Ref.: Boletim Informativo SRA nº 38/2022

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° 38/2022, 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 28.09.2022 e 04.10.2022.

I – PODER JUDICIÁRIO:

Recurso Especial n° 2.013.351/PA

Órgão Julgador: STJ, Segunda Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi.

Tema: Indeferimento da petição inicial. Prequestionamento ficto. Art. 1.025 do CPC/2015. Necessidade de se apontar violação ao art. 1.022 do CPC/2015. Art. 321 do CPC/2015. Emenda à inicial. Imprescindibilidade.

Data de Julgamento: 14.09.2022, Dje 19.09.2022.

Comentários: O indeferimento da petição inicial, quer por força do não-preenchimento dos requisitos exigidos nos arts. 319 e 320 do CPC/2015, quer pela verificação de defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, reclama a concessão de prévia oportunidade de emenda pelo autor, nos termos do art. 321 do CPC/2015.

Recurso Especial n° 1.945.660/SP

Órgão Julgador: STJ, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves.

Tema: Despacho saneador. Matérias preliminares. Questões que se confundem com a pretensão meritória. Postergação do exame. Possibilidade.

Data de Julgamento: 27.09.2022.

Comentários: Não há nulidade no despacho saneador que se limita a postergar o exame das matérias preliminares, quando essas se confundem com a pretensão meritória e há necessidade de prévia instrução probatória.

Agravo Interno nº 1.944.858/DF

Órgão Julgador: STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão.

Tema: Honorários de sucumbência. Base de cálculo. Sucumbência recíproca. Recurso exclusivo da parte autora. Provimento. Alteração do critério de fixação. Majoração da verba honorária devida pela recorrente. Impossibilidade. *Reformatio in pejus.*

Data de Julgamento: 27.09.2022.

Comentários: Os honorários fixados na sucumbência recíproca são independentes entre si, isto é, são obrigações de natureza cindível na qual o recurso de uma parte, ou de seu advogado, não pode prejudicar o recorrente, sob pena de se majorar indevidamente a verba honorária já fixada em favor do patrono da parte contrária, não recorrente, resultando em *reformatio in pejus*.

II – CONTROLE EXTERNO:

Acórdão nº 2036/2022/TCU

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

Tema: Licitação. Documentação. Autenticação. Habilitação de licitante. Diligência. Edital de licitação.

Data de Julgamento: 14.09.2022.

Comentários: É irregular que o edital exija, para habilitação das licitantes, a apresentação de documentos originais, cópias autenticadas ou cópias acompanhadas dos originais. Em caso de dúvida quanto à veracidade das informações apresentadas, o órgão condutor do certame deve promover as diligências necessárias para esclarecer ou complementar a instrução do processo.

Acórdão nº 2042/2022/TCU

Órgão Julgador: Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman.

Tema: Responsabilidade. Contrato administrativo. Consórcio. Débito. Solidariedade. Julgamento de contas. Multa.

Data de Julgamento: 14.09.2022.

Comentários: No caso de dano ao erário provocado por empresas consorciadas, deve o consórcio contratado figurar como responsável solidário pelo débito e ter

suas contas julgadas, mas a multa proporcional ao débito deve ser aplicada individualmente a cada uma das empresas, por não possuir o consórcio personalidade jurídica.

Acórdão nº 2046/2022/TCU

Órgão Julgador: Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo.

Tema: Licitação. Obras e serviços de engenharia. Preço. Referência. Custo direto. Custo indireto. Sicro. Ferrovia.

Data de Julgamento: 14.09.2022.

Comentários: O Sistema de Custos Rodoviários ("Sicro") é referencial de preços adequado para serviços de infraestrutura ferroviária, tanto para custos diretos quanto indiretos, dada a similaridade dos empreendimentos.

Acórdão nº 5.472/2022/TCU

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

Tema: Responsabilidade. Contrato administrativo. Subcontratação. Débito. Quantificação.

Data de Julgamento: 13.09.2022.

