

Ref.: Boletim Informativo SRA nº 05/2023

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 05/2023, com as principais decisões dos órgãos de Controle Externo e as mais relevantes notícias inerentes aos temas mencionados no período compreendido entre 16.02.2023 e 28.02.2023.

I – CONTROLE EXTERNO:

Acórdão nº 108/2023/TCU

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

Tema: Direito Processual. Julgamento. Fundamentação. Representante. Parte processual.

Data de Julgamento: 01.02.2023.

Comentários: O relator não precisa se pronunciar sobre elementos adicionais apresentados por representante que não integre a relação processual como parte interessada, podendo, entretanto, acolher tais elementos como contribuições ao deslinde dos fatos, caso pertinentes.

Acórdão nº 111/2023/TCU

Órgão Julgador: Recurso de Revisão, Rel. Min. Benjamin Zymler.

Tema: Responsabilidade. Convênio. Gestor sucessor. Omissão no dever de prestar contas. Ministério Público. Ação judicial. Representação.

Data de Julgamento: 01.02.2023.

Comentários: O ingresso com representação perante o Ministério Público ou a propositura de ação judicial contra o prefeito antecessor, como medidas legais visando ao resguardo do patrimônio público (Súmula TCU 230), não afasta a responsabilidade do prefeito sucessor pela omissão no dever de prestar contas quando constatado que este dispunha de meios necessários para tal.

Acórdão nº 113/2023/TCU

Órgão Julgador: Pedido de Reexame, Rel. Min. Augusto Nardes.

Tema: Responsabilidade. Multa. Dosimetria. Critério.



Data de Julgamento: 01.02.2023.

Comentários: A dosimetria da multa aplicada pelo TCU – respeitados os limites fixados na sua Lei Orgânica e no seu Regimento Interno e observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – deve ser orientada, a cada caso, por critérios como: o nível de gravidade dos ilícitos apurados; a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas; a materialidade envolvida; o grau de culpabilidade dos responsáveis; a isonomia de tratamento com casos análogos.

Acórdão nº 117/2023/TCU

Órgão Julgador: Representação, Rel. Min. Substituto Marcos Bemquerer.

Tema: Gestão Administrativa. Administração federal. Poder de polícia. Prescrição intercorrente. Interrupção. Despacho de expediente

Data de Julgamento: 01.02.2023.

Comentários: No exercício do poder de polícia, despachos de mero expediente não interrompem a contagem do prazo da prescrição intercorrente da pretensão punitiva da Administração. São admitidos como interruptivos os atos efetivamente decisórios, instrutórios e de intimação do responsável (artigos 1º, § 1º, e 2º da Lei 9.873/1999).



II – NOTÍCIAS:

STJ limita permanência de concessionária no trecho Juiz de Fora-Rio de Janeiro da BR-040

Fonte: STJ – 16.02.2023¹.

O Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) deferiu pedido da União para limitar a extensão do contrato de concessão da BR-040, no trecho entre Juiz de Fora (MG)

¹ Vide: STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/16022023-STJ-limita-permanencia-de-concessionaria-no-trecho-Juiz-de-Fora-Rio-de-Janeiro-da-BR-040.aspx>. Acessado em 28.02.2023.

e Rio de Janeiro, até a conclusão da licitação em andamento e a entrega dos serviços à nova concessionária, ou até a decisão final no processo que tramita na Justiça Federal, se ocorrer antes. O fim da concessão da rodovia estava previsto para o dia 15 de fevereiro de 2023, mas, no dia 13, o prazo foi prorrogado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (“TRF1”) até o julgamento definitivo do processo em que a Concer, atual concessionária, discute suposto desequilíbrio econômico-financeiro do contrato – o que não tem data prevista para ocorrer.

Ao atender ao pedido da União, a presidente do STJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, afirmou que a prorrogação do contrato de concessão a título precário e sem prazo definido poderia causar prejuízo à própria prestação do serviço, o que justifica a intervenção do tribunal. *"Vislumbra-se, também, indicativo de lesão à ordem econômica pela prorrogação contínua do contrato de concessão, a gerar insegurança jurídica e, conseqüentemente, possível afastamento de eventuais investidores interessados no procedimento licitatório, reduzindo a confiança do mercado quanto às perspectivas do setor"*, declarou a magistrada.

