Ref.: Boletim Informativo SRA nº 28/2022

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 28/2022, 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 13.07.2022 e 19.07.2022.

I – PODER JUDICIÁRIO:

Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.982.986/MG

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

Tema: Tutela cautelar antecedente. Prazo para formulação do pedido principal. Natureza jurídica. Decadencial. Contagem em dias corridos.

Data de Julgamento: 20.06.2022, DJe 22.06.2022.

Comentários: É decadencial o prazo de 30 dias para o ajuizamento de ação principal oriunda de pedido formulado na tutela cautelar antecedente

Recurso Especial nº 1.820.565/PB

Órgão Julgador: STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Og Fernandes.

Tema: Ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal. Extinção da ação sem julgamento do mérito. Impossibilidade. Princípio da unidade do *Parquet*. Remessa dos autos à justiça estadual. Intimação do Ministério Público Estadual.

Data de Julgamento: 07.06.2022.

Comentários: A decretação da ilegitimidade ativa de um dos órgãos do Ministério Público em relação à ação proposta, atraindo o deslocamento da competência para outro Juízo, não resulta na imediata extinção da lide sem julgamento do mérito.

Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança nº 34.477/DF

Órgão Julgador: STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Og Fernandes.

Tema: Invocação de precedente vinculante manifestamente inaplicável. Modulação temporal expressa. Violação dos deveres de cooperação, boa-fé e

lealdade processual. Princípio *candor toward the tribunal* (candura perante a corte). *Duty to disclose adverse authority* (dever de exposição de precedente vinculante adverso). Aplicação de multa (art. 1.021, § 4º, do CPC/2015).

Data de Julgamento: 21.06.2022, DJe 27.06.2022.

Comentários: A invocação de precedente vinculante na hipótese temporal expressamente excluída de sua incidência pelo próprio julgamento controlador configura violação dos deveres de lealdade, de boa-fé e de cooperação processual, ensejando a aplicação da multa do art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.

Recurso Especial nº 1.884.778/RS

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

Tema: Fixação de honorários advocatícios na sentença. Reforma no juízo de segundo grau. Omissão da necessária inversão da verba. Trânsito em julgado. Cobrança de honorários em cumprimento de sentença. Impossibilidade. Necessidade de ajuizamento de ação própria. Art. 85, § 18, do CPC/2015.

Data de Julgamento: 24.05.2022, DJe 27.05.2022.

Comentários: É necessária ação autônoma para definição e cobrança de honorários advocatícios se transitada em julgado decisão omissa quanto à fixação dessa verba, mesmo que se refira à reforma total de sentença com condenação em honorários.

II – CONTROLE EXTERNO:

Acórdão nº 1.483/2022/TCU

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

Tema: Direito Processual. Julgamento de contas. Contas ordinárias. Débito. Inexistência. Multa. Prescrição. Contas irregulares. Contas extraordinárias.

Data de Julgamento: 29.06.2022.

Comentários: Em processo de prestação ou tomada de contas ordinária ou extraordinária, a inexistência de débito e a simultânea prescrição da pretensão punitiva do TCU não impedem o julgamento pela irregularidade das contas.

Acórdão nº 1.484 /2022/TCU

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

Tema: Responsabilidade. Contrato administrativo. Superfaturamento. Contratado. Licitante. Fraude. Declaração de inidoneidade. Conluio.

Data de Julgamento: 29.06.2022.

Comentários: Constatado superfaturamento decorrente da prática de sobrepreço em licitação cujos participantes estiveram reunidos em conluio, apresentando lances de cobertura ou se abstendo de apresentar propostas no certame, o débito deve ser imputado apenas ao licitante vencedor (contratado), enquanto os demais competidores podem ser punidos pelas fraudes ao processo licitatório, na forma de declarações de inidoneidade (art. 46 da Lei 8.443/1992) para participar de licitação na Administração Pública federal ou nos certames promovidos pelos estados, Distrito Federal e municípios a partir da aplicação de recursos federais.

Acórdão nº 1.484 /2022/TCU

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

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

Data de Julgamento: 29.06.2022.

Comentários: No caso de débito imputado solidariamente a empresas consorciadas, não deve o consórcio contratado também figurar como responsável solidário, por não possuir personalidade jurídica, não sendo o caso de julgar suas contas ou de lhe aplicar cominação prevista em lei.

Acórdão nº 1.484 /2022/TCU

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

Tema: Responsabilidade. Débito. Agente privado. Gestor. Sócio. Empregado. Desconsideração da personalidade jurídica.