Comentários: A subcontratação total do objeto, em que se evidencia a mera colocação de interposto entre a administração pública contratante e a empresa efetivamente executora ("subcontratada"), é irregularidade ensejadora de débito, o qual corresponde à diferença entre os pagamentos recebidos pela empresa contratada e os valores por ela pagos na subcontratação integral.

III – NOTÍCIAS:

Abertura do mercado livre pressiona por novos mecanismos infralegais e regras de segurança

Fonte: Agência iNFRA – 29.09.2022[1].

O dia 28 de setembro entrará para a história do mercado livre de energia elétrica por marcar a maior abertura da história do segmento. Depois de 23 anos da primeira migração, a Portaria n° 50/2022 abre a partir de janeiro de 2024 toda a alta tensão, tornando 106 mil unidades elegíveis de se tornarem consumidores livres. Hoje o mercado livre tem 11 mil consumidores livres em pouco mais de 27 mil unidades consumidoras e responde por cerca de 35% da carga.

A medida pressiona o setor a estabelecer mecanismos infralegais para receber esses novos entrantes sem vácuos regulatórios, poderá impulsionar o avanço da Eletrobras no mercado livre e também enseja reflexões sobre o aperfeiçoamento de regras de segurança do mercado, que movimentará mais consumidores, mais dinheiro e mais empresas negociando energia. E pressiona sobre a eventual abertura para a baixa tensão, que está sendo feita a princípio pelo Projeto de Lei n° 414/2021, de modernização do setor.

Além disso, o governo instituiu que os consumidores com carga menor que 500 kW obrigatoriamente sejam representados por um comercializador varejista perante a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica ("CCEE"). Rui Altieri, presidente do Conselho da CCEE, diz que a decisão do ministério foi positiva e que agora essa categoria precisa se fortalecer para atender a grande demanda que virá.

"A figura do comercializador varejista foi criada para intermediar a negociação, gerenciar os riscos inerentes ao segmento livre e tornar o ambiente mais atrativo para os consumidores de menor porte, que não têm familiaridade com a dinâmica do setor elétrico", disse.

---

[1] Vide: Agência iNFRA. Disponível em: Abertura do mercado livre pressiona por novos mecanismos infralegais e regras de segurança

Alguns pontos da regulação do comercializador varejista e do supridor de última instância terão de ser fortalecidos, segundo especialistas.

Cultura de liminares e insegurança jurídica nas concessões: o exemplo de SP

Fonte: JOTA – 30.09.2022[2].

Neste ano, a capital paulista enfrenta um problema cada vez mais comum: semáforos apagados. Nos quatro primeiros meses do ano, foram registradas 10.523 ocorrências de semáforos quebrados, sendo 7.923 destes apagados ou na luz amarela piscante. Para solucionar a complicação, a Prefeitura de São Paulo buscou aproveitar a expertise de uma parceria público-privada que já era responsável por expandir e manter o sistema de iluminação pública da cidade. A solução foi celebrar um aditivo contratual de R$ 3,8 bilhões com a concessionária Iluminação Paulistana SPE S.A, que também passaria a manter e conservar os semáforos da capital paulista.

Contudo, soluções engenhosas como essa, junto ao portfólio cada vez mais robusto de projetos de parcerias paulistanas, têm sua viabilidade colocada em risco com uma recente liminar concedida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ("TJSP"), que suspende a aplicação de normas municipais de aditivos em contratos de PPP.

Em síntese, a liminar do TJSP, dada em sede de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ataca a lei de diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos do município (Lei nº 17.731/2022), questionando a constitucionalidade do seu artigo 19, que permitia ao Executivo municipal agregar aos contratos de parceria vigentes outros serviços associados.

O argumento para tal foi o de que a disposição teria violado competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação. O fato é que este entendimento acaba por não só prolongar a dor de cabeça dos moradores da

[2] Vide: JOTA. Disponível em: Cultura de liminares e insegurança jurídica nas concessões: o exemplo de SP

cidade, como também — e sobretudo — coloca em xeque a inovação em contratos públicos e o amplo panorama de aproveitamento de sinergias e eficiências que tinha sido aberto pela referida lei.