A Concer, responsável pelo trecho desde 1996, buscou na Justiça o reequilíbrio econômico do contrato de concessão, citando, entre outros motivos, prejuízos que teria sofrido com a realização de obras. No curso da ação, a Justiça deferiu um pedido da concessionária para adiar o fim da concessão de março de 2021 para 15 de fevereiro de 2023, alargando o prazo em razão dos problemas causados pela pandemia da Covid-19. No início deste mês, a Concer fez novo pedido de extensão, deferido pelo TRF1 em caráter liminar. No pedido de suspensão de liminar dirigido ao STJ, a Advocacia-Geral da União (“AGU”) questionou essa última prorrogação, apontando risco à segurança dos usuários devido à baixa qualidade dos serviços prestados pela concessionária – o que, inclusive, motivou a abertura de processo administrativo para a declaração de caducidade da concessão. Para a AGU, seria um erro permitir a continuidade da cobrança de pedágio sem a contrapartida de investimentos por parte da concessionária.

Além disso, a AGU questionou os dados apresentados pela empresa e refutou a tese de necessidade de nova pactuação para reequilíbrio econômico-financeiro, afirmando que o erário é que teve prejuízo. A União pretendia que a liminar do TRF1 fosse cassada, o que implicaria a retomada do trecho da rodovia pelo Governo Federal e a sua colocação sob a administração do Departamento



Nacional de Infraestrutura de Transportes (“DNIT”) até o fim do processo da nova licitação. Como alternativa, pediu, ao menos, que o prazo da extensão fosse reduzido

Ao optar pelo atendimento do pedido subsidiário, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura destacou que, nesse tipo de demanda, é preciso atentar para o princípio da continuidade na prestação do serviço público. De acordo com a magistrada, a suspensão abrupta de uma concessão que perdura por 27 anos poderia comprometer a efetiva continuidade dos serviços prestados na BR-040, com possíveis reflexos na segurança da via. A Presidente do STJ levou em conta um documento do processo, no qual o DNIT informou à Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”) que não tinha condições imediatas para assumir o trecho da BR-040. Além disso, segundo ela, a prorrogação não é surpresa para a União, pois há pelo menos dois anos a Concer vem se valendo do alegado desequilíbrio do contrato para postular a continuidade da concessão, a pretexto de recuperar prejuízos.



Regras de renovação das concessões de distribuição deveriam ter sido estabelecidas em julho de 2022, diz TCU

Fonte: Agência Infra – 23.02.2023².

As diretrizes, regras e regulamentação para a prorrogação das concessões de distribuição de energia, ou uma eventual relicitação das mesmas, deveriam ter sido estabelecidas pelo Governo Federal em julho de 2022. Isso é o que diz o acórdão do Tribunal de Contas da União (“TCU”) de 2015, emitido no contexto do monitoramento das concessões de distribuição prorrogadas com base na Medida Provisória (“MP”) 579, de 2012. O documento poderá ser mais um fator de pressão

² Vide: Agência Infra. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/regras-de-renovacao-das-concessoes-de-distribuicao-deveriam-ter-sido-estabelecidas-em-julho-de-2022-diz-tcu/>. Acessado em 28.02.2023.

para acelerar o debate sobre as outorgas de distribuição de energia elétrica com vencimento nos próximos dez anos.

O Acórdão 2.253/2015, cuja relatoria foi de José Múcio Monteiro, hoje Ministro da Defesa, determina no item 9.5 que o Ministério de Minas e Energia “*deve adotar as providências para definição, com antecedência mínima de três anos do termo final dos contratos de concessões de distribuição*”. O não cumprimento poderia ensejar a aplicação da penalidade de multa prevista no art. 58, inciso IV e § 1º, da Lei 8.443/1992.

