, "*de modo a concretizar os princípios da isonomia, da moralidade e da eficiência, para além da economia de ordem financeira que a contratação direta poderia gerar*".

O PL 2421 e os dispute boards em contratos da Administração Pública

Fonte: JOTA – 10.03.2022².

A utilização de meios alternativos ou adequados de resolução de controvérsias já não é novidade no Brasil. O artigo 23-A da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), o artigo 11, III, da Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04), a Lei de Mediação e de Solução Alternativa de Disputas na Administração Pública (Lei nº 13.140/15), o artigo 1º, §1º, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96, alterada pela Lei

² Vide: JOTA. Disponível em: [O PL 2421 e os dispute boards em contratos da administração pública](#)

nº 13.129/15), o Código de Processo Civil (CPC ou Lei nº 13.105/2015) preveem a utilização de tais mecanismos como maneira de fomentar formas auto ou heterocompositivas que reduzam a judicialização de conflitos.

Está atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei do Senado (“PLS”) nº 206/2018, convertido no Projeto de Lei (“PL”) nº 2421/2021, que objetiva a regulamentação de “(...) *instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos celebrados pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios*”.

O *dispute board* é meio extrajudicial alternativo de resolução de conflitos que consiste na formação de um comitê de profissionais experientes e imparciais instituído para prevenir e auxiliar na resolução de disputas de natureza eminentemente técnica que surgem ao longo da execução do contrato, de modo a assistir as partes na resolução daquelas que não puderem ser evitadas.

Conforme previsto no Enunciado nº 49 da I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, “[o]s *Comitês de Resolução de Disputadas (Dispute Boards)* são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no §3º do artigo 3º do Código de Processo Civil brasileiro”. Tem como principal vantagem a possibilidade de prevenir de forma eficaz e eficiente divergências entre as partes no decorrer da execução do contrato, mesmo antes de ter instaurada uma controvérsia resistida.

A inclusão do *dispute board* onera significativamente o contrato. Por isso, seu uso deve ser adequado: não são todos os tipos de disputas que são passíveis de resolução por *dispute board*. Tal método se encaixa melhor em contratos de maior valor, de longa duração e execução continuada, cuja paralização da sua execução implicará grandes prejuízos às partes.

A disseminação do uso do *dispute board* pela Administração Pública ainda provoca questionamentos, em especial por parte dos órgãos de controle. Embora o Tribunal de Contas da União (“TCU”) tenha admitido a utilização do *dispute board* no processo que fiscalizou a prorrogação antecipada do contrato de concessão da Estrada de Ferro Vitória a Minas (Acórdão nº 1974/2020 – TC 018.842/2019-4), o



Tribunal restringiu o uso do mecanismo em concessões rodoviárias, admitindo-o somente após sua regulamentação (Acórdão TCU nº 4036/2020 – TC 016.936/2020-5 e Acórdão TCU nº 4037/2020 – TC 016.936/2020-5).

Tributação de combustíveis: Câmara aprovou na madrugada o PLP 11/2020

Fonte: JOTA – 11.03.2022³.

O plenário da Câmara dos Deputados aprovou na madrugada do dia 11.03.2022, o Projeto de Lei Complementar (“PLP”) nº 11/2020, sobre tributação de combustíveis. O projeto modifica a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (“ICMS”) e de outros tributos sobre combustíveis.

O texto da Câmara tem apenas uma diferença em relação ao que havia sido analisado horas antes pelos senadores. O relator, deputado Dr. Jaziel (PL-CE), retirou da proposta o “gatilho” – mecanismo que permitia o reajuste extraordinário das alíquotas em casos de alteração súbita no preço do petróleo. “*Se o texto visa justamente dar maior estabilidade ao valor dos combustíveis, não vemos lógica em permitir reajustes em períodos inferiores aos fixados*”, argumentou o parlamentar.

O PLP nº 11/2020 regulamenta a monofasia do ICMS sobre os combustíveis. Na prática, a proposta garante que a cobrança do imposto ocorra uma única vez na produção ou importação. Além disso, permite a adoção de alíquotas *ad rem*, que incidem por unidade de medida e não pelo valor da operação.