É notável a inovação do aditivo pretendido, já que ele foi estabelecido de forma consensual entre a prefeitura e o parceiro privado, reforçando que contratos de concessão de longo prazo não podem ser engessados, sendo sua possibilidade de alteração diante de novos desafios absolutamente razoável, garantindo eficiência e celeridade à máquina pública.

Com efeito, o tribunal paulista instaura um cenário de ainda maior insegurança jurídica, desestimulando que administradores busquem a promoção do consensualismo público-privado, com arranjos inovadores e que busquem a readaptação de contratos de longo prazo, em face das novas necessidades dos usuários dos serviços públicos e do próprio poder concedente. A medida retoma a já superada noção de que os contratos públicos são imutáveis, devendo-se, tão somente, cumprir-se o seu texto literal.

Com isso, a suspensão do artigo da referida Lei de Diretrizes Gerais para prorrogação e relicitação dos contratos no município se mostra como grande obstáculo para construção de um ambiente jurídico propositivo e criativo, imobilizando a criação de soluções adequadas para os problemas reais dos cidadãos, induzindo o Legislativo a sempre optar pelo que parece mais seguro, mesmo quando a outra alternativa seja a mais adequada para a realidade da cidade.

A situação se torna ainda mais instável considerando o teor da liminar, que foi fundamentada pelos vagos princípios jurídicos de “prudência” e “interesse público”, sem que houvesse grande esforço explicativo em adotá-los, em claro desacordo com o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”), que veda decisões baseadas em valores jurídicos abstratos, sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Essas consequências diretas geradas no âmbito judicial à administração pública são pontos importantíssimos a serem observados por magistrados, principalmente considerando que seus precedentes podem influenciar a decisão dos administradores públicos.

Esse cenário instaurado, portanto, entra em disrupção direta com o cenário de parcerias do município de São Paulo, que está em uma crescente de novos projetos paradigmáticos. Uma liminar como em questão, sem os debates e ausente a cautela que o tema exige, acaba por irromper com toda lógica das concessões já feitas, gerando um cenário de insegurança jurídica para potenciais novos investimentos.

Portaria cria programa para estimular uso racional de fontes de energia em ferrovias

Fonte: Ministério da Infraestrutura – 30.09.2022[3].

Para estimular o consumo eficiente e racional dos materiais e fontes energéticas usadas na operação da frota ferroviária, o Ministério da Infraestrutura criou o programa Frota Ferroviária Verde. A iniciativa representa um avanço para incrementar a sustentabilidade do material rodante no âmbito das concessões e autorizações ferroviárias federais.

Assinada pelo Ministro da Infraestrutura, Marcelo Sampaio, a portaria que institui a medida foi publicada no Diário Oficial da União no dia 30.09.2022. Com a publicação, o MInfra estabelecerá as diretrizes à Agência Nacional de Transportes Terrestres ("ANTT") para estimular as concessionárias e autorizatárias a seguirem os objetivos do programa.

"Esse é um passo pelo futuro do setor e do país como um todo. É um segmento que vem se desenvolvendo e utilizando cada vez mais tecnologias, produtos e procedimentos capazes de reduzir as emissões de gases de efeito de estufa, o consumo de energia e os recursos naturais utilizados para a construção e manutenção dos ativos, que associados aos mais altos padrões de segurança e de inserção de medidas de adaptação às mudanças do clima, tornam as ferrovias mais seguras e sustentáveis", afirmou o Ministro da Infraestrutura.

[3] Vide: Ministério da Infraestrutura. Disponível em: Portaria cria programa para estimular uso racional de fontes de energia em ferrovias.

Em razão de nova política pública promovida pelo Ministério da Infraestrutura, o trecho rodoviário submetido ao processo de participação e controle social ("PPCS") sofreu alteração em relação ao objeto do Edital nº 4/2021, publicado em setembro de 2021, no qual incluía trecho da rodovia BR-262/MG/ES.