Data de Julgamento: 29.06.2022.

Comentários: O vínculo contratual entre a entidade privada e o Poder Público não permite a responsabilização dos agentes da empresa contratada (administradores, sócios ou empregados) por prejuízos causados ao erário. Na hipótese de estarem presentes os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica, os sócios e os administradores da empresa contratada podem ser alcançados, mas não os empregados (art. 50 do Código Civil).

Acórdão nº 1.497/2022/TCU

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

Tema: Responsabilidade. Multa. Acumulação. Dosimetria.

Data de Julgamento: 29.06.2022.

Comentários: Nos casos em que há imputação da multa proporcional ao dano causado ao erário, as irregularidades constatadas que não contribuíram para a constituição do dano podem ser consideradas na dosimetria da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, absorvendo a multa do art. 58 e tornando dispensável a aplicação desta de forma autônoma.

Acórdão nº 3.191/2022/TCU

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

Tema: Direito Processual. Citação. Validade. Requisito. Citação por edital. AR.

Data de Julgamento: 28.06.2022.

Comentários: Antes de promover a citação por edital, o TCU, para assegurar a ampla defesa, deve buscar ao máximo outros meios possíveis para localizar e citar o responsável, nos limites da razoabilidade, a exemplo das medidas previstas no art. 6º, inciso II, da Resolução TCU 170/2004, fazendo juntar aos autos documentação ou informação comprobatória dos diferentes meios experimentados que restaram frustrados, como também da impossibilidade em localizá-lo, demonstrando, quando for o caso, que ele está em lugar ignorado, incerto ou inacessível, procedimento que deve ser adotado mesmo quando for lançada pelos Correios a informação "não procurado" no cartão de aviso de recebimento da comunicação processual remetida ao responsável.

III – NOTÍCIAS:

TCU conclui acompanhamento que avaliou desestatização das distribuidoras de energia elétrica da Eletrobras

Fonte: TCU – 13.07.2022[1].

O Tribunal de Contas da União ("TCU") fez o acompanhamento da desestatização das distribuidoras de energia elétrica então controladas pelas Centrais Elétricas Brasileiras ("Eletrobras"). O relator do processo é o Ministro Antonio Anastasia e a unidade técnica que ficou responsável pela fiscalização foi a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica do TCU.

As aludidas distribuidoras de energia elétrica são: Companhia Energética do Piauí S.A. ("Cepisa"), Companhia Energética de Alagoas S.A. ("Ceal"), Companhia de Eletricidade do Acre S.A. ("Eletroacre"), Centras Elétricas de Rondônia S.A. ("Ceron"), Boa Vista Energia S.A. e Amazonas Distribuidora de Energia S.A. ("AmE"). Não houve disputa nos leilões, vez que somente um proponente apresentou proposta para cada uma das distribuidoras.

Foram constatados erros de precificação que resultaram em ajustes promovidos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social ("BNDES") na avaliação da empresa Ceron, com efeito positivo de R$ 39 milhões, ou 2,84% do *equity value* da companhia, com correspondente redução de necessidades de aportes ou assunção de dívidas pela Eletrobras. O acompanhamento identificou ainda a não incorporação à base de remuneração

[1] Vide: TCU. Disponível em: TCU conclui acompanhamento que avaliou desestatização das distribuidoras de energia elétrica da Eletrobras.

das empresas de posições do ativo imobilizado, com possível assunção de dívidas a maior pela Controladora.

De todo modo, o trabalho concluiu que os resultados da desestatização foram vantajosos, pois houve bônus de outorga em favor do Tesouro Nacional, apesar de os dispêndios da desestatização terem superado a venda de ativos. Alguns dos motivos que levaram a essa conclusão foram: (i) a continuidade na prestação de serviços de energia elétrica em localidades isoladas; (ii) a suspensão da contínua desvalorização das distribuidoras; e (iii) a supressão de aportes recorrentes por parte da Eletrobras para manutenção dos serviços de distribuição de energia.

TCE-RJ determina suspensão de três processos licitatórios da Cehab

Fonte: TCE-RJ – 13.07.2022[2].

O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro ("TCE-RJ") deferiu três pedidos de tutela provisória determinando que a Companhia Estadual de Habitação do Rio de Janeiro ("Cehab") suspenda os processos licitatórios para a contratação de empresa para execução de obras de recuperação das áreas comuns e externas de três conjuntos habitacionais. As três decisões monocráticas, emitidas entre 28.06.2022 e 05.07.2022, atendem a representações propostas pela Secretaria-Geral de Controle Externo ("SGE") do Tribunal, que identificou irregularidades nos certames.

