Ref.: Boletim Informativo SRA nº 26/2022

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 n° 26/2022, com as principais decisões dos órgãos de Controle Externo e as mais relevantes notícias inerentes aos temas mencionados no período compreendido entre 29.06.2022 e 05.07.2022.

I – CONTROLE EXTERNO:

Acórdão n° 1.381/2022/TCU

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

Tema: Licitação. Habilitação de licitante. Exigência. Obras e serviços de engenharia. Segurança do trabalho.

Data de Julgamento: 15.06.2022.

Comentários: É irregular a exigência de que as licitantes sejam registradas junto aos serviços especializados em Engenharia e Segurança do Trabalho e de que disponham de Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional ("PCMSO") e de Programa de Proteção de Riscos Ambientais ("PPRA"), uma vez que não é possível a inclusão de requisitos de habilitação não previstos em Lei (Artigo 30, § 5°, da Lei n° 8.666/1993).

Acórdão n° 3.266/2022/TCU

Órgão Julgador: Primeira Câmara, Rel. Min – Substituto Augusto Sherman.

Tema: Contrato Administrativo. Aditivo. Limite. Vedação. Acréscimo. Compensação. Supressão.

Data de Julgamento: 14.06.2022.

Comentários: As reduções ou supressões de quantitativos decorrentes de alteração contratual devem ser consideradas de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no artigo 65, § 1°, da Lei n° 8.666/1993.

Acórdão nº 3.044/2022/TCU

Órgão Julgador: Segunda Câmara, Rel. Min – Substituto Marcos Bemquerer.

Tema: Responsabilidade. Débito. Imprescritibilidade. Execução judicial. Repercussão geral. Supremo Tribunal Federal ("STF").

Data de Julgamento: 14.06.2022.

Comentários: O entendimento proferido pelo STF no Recurso Especial nº 636.886 (Tema 899 da Repercussão Geral), a respeito da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário com base em decisão de tribunal de contas, alcança tão somente a fase judicial de execução do título extrajudicial, não atingindo os processos de controle externo em trâmite no Tribunal de Contas da União ("TCU"). As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de dano ao erário são imprescritíveis (Súmula TCU nº 282).

Acórdão nº 3.074/2022/TCU

Órgão Julgador: Segunda Câmara, Rel. Min Augusto Nardes.

Tema: Responsabilidade. Ordenador de despesas. Supervisão. Despesa pública. Assinatura.

Data de Julgamento: 14.06.2022.

Comentários: O ordenador de despesas tem o dever de verificar a legalidade e a legitimidade dos documentos geradores de despesa, não sendo sua assinatura mera formalidade, assim como de acompanhar e fiscalizar a atuação de seus subordinados.

II – NOTÍCIAS:

Presidente do STJ autoriza leilão da Aneel para mais de 5 mil km de linhas de transmissão de energia elétrica

Fonte: STJ – 01.07.2022[1].

O Presidente do Superior Tribunal de Justiça ("STJ"), Ministro Humberto Martins, autorizou no dia 01.07.2022, a pedido da Agência Nacional de Energia Elétrica ("Aneel"), a continuidade do leilão de mais de 5 mil km de linhas de transmissão. Segundo o Ministro, a liminar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região ("TRF1") que suspendeu alguns lotes do certame caracterizou indevida interferência do Poder Judiciário na construção de políticas públicas energéticas sob a responsabilidade do Executivo.

O leilão de desestatização da Aneel está sendo conduzido pela B3, gestora da bolsa de valores de São Paulo. A agência energética busca licitar concessões para construção, operação e manutenção de 13 lotes de empreendimentos, contemplando 5.425 km de linhas de transmissão. Segundo a agência reguladora, são previstos investimentos de R$ 15,3 bilhões, além da geração de 31,7 mil empregos nessa operação.

Na origem, um mandado de segurança questionou a realização do leilão, citando, entre outros motivos, contratos vigentes que estariam pendentes de fiscalização, bem como as regras definidas no processo de concessão das novas linhas de transmissão. O mandado de segurança alegou irregularidades em cinco dos 13 estados envolvidos no processo. Em primeira instância, o pronunciamento

---

[1] Vide: STJ. Disponível em: Presidente do STJ autoriza leilão da Aneel para mais de 5 mil km de linhas de transmissão de energia elétrica

judicial foi favorável à Aneel, mas o TRF1 deferiu liminar para suspender a realização do leilão em relação a alguns lotes, até que fossem sanadas as dúvidas levantadas no mandado de segurança.