Diante da necessidade de tornar o projeto mais atrativo e atual, foram realizados novos estudos, ocasionando mudanças do trecho anteriormente submetido a leilão (Audiência Pública nº 10/2019). Após intenso debate com o setor, o segmento foi desmembrado e foi considerado, na última audiência pública, somente 304 km de extensão da BR-381/MG.

As premissas e inovações do projeto original foram mantidas, como as diretrizes iniciais dos documentos jurídicos. O objetivo da nova audiência pública foi complementar o projeto original e debater as alterações específicas e pontuais a respeito do trecho definido pela política pública.

Com as mudanças nos investimentos e a otimização dos estudos, a tarifa de pedágio proposta foi reduzida em 12,41%. Com relação às melhorias, foram adicionadas algumas obras no Programa de Exploração da Rodovia ("PER"), e realizados alguns ajustes relacionados às obras de estabilização de taludes do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes ("DNIT"), nas implantações de rotatórias alongadas, mudança de localização da interseção do km 431,94 e ajuste no quantitativo relacionado à iluminação de curvas côncavas.

Ministros do TCU criticam relicitação ao aprovarem reequilíbrio de concessão rodoviária

Fonte: Agência iNFRA – 30.09.2022[4].

Os Ministros do TCU ("Tribunal de Contas da União") uniram-se para criticar o modelo de relicitação de contratos de concessão de infraestrutura, aprovado com a Lei 13.448/2017, dizendo que ele "não funciona" e que "precisará ser revisto".

[4] Vide: Agência iNFRA. Disponível em: Ministros do TCU criticam relicitação ao aprovarem reequilíbrio de concessão rodoviária

As críticas foram feitas durante o processo que aprovou uma proposta de Termo de Ajustamento de Conduta ("TAC") para que seja possível uma empresa pública do governo do Mato Grosso assumir a concessão da BR-163/MT, que é do governo federal.

Conforme adiantou a Agência iNFRA, a MTPar, pública, vai assumir a concessão no lugar da Concessionária Rota do Oeste ("CRO"), ganhando um prazo maior para fazer as obras atrasadas, o que, na prática, é um reequilíbrio do contrato.

A Lei de Relicitação foi criada em 2017 depois que o Congresso Nacional rejeitou a Medida Provisória 800, que buscava dar maior segurança jurídica para os reequilíbrios de contratos de concessão nos casos em que as concessionárias passam por problemas para a execução. Uma das resistências a esse tipo de solução vinha do próprio TCU.

Mais de cinco anos depois de a lei de relicitação ser aprovada, quase uma dezena de projetos de rodovias e aeroportos que entraram com pedido para que suas concessões sejam assumidas por outras empresas e elas possam sair antes do fim do contrato e receber pelos investimentos não amortizados realizados ainda segue sem ser licitada.

Em um ano, Pro Trilhos chega a 89 propostas e investimentos projetados de R$ 258 bilhões

Fonte: Ministério da Infraestrutura – 30.09.2022[5].

Um ano após o Ministério da Infraestrutura elaborar o Marco Legal das Ferrovias e abrir à iniciativa privada a possibilidade de projetar, construir e operar estradas de ferro e terminais ferroviários no Brasil, o número de pedidos de novas linhas férreas chegou a 89. Apresentados por 39 diferentes proponentes, os requerimentos somam 22.442 quilômetros de novos trilhos em todas as regiões do país e têm projeção de investimento estimado na ordem de R$ 258 bilhões – recursos 100% privados.

[5] Vide: Ministério da Infraestrutura. Disponível em: Em um ano, Pro Trilhos chega a 89 propostas e investimentos projetados de R$ 258 bilhões

São vários os pedidos que preveem a extensão de ferrovias já existentes. A projeção é que, em 30 anos, as ferrovias autorizadas elevem a participação do modal no transporte de cargas do país acima dos 40% estimados para o período na última edição do Plano Nacional de Logística ("PNL"). "Estamos endereçando, de forma mais célere, demandas históricas com o regime de outorga por autorização. Temos propostas em 19 unidades da Federação, de Norte a Sul e de Leste a Oeste do Brasil", afirmou o Ministro da Infraestrutura, Marcelo Sampaio.

