Ref.: Boletim Informativo SRA nº 21/2023

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 21/2023, com as principais decisões do Poder Judiciário e Controle Externo e as mais relevantes notícias inerentes aos temas mencionados no período compreendido entre 22.06.2023 e 28.06.2023.

I – PODER JUDICIÁRIO:

Agravo Interno nos Embargos de Divergência no Agravo em Recurso Especial nº 2.095.061/SP

Órgão Julgador: STJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção

Tema: Embargos de divergência. Acórdão paradigma. Mesmo órgão julgador que proferiu a decisão embargada. Admissibilidade somente quando houver a alteração de mais da metade dos seus membros. Artigo 1.043, § 3º, do Código de Processo Civil.

Data de Julgamento: 30.05.2023, DJe 01.06.2023.

Comentários: A oposição de embargos de divergência fundado em acórdão paradigma do mesmo órgão julgador que proferiu a decisão embargada somente é admitida quando houver a alteração de mais da metade dos seus membros.

Recurso Especial nº 2.045.450/RS

Órgão Julgador: STJ, Rel. Ministro Hernan Benjamin, Segunda Turma

Tema: Contrato verbal. Subcontratação sem autorização. Obrigação de o ente público efetuar o pagamento pelos serviços efetivamente prestados. Vedação ao enriquecimento ilícito.

Data de Julgamento: 20.06.2023.

Comentários: No caso de contrato verbal e sem licitação, o ente público tem o dever de indenizar, desde que provada a existência de subcontratação, a efetiva prestação de serviços, ainda que por terceiros, e que tais serviços se reverteram em benefício da Administração.

Recurso Especial nº 2.066.868/SP

Órgão Julgador: STJ, Rel. Ministro Nancy Andrighi, Terceira Turma

Tema: Tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Procedimento. Prazo para formulação do pedido principal. Inobservância. Medida concedida. Perda da eficácia. Extinção sem exame do mérito.

Data de Julgamento: 20.06.2023.

Comentários: Não atendido o prazo legal de 30 dias para formulação do pedido principal em tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a medida concedida perderá a sua eficácia e o procedimento de tutela antecedente será extinto sem exame do mérito.

II – CONTROLE EXTERNO:

Acórdão nº 4370/2023/TCU

Órgão Julgador: Primeira Câmara, Rel. Ministro Jhonatan de Jesus.

Tema: Licitação. Pregão. Pregoeiro. Julgamento. Proposta de preço. Correção. Erro. Planilha orçamentária. Transparência.

Data de Julgamento: 06.06.2023.

Comentários: Cabe ao pregoeiro indicar de forma clara e objetiva as inconsistências que devem ser corrigidas na planilha de preços apresentada pelo licitante, sem alteração do valor final da proposta, não se limitando a informar apenas os itens, submódulos 2 ou módulos da planilha onde os erros se encontram, sem especificar o que está errado. Essa indicação, desde que realizada de forma indistinta em relação a todos os licitantes, favorece a transparência e viabiliza o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, possibilitando o aproveitamento de propostas mais vantajosas pela Administração.

Acórdão nº 3972/2023/TCU

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

Tema: Responsabilidade. Obras e serviços de engenharia. Fiscalização. Medição. Fiscal. Atestação. Erro grosseiro.

Data de Julgamento: 06.06.2023.

Comentários: A atestação da execução de serviços de engenharia com base apenas em medição realizada pela própria empresa contratada, sem rigorosa e efetiva verificação dos quantitativos realizados, documentada em memória de

cálculo, caracteriza erro grosseiro apto à responsabilização do fiscal do contrato (artigo 28 do Decreto-lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Acórdão nº 3972/2023/TCU

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

Tema: Responsabilidade. Licitação. Homologação. Recurso. Pregão. Princípio da motivação.

Data de Julgamento: 06.06.2023.

Comentários: A autoridade que homologa o pregão deve, sob pena de responsabilização, verificar a existência de fundamentos na manifestação do pregoeiro pelo não provimento de recurso interposto por licitante, especialmente se houve contraposição às razões recursais apresentadas, em observância ao princípio da motivação (artigo 2º da Lei nº 9.784/1999).

III – NOTÍCIAS

Atraso no pagamento das parcelas de precatório autoriza determinação de sequestro de verbas

Fonte: STF – 27.06.2023[1]

Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal ("STF") decidiu que o sequestro de verbas para o pagamento de parcelas não quitadas de precatórios é constitucional. A questão foi objeto do Recurso Extraordinário ("RE") nº 597092, com repercussão geral (Tema nº 231), julgado na sessão virtual encerrada em 23.06.

O sequestro de verbas está previsto no artigo 78, parágrafo 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ("ADCT"), que estabelece um regime especial de pagamento de precatórios incluído na Constituição Federal pela Emenda Constitucional ("EC") nº 30/2000 (artigo 2º). A emenda admitiu a possibilidade de que os precatórios pendentes na data de sua promulgação e os decorrentes de ações iniciais ajuizadas até 31.12.1999 possam ser parcelados em até 10 anos.

Ao verificar atraso no pagamento de um precatório pelo Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça local ("TJRJ") aplicou o regime especial e determinou o parcelamento, sob pena de sequestro. A decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ("STJ").