Com a promulgação do projeto, os estados poderão definir em conjunto uma alíquota sobre combustíveis, que seria aplicada por todos. Essa decisão será tomada pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (“Confaz”) até o fim de 2022.

³ Vide: JOTA. Disponível em: [Tributação de combustíveis: Câmara aprova PL sobre monofasia do ICMS \(jota.info\)](https://jota.info)

A aprovação do projeto que modifica a tributação de combustíveis, no mesmo dia de ocorreu reajuste de preços pela Petrobras, indica que o Planalto conseguiu resistir a pressões e manter a redação idealizada pela equipe econômica antes da turbulência provocada pela guerra na Ucrânia.

A questão, no entanto, é que a proposta encontra resistência dos governadores, que a consideram o projeto inconstitucional. A mudança feita pelo relator na Câmara aumenta ainda mais essa insatisfação, já que o “gatilho” era justamente um mecanismo que dava uma espécie de garantia aos comandantes estaduais.

O texto do PLP nº 11/2020, que modifica a tributação de combustíveis, segue para sanção presidencial.

Diante da alta do diesel, CNT defende repasse imediato dos novos custos para o valor dos fretes e reequilíbrio econômico-financeiro das concessões e permissões de transporte rodoviário de passageiros

Fonte: Agência CNT – 11.03.2022⁴.

A Confederação Nacional do Transporte (“CNT”), entidade de representação do setor de transporte no Brasil, defende a necessidade da recomposição imediata do preço do frete rodoviário em razão do reajuste anunciado pela Petrobras em 10.03.2022, de quase 25% no valor do óleo diesel, principal insumo do setor. Os novos valores começaram a ser praticados em 11.03.2022, em todo o país. O Transporte Rodoviário de Cargas é um serviço essencial

⁴ Vide: Agência CNT Transporte Atual. Disponível em: [Diante da alta do diesel, CNT defende repasse imediato dos novos custos para o valor dos fretes e reequilíbrio econômico-financeiro das concessões e permissões de transporte rodoviário de passageiros](#)

e se mostrou imprescindível durante a pandemia, contudo, é inviável que as empresas continuem absorvendo as altas dos preços do combustível.

Da mesma forma, a CNT defende como urgente o reequilíbrio econômico-financeiro das concessões e permissões de transporte rodoviário de passageiros, de forma a garantir a manutenção dos serviços públicos, que são um direito constitucional dos usuários. O atual valor do principal insumo pode impedir as operações das empresas de transporte urbano, semiurbano, intermunicipal e internacional rodoviário de passageiros.

Sem questionar a legitimidade da Petrobras em definir sua política de preços, a CNT alerta que a trajetória ascendente dos valores cobrados pelo insumo afeta diretamente a atividade transportadora, seja a do segmento de cargas ou o de passageiros, que já trabalham com margens muito reduzidas de lucro. Além disso, os sucessivos reajustes do preço cobrado em bomba devem ser repassados ao consumidor final.

“É claro que nos preocupamos com a população e com as consequências que o repasse desse aumento trará na vida das pessoas. Estamos atentos e muito preocupados com toda essa situação, mas o setor, infelizmente, não tem mais quaisquer condições de segurar esse aumento, que deve ser repassado imediatamente. No caso do transporte de passageiros, é urgente que os governos revisem as atuais política de subsídios para garantir a manutenção dos serviços à população. Ainda é preciso olhar para o setor aéreo que ainda absorve os impactos da pandemia. Do contrário, colocaremos em risco a própria sobrevivência de muitas empresas de transporte que são fundamentais para o desenvolvimento do Brasil”, afirma o presidente da CNT, Vander Costa.



Corte Especial definirá em repetitivo se concessionária é responsável por acidente causado por animal na rodovia

Fonte: STJ – 11.03.2022⁵.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) afetou para julgamento sob o rito dos repetitivos o Recurso Especial nº 1.908.738, no qual se discute a responsabilidade civil da concessionária de rodovia em acidente causado por animal na pista. Foi facultada a intervenção de interessados como *amici curiae*.