Do total de pedidos apresentados, 81 foram protocolados no Ministério da Infraestrutura durante a vigência da Medida Provisória 1.065/2021. Os outros oito começaram a tramitar direto na Agência Nacional de Transportes Terrestres ("ANTT"), já sob a regência da Lei 14.273/2022. Em setembro, chegaram os dois requerimentos mais recentes, feitos pela VLI: são mais 200 quilômetros de estrada de ferro em território baiano, ligando Correntina a Arrojolândia e Barreiras a Luís Eduardo Magalhães.

A empresa calcula investir R$ 5 bilhões para desenvolver os novos ramais, que terão conexão com os trechos I e II da Ferrovia de Integração Oeste-Leste ("Fiol") – um dos projetos de novas ferrovias desenvolvidos pelo Ministério da Infraestrutura. A meta da proponente é dar eficiência ao escoamento da carga da região pelo futuro porto de Ilhéus, previsto no projeto da Fiol.

Essas e outras 60 propostas seguem em apreciação pelas áreas técnicas da Agência Nacional de Transporte Terrestre e do Ministério da Infraestrutura. Desde fevereiro, quando a medida provisória que permitiu o início das autorizações ferroviárias perdeu a validade, os projetos são protocolados junto à autarquia, que faz as análises iniciais à luz da Lei 14.273/2022, o Marco Legal Ferroviário.

Ao fim do processo, compete ao MInfra conceder a outorga por autorização ao empreendimento. A partir daí, cabe ao proponente autorizado conduzir as tratativas para tirar o projeto do papel, assumindo todos os riscos do negócio. Assim, é do privado, e não do Estado, as obrigações de obter os licenciamentos junto aos órgãos competentes, desenvolver projetos de engenharia e de viabilidade socioambiental, buscar financiamento e definir as etapas da obra.

Em um mês, MInfra intensifica ações para impulsionar transporte ferroviário pelo país

Fonte: Ministério da Infraestrutura – 03.10.2022[6].

Pelo segundo ano consecutivo, o Ministério da Infraestrutura dedicou o mês de setembro a ações que incentivam a modernização do transporte sobre trilhos no país e a ampliação da malha ferroviária nacional a partir de novos segmentos. Nos últimos 30 dias, durante a edição 2022 do Setembro Ferroviário, o MInfra promoveu série de eventos e iniciativas voltados à transformação do modal, visando ampliar a participação do setor na logística nacional de transportes.

Abrindo o mês, foi publicada em 2 de setembro a Resolução nº 5.987/2022, que estabelece o processo administrativo de requisição pela iniciativa privada de autorização federal para exploração de novas ferrovias, novos pátios ferroviários e demais instalações do modal, como previsto no Marco Legal das Ferrovias. A iniciativa integra o programa federal Pro Trilhos, instituído em setembro de 2021, para ampliar, com investimentos 100% privados, a malha ferroviária nacional.

A resolução prevê que somente serão analisados e outorgados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres ("ANTT") os requerimentos de autorização para exploração de ferrovias que liguem portos brasileiros e fronteiras nacionais, atravessem os limites de estado ou território, componham o Subsistema Ferroviário Federal ("SFF") ou cujos projetos contemplem conexão com outras ferrovias sob jurisdição da União.

"O Ministério da Infraestrutura atua forte desde 2019 para ampliar a participação das ferrovias no transporte de cargas no Brasil. O Setembro Ferroviário mostra nosso empenho, seja por meio de importantes alterações no arcabouço legislativo quanto em ações e investimentos públicos e privados na construção de mais trilhos", afirmou o Ministro da Infraestrutura, Marcelo Sampaio.

---

[6] Vide: Ministério da Infraestrutura. Disponível em: Em um mês, MInfra intensifica ações para impulsionar transporte ferroviário pelo país.