No RE, o Estado alegava que não havia optado pelo pagamento de precatórios de maneira parcelada, e tanto o parcelamento compulsório quanto o sequestro de verbas seriam inconstitucionais. Em seu voto pelo desprovimento do recurso, o relator, Ministro Edson Fachin, afirmou que "*a não destinação de valores no orçamento para o pagamento de precatórios é uma das causas de sequestro de verbas para o cumprimento da obrigação*". Ele salientou que, "*a*

[1] Vide: STF. Disponível em: Atraso no pagamento das parcelas de precatório autoriza determinação de sequestro de verbas

partir da EC 30/2000, todas as demais modificações da sistemática dos precatórios admitiram essa possibilidade, como, por exemplo, com o artigo 103 do ADCT, incluído pela EC 95/2017". Segundo o ministro, "*a adesão dos entes federativos inadimplentes ao regime especial é obrigatória, e a determinação judicial para o sequestro de verbas é impositiva*".

A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte: "*É constitucional o sequestro de verbas públicas pela autoridade judicial competente nas hipóteses do § 4º do art. 78 do ADCT, cuja normatividade veicula regime especial de pagamento de precatórios de observância obrigatória por parte dos entes federativos inadimplentes na situação descrita pelo caput do dispositivo*".

Informativo traz aplicação da Lei de Improbidade a políticos municipais e termo inicial da prescrição aquisitiva

Fonte: STJ – 28.06.2023[2]

A Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ("STJ") divulgou a edição 779 do Informativo de Jurisprudência. A equipe de publicação destacou dois julgamentos nessa edição.

No primeiro acórdão, a Primeira Turma estabeleceu que os agentes políticos municipais se submetem aos ditames da Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei nº 201/1967. O entendimento foi trazido no Agravo em Recurso Especial nº 2.031.414, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria.

Em outro processo, a Terceira Turma decidiu que o termo inicial da prescrição aquisitiva é o do exercício da posse *ad usucapionem*, não da ciência do titular do imóvel da violação ao seu direito de propriedade, ainda que constatada somente após ação demarcatória, devendo ser afastada a

[2] Vide: STJ. Disponível em: Informativo traz aplicação da Lei de Improbidade a políticos municipais e termo inicial da prescrição aquisitiva

aplicação da teoria da *actio nata* em seu viés subjetivo. A tese está fixada no Recurso Especial nº 1.837.425, de relatoria do Ministro Marco Buzzi.

TCU decide não aplicar sanção de inidoneidade à licitante fraudadora em razão da troca do seu comando societário

Fonte: TCU – 28.06.2023[3]

Na sessão Plenária do dia 21 de junho, o Tribunal de Contas da União ("TCU") apreciou representação autuada com o objetivo de analisar a conduta de agentes públicos e empresas licitantes em irregularidades relacionadas às Concorrências 02/2014 e 01/2015, promovidas pela Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia ("Hemobrás"), destinadas à contratação de serviços de apoio técnico, operacional e gerencial, compreendendo, entre outras, as atividades de gerenciamento e fiscalização de obras da fábrica da estatal, em Goiana – Pernambuco (PE).

Um dos pontos de discussão referiu-se à possibilidade de o TCU sancionar, por fraude à licitação, empresa que passou por alteração do controle acionário, sem que a nova controladora tivesse conhecimento ou participação nas irregularidades. Com efeito, entre as irregularidades apontadas, apurou-se a existência de fraude à licitação, decorrente de combinação de preços, quebra de sigilo das propostas (em desconformidade com o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 8.666/1993) e apresentação de propostas de cobertura para justificar o preço ofertado.

O relator, Ministro Benjamin Zymler, destacou que "*o processo de due diligence (diligência prévia) realizado pela adquirente do controle acionário, apesar de apontar a existência de operação da Polícia Federal acerca das irregularidades em questão, considerou que os seus possíveis desdobramentos eram de baixo risco de responsabilização da empresa licitante, além de não haver informações suficientes (naquele momento) para se aferir a sua*

[3] Vide: STJ. Disponível em: TCU decide não aplicar sanção de inidoneidade à licitante fraudadora em razão da troca do seu comando societário

exposição". A respeito, ponderou que "*o Tribunal deve sopesar a razoável possibilidade de os novos acionistas controladores serem terceiros de boa-fé, a quem o ordenamento jurídico pátrio confere diversas proteções*". Para o relator, cuida-se de dar concretude ao disposto no artigo. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("LINDB"), segundo o qual não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Segundo o ministro Benjamin Zymler, "*não se trata apenas de sopesar os efeitos econômicos da declaração de inidoneidade, mas de examinar qual patrimônio jurídico será efetivamente afetado pela sanção*". Nesse sentido, destacou que a empresa adquirente do controle acionário, a maior empreiteira da China, de controle estatal, adotara as cautelas necessárias para a celebração do negócio e agora poderia ser surpreendida com a declaração de inidoneidade da empresa adquirida, em evidente prejuízo ao princípio da segurança jurídica.

O relator lembrou situações em que alterações societárias foram entabuladas com o objetivo de fraudar a pena de declaração de inidoneidade aplicada pelo Tribunal, ressaltando que a finalidade última da pena prevista no artigo 46 da Lei Orgânica do TCU "*é evitar que o Poder Público continue contratando com empresas controladas por pessoas que não reúnam o requisito moral necessário*". No entanto, no caso em apreciação, sustentou que a situação era totalmente distinta, pois, com a troca de comando da empresa licitante, tal objetivo já fora atingido, mas a sanção de inidoneidade, caso aplicada, repercutiria exclusivamente sobre os novos sócios-controladores, que não participaram das irregularidades.

Por fim, argumentou que o leading case em exame, além de prestigiar a segurança jurídica e os direitos de terceiros de boa-fé, inaugura linha de entendimento que melhor se amolda ao interesse público, já que diversos empreendimentos do setor público estão contratados com a empresa, a exemplo da construção da ponte que atravessa a Baía de Todos os Santos, ligando Salvador a Itaparica, com investimentos previstos de R$ 7,2 bilhões.