Ao analisar o caso, o Ministro Humberto Martins afirmou que a situação representa perigo da demora inverso, pois a liminar pode causar prejuízos irreversíveis em razão do atraso na implantação de projetos de linhas de transmissão de energia, prejudicando todos os consumidores do serviço público. O presidente do STJ lembrou que, como destacado pela Aneel no pedido de suspensão, o leilão foi submetido à fiscalização prévia do Tribunal de Contas da União, o qual se manifestou de forma favorável ao certame.

Para o Ministro, a liminar que suspendeu o complexo procedimento de expansão das linhas de energia interfere na discricionariedade da Administração Pública. "Ao interferir na regulação especializada e técnica realizada pela Aneel, o Judiciário acaba por substituir o legítimo processo de construção dialética da regulação elétrica", comentou. Essa interferência indevida, observou o Ministro, traz prejuízo às finanças públicas e inviabiliza o aumento da oferta de energia no país. O Presidente do STJ ressaltou que todos os procedimentos dessa natureza estão sujeitos ao crivo do Judiciário, mas a precaução sugere que tal interferência ocorra apenas nos casos de ilegalidade inequívoca, após a instrução processual completa.

Com a decisão do STJ, a liminar está suspensa até o trânsito em julgado do mandado de segurança que discute as regras e a forma de realização do leilão promovido pela Aneel.

Réu pode ser condenado a pagar custas e honorários em ação civil pública ajuizada por associação privada

Fonte: STJ – 04.07.2022[2].

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça ("STJ") definiu que, em Ação Civil Pública ajuizada por associação privada, o réu pode ser condenado a arcar com as custas e os honorários advocatícios. Para o colegiado, a tese fixada pela Corte Especial no Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial ("EAREsp") nº 962.250 somente se aplica à parte ré vencida em Ação Civil Pública quando seu autor for pessoa jurídica de direito público. No julgamento citado, a Corte estabeleceu que, "em razão da simetria, descabe a condenação em honorários advocatícios da parte requerida em Ação Civil Pública, quando inexistente má-fé, de igual sorte como ocorre com a parte autora, por força da aplicação do artigo 18 da Lei nº 7.347/1985".

Na origem, a Associação Estadual de Amparo ao Consumidor e ao Cidadão e Defesa Contra as Práticas Abusivas ("Aprodec") ingressou com Ação Civil Pública contra a PepsiCo do Brasil, com o objetivo de obrigá-la a incluir determinadas informações na embalagem de um produto.

Em primeira instância, a PepsiCo deixou de ser condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários com fundamento no Acórdão da Corte Especial no EAREsp nº 962.250, decisão que foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ("TJRJ"), o qual consignou não ser aplicável a decisão do STJ às demandas propostas por associações e fundações privadas, de modo a não impedir o acesso à Justiça para a sociedade civil organizada. Ao interpor Recurso Especial, a PepsiCo alegou que, se a associação de natureza privada não pode ser condenada

[2] Vide: STJ. Disponível em: Réu pode ser condenado a pagar custas e honorários em ação civil pública ajuizada por associação privada

ao pagamento de honorários, os advogados que a representam também não poderiam, pelo princípio da simetria, ser beneficiados com a verba sucumbencial.

A empresa sustentou que, na legislação de regência, não há diferenciação quanto à legitimidade entre a associação privada e a associação pública, até mesmo porque, independentemente de sua natureza, a autora deve revestir finalidades institucionais de interesse público.

Além disto, a relatora Ministra Nancy Andrighi, ao manter a decisão do TJRJ, destacou a peculiaridade do caso, visto que, nos processos em que foi aplicado o princípio da simetria pela Terceira ou pela Quarta Turma do STJ, o Ministério Público era o autor da ação.

Ela destacou que o argumento da corte estadual sobre o acesso à Justiça é essencial para a solução da controvérsia, pois tal acesso deve ser garantido não apenas de modo formal, mediante a possibilidade de ingresso em juízo, mas também no plano material. "Não é suficiente a mera possibilidade de propositura de demanda. Torna-se relevante garantir o acesso material à ordem jurídica", declarou a Magistrada, lembrando que um dos problemas do acesso à Justiça é exatamente o elevado custo do processo. A Ministra lembrou ainda que o STJ tem alguns precedentes esparsos no sentido de que o entendimento do EAREsp nº 962.250 não se aplica às Ações Civis Públicas propostas por associações e fundações privadas, pois, do contrário, "barrado estaria, de fato, um dos objetivos mais nobres e festejados da Lei nº 7.347/1985, qual seja, viabilizar e ampliar o acesso à Justiça para a sociedade civil organizada".