Cadastrada como Tema nº 1.122, a controvérsia está sob a relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. As questões submetidas a julgamento são as seguintes: "(a) *responsabilidade (ou não) das concessionárias de rodovia por acidente de trânsito causado por animal doméstico na pista de rolamento; (b) caráter objetivo ou subjetivo dessa responsabilidade à luz do Código de Defesa do Consumidor e da Lei das Concessões*".

De acordo com o relator, há farta jurisprudência na corte no sentido da responsabilidade objetiva da concessionária. Por essa razão, o colegiado considerou suficiente a suspensão dos recursos especiais em andamento no STJ e na segunda instância, pelo prazo máximo de um ano.

O Ministro Sanseverino observou que há julgados da Primeira Seção do STJ – especializada em direito público – no sentido de que a fiscalização e a prevenção de acidentes cabem à concessionária que explora a rodovia (dever de prestar serviço público adequado); assim como existem precedentes na Segunda Seção – de direito privado – que consideram a relação das concessionárias com os usuários subordinada à legislação de consumo.

⁵ Vide: STF. Disponível em: [Animais na pista e a responsabilidade da concessionária \(stj.jus.br\)](https://stj.jus.br)

"Em virtude dessa dualidade de fundamentos para se imputar responsabilidade à concessionária, entendo seja prudente fixar uma tese abrangendo ambos os fundamentos, a fim de evitar julgamentos com resultados díspares, a depender do fundamento utilizado pela vítima do evento danoso para deduzir a pretensão indenizatória", apontou o relator.

STF vai definir se alterações na Lei de Improbidade

Administrativa podem ser aplicadas retroativamente

Fonte: STF – 14.03.2022⁶.

O Supremo Tribunal Federal ("STF") vai definir se as alterações na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) inseridas pela Lei nº 14.230/2021 podem ser aplicadas retroativamente, inclusive quanto ao prazo de prescrição para as ações de ressarcimento, aos atos de improbidade administrativa na modalidade culposa. A matéria, discutida no Recurso Extraordinário com Agravo ("ARE") nº 843989, teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual (Tema nº 1.199).

No caso em análise, o Instituto Nacional do Seguro Social ("INSS") ajuizou ação civil pública, com o objetivo de condenar uma procuradora, contratada para defender em juízo os interesses da autarquia, ao ressarcimento dos prejuízos sofridos em razão de sua atuação. A procuradora atuou entre 1994 e 1999, e a ação foi proposta em 2006.

Em manifestação no Plenário Virtual pelo reconhecimento da repercussão geral, o Ministro Alexandre de Moraes, relator do recurso, observou que a controvérsia é de *"suma importância"* para o cenário político, social e jurídico e que o interesse sobre a matéria ultrapassa as partes envolvidas.

⁶ Vide: STF. Disponível em: [Supremo Tribunal Federal \(stf.jus.br\)](https://stf.jus.br)

Ele explica que, mesmo sem definir se a procuradora atuou com dolo ou culpa, o Tribunal Regional Federal 4 (“TRF-4”) já antecipou, no julgamento de embargos de declaração, o entendimento sobre a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa ocorridos após Constituição Federal de 1988. Observou, ainda, que o INSS, no pedido de ressarcimento, atribui à procuradora conduta negligente (culposa) na condução dos processos judiciais.

Segundo ele, a decisão do TRF-4 quanto à imprescritibilidade, somada à ausência de menção a dolo no processo e ao advento da Lei nº 14.230/2021, que tornou o dolo imprescindível para a configuração do ato de improbidade administrativa, torna necessário que o STF defina se as novidades inseridas na Lei de Improbidade Administrativa devem retroagir para beneficiar quem eventualmente tenha cometido atos de improbidade na modalidade culposa, inclusive quanto ao prazo de prescrição para as ações de ressarcimento.

Após o reconhecimento da repercussão geral, o ministro Alexandre de Moraes decretou que se suspenda, no Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), o processamento dos Recursos Especiais em que for suscitada, ainda que por simples petição, a aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021. Ele considera a medida necessária para evitar juízos conflitantes com a futura decisão do Supremo.