O primeiro contrato de distribuição a expirar é o da EDP-ES (antiga Escelsa, privatizada em 1995), em 16 de julho de 2025. Assumindo a existência de comando legal autorizativo (artigo 7º da Lei 12.783/2013, resultante da MP 579/2012), essas condições regulamentares para eventual prorrogação da concessão deveriam ter sido estabelecidas pelo Governo Federal em julho de 2022. A concessionária tem 36 meses para manifestar sua intenção de renovação ou não (o que a EDP já fez) e o poder concedente dispõe de 18 meses para tomar a sua decisão. O Ministério tem até 17 de janeiro de 2024 para dar a resposta à empresa.

O assunto da renovação das concessões tem movimentado as distribuidoras. As diretorias da Light e da Enel estiveram em Brasília na semana passada conversando com o ministro Alexandre Silveira e com a diretoria da Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”). O tema ganhará mais um estopim em breve: em 15 de março, a Enel-RJ será submetida à sua revisão periódica de tarifas, processo que ocorre a cada cinco anos em média. Ele trata do reposicionamento tarifário, compartilhamento de ganhos de eficiência, redimensionamento do mercado, definição dos correspondentes limites dos indicadores de continuidade de Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora (“DEC”) e Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora (“FEC”), para o período de 2024 a 2028. Essa revisão é diferente do reajuste anual.



Terceira Turma admite interposição direta de agravo de instrumento contra ordem de penhora

Fonte: STJ – 24.02.2023³.

Para a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), nada impede a interposição direta do recurso de agravo de instrumento – sem a prévia utilização do procedimento de impugnação previsto no artigo 525, parágrafo 11, do Código de Processo Civil (“CPC”) – contra decisão que determina a penhora de bens na fase de cumprimento de sentença.

O recurso especial analisado pelo colegiado derivou de ação de cobrança de honorários advocatícios sucumbenciais, em fase de cumprimento de sentença. Durante o processo, uma decisão interlocutória deferiu o pedido de penhora, e o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (“TJMS”) deu provimento ao agravo de instrumento do devedor, considerando não haver óbice à interposição do recurso sem a prévia impugnação por simples petição prevista no CPC. No recurso especial apresentado ao STJ, os credores alegaram violação do CPC, argumentando não ser cabível a interposição direta do agravo sem a prévia utilização do procedimento de impugnação, sob pena de supressão de instância.

A relatora, Ministra Nancy Andrighi, afirmou que o parágrafo 11 do artigo 525 do CPC faculta ao executado alegar por simples petição, no prazo de 15 dias, questões relativas a fatos supervenientes ao término do prazo para impugnação ou à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos executivos subsequentes. *"Extrai-se da literalidade do referido dispositivo legal que, ao dispor que as questões nele elencadas 'podem ser arguidas por simples petição', não estabelece um dever ou ônus ao executado – muito menos uma condição de admissibilidade de eventual recurso –, mas sim uma faculdade, que pode ou não ser utilizada pelo devedor na medida do seu interesse"*, observou a Ministra.

3

Vide:

STJ.

Disponível

em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portals/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/24022023-Terceira-Turma-admite-interposicao-direta-de-agravo-de-instrumento-contras-ordem-de-penhora.aspx>. Acessado em 28.02.2023.



Nancy Andrichi acrescentou que a finalidade da norma debatida é garantir uma posição mais favorável ao devedor, na medida em que facilita a veiculação de determinadas teses defensivas na fase de cumprimento de sentença. Para a magistrada, reconhecer o não cabimento do recurso de agravo de instrumento, impondo ao executado o dever de se defender previamente por meio de simples petição, significaria, a rigor, interpretar o dispositivo legal contrariamente à sua própria finalidade – o que não deve ser admitido.

No entender da magistrada, considerar a prévia apresentação de simples petição, na forma prevista pelo CPC, como requisito indispensável à interposição do agravo de instrumento "*significaria, mediante interpretação ampliativa, a criação de requisito de admissibilidade não previsto na lei*", o que, segundo ela, afronta a regra de hermenêutica segundo a qual as exceções devem ser interpretadas restritivamente.