Concessionária de rodovia não pode cobrar de autarquia de saneamento pelo uso da faixa de domínio

Fonte: STJ – 05.07.2022[3].

Em julgamento de Incidente de Assunção de Competência ("IAC"), a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça ("STJ") estabeleceu que "é indevida a cobrança promovida por concessionária de rodovia, em face de autarquia prestadora de serviços de saneamento básico, pelo uso da faixa de domínio da via pública concedida". Com esse entendimento, o colegiado negou provimento ao recurso da administradora de uma rodovia para que a autarquia de saneamento tivesse de pagar pelo uso de parte da faixa de domínio, necessária à passagem de rede coletora de esgoto para atender uma universidade, um hospital estadual e uma unidade da Polícia Militar.

O colegiado acompanhou a relatora, Ministra Regina Helena Costa, para quem não seria legítimo o poder concedente delegar a gestão da via a um particular e este cobrar do próprio Poder Público – mesmo que de outra esfera federativa – pelo uso do espaço. Se a rodovia estivesse fora do regime de concessão, ressaltou a Ministra, essa cobrança não seria possível. Em seu voto, a relatora lembrou que o Supremo Tribunal Federal ("STF"), ao julgar o Tema n° 261, com repercussão geral, afastou a possibilidade de cobrança de tributo (taxa) pelo uso da faixa de domínio por concessionária de serviço público, quando a via é administrada pelo Estado.

Para a Magistrada, ainda que o posicionamento do STF tenha sido extraído de hipótese distinta da que estava em análise no STJ, ele se assentou no fundamento de que a utilização da faixa de domínio para viabilizar a consecução

[3] Vide: STJ. Disponível em: Concessionária de rodovia não pode cobrar de autarquia de saneamento pelo uso da faixa de domínio

de serviço público diverso da destinação ordinária do espaço não lhe retira a natureza de bem público de uso comum do povo. Citando outros julgados da Suprema Corte, a Ministra concluiu que, "embora cedido ao particular, o bem público de uso comum do povo, na ótica revelada pelo STF, não se desnatura, permanecendo, pois, afetado à destinação pública, motivo pelo qual se afigura ilegítimo exigir remuneração pela sua utilização, quando voltada a instrumentalizar a execução de serviço público, como ocorre na espécie".

Na jurisprudência do STJ, a Ministra Regina Helena Costa verificou que a Primeira Seção adotou soluções jurídicas diversas conforme as partes presentes nas demandas, mas não chegou a discutir a situação em que uma empresa privada (concessionária da rodovia) exige de autarquia prestadora de serviço público o pagamento pelo uso da faixa de domínio. Segundo a relatora, o STJ considera legítimo que a concessionária da rodovia exija o pagamento de outra concessionária (empresa privada contra empresa privada), desde que a cobrança esteja prevista no contrato de concessão, nos moldes do artigo 11 da Lei nº 8.987/1995.

Por outro lado, nos casos em que a rodovia é administrada por ente federado, de forma centralizada ou descentralizada, e a cobrança se dirige a concessionária de serviço público (Estado contra particular), "é assente a ilegalidade da exigência, seja porque não cabe a fixação de preço público, uma vez que o uso do espaço se reverte em favor da sociedade, seja porque a natureza do valor cobrado não é de taxa, porquanto ausentes a prestação de serviço público ou o exercício do Poder de Polícia".

A Ministra ressaltou que a regra do artigo 11 da Lei nº 8.987/1995 abrange interações entre concessionárias, "sendo inapta para embasar cobrança pelo uso da faixa de domínio quando, sob regime de exploração direta ou indireta, o Estado participe da relação processual, seja na qualidade de gestor da rodovia e autor da cobrança, seja na condição de sujeito passivo, quando lhe é exigido o pagamento pela utilização do espaço por empresa privada administradora da via". Dessa forma, a Ministra afirmou que o dispositivo legal não valida, em desfavor de autarquia prestadora de serviço de saneamento, a exigência de pagamento pelo uso da faixa de domínio, pois tal utilização é necessária à saúde coletiva. "Se da própria previsão

legal não se pode extrair a anuência para a cobrança enfocada, não surtirá efeitos obrigacionais, por conseguinte, eventual cláusula do contrato de concessão que preveja a exigência em face de pessoa jurídica de direito público", concluiu.