O procedimento licitatório nº 40/2022, que tem por objeto a execução das obras de recuperação das áreas comuns e externas dos 28 blocos que compõem o Conjunto Residencial Ferroviários, tem valor total estimado de R$ 14,6 milhões.

[2] Vide: TCE-RJ. Disponível em: TCE-RJ determina suspensão de três processos licitatórios da Cehab.

Neste certame, a SGE apontou 15 irregularidades, entre elas a falta de elementos suficientes no projeto básico para caracterizar adequadamente o objeto, tendo em vista que a ausência dos desenhos prejudica a isonomia das empresas licitantes.

Já o certame nº 043/2022 tem valor total estimado de R$ 25,7 milhões e destina-se à contratação de empresa para realização de obras de recuperação das áreas comuns e externas dos 71 blocos do Conjunto Residencial Polícia Militar, em Olaria. Neste procedimento, foram encontradas 14 irregularidades, entre as quais a ausência da Matriz de Risco e a indisponibilidade de acesso aos documentos referentes à licitação elencados no sistema da Secretaria de Estado de Fazenda.

O terceiro processo licitatório é o de nº 044/2022, cujo objeto é a execução de obras de recuperação das áreas comuns e externas dos 96 blocos do Conjunto Residencial Bandeirantes (Merck), na Taquara, e tem valor total estimado de R$ 29,4 milhões. A SGE também apontou 14 irregularidades neste certame, entre elas a ausência de justificativa para a adoção do regime de execução de empreitada por preço unitário em detrimento da contratação semi-integrada, conforme estabelecido na Lei Federal nº 13.303/2016.

Dessa forma, o Tribunal determinou que o atual diretor-presidente da Cehab seja comunicado em até 15 dias e manifeste-se acerca de todas as irregularidades apontadas.

Filtro de relevância do recurso especial vira realidade com a promulgação da Emenda Constitucional 125

Fonte: STJ – 14.07.2022[3].

Depois de uma década de tramitação, o filtro de relevância para a admissibilidade de recursos especiais no Superior Tribunal de Justiça ("STJ") se tornou realidade em 14.07.2022, com a promulgação, no Congresso Nacional, da Emenda Constitucional 125. De acordo com a emenda, para o recurso especial ser admitido, o recorrente precisará demonstrar a relevância da questão jurídica federal em discussão. O Presidente do STJ, Ministro Humberto Martins, considera que a emenda regata a missão constitucional da Corte.

Para o Ministro Presidente, corrige-se "*uma distorção do sistema, ao permitir que o STJ se concentre em sua missão constitucional de uniformizar a interpretação da legislação federal. O STJ* (...) *exercerá de maneira mais efetiva seu papel constitucional, deixando de atuar como terceira instância revisora de processos que não ultrapassam o interesse subjetivo das partes*".

O Presidente do STJ ainda defende que a aprovação do filtro de admissibilidade beneficia a promoção da cidadania, dando mais eficiência à atuação do tribunal e permitindo que ele se dedique a questões complexas e de grande interesse jurídico e social. Ademais, afirmou que um sistema adequado de geração e aplicação de precedentes assegura mais estabilidade, previsibilidade e confiabilidade às decisões judiciais.

Com as repercussões, o Presidente da República, Jair Bolsonaro, elogiou o trabalho desenvolvido por Humberto Martins em questões de interesse nacional, e

[3] Vide: STJ. Disponível em: Filtro de relevância do recurso especial vira realidade com a promulgação da Emenda Constitucional 125.

declarou que a "*proposta irá desburocratizar o funcionamento do nosso STJ*". O presidente do Congresso Nacional, Senador Rodrigo Pacheco, afirmou que a emenda constitucional é fruto de um incansável trabalho de ministros, de parlamentares e da sociedade ao longo de dez anos, sendo uma saída para o congestionamento de casos no STJ.

Por sua vez, o presidente da Câmara dos Deputados, Arthur Lira, disse que a emenda promulgada dará racionalidade ao trabalho do STJ, preservando o direito e impedindo que recursos sejam usados meramente como forma de protelar um processo. Assim, Humberto Martins agradeceu aos ex-presidentes do tribunal pelo empenho na aprovação da proposta e ao ministro Mauro Campbell Marques pela interlocução com o Legislativo, especialmente nos últimos estágios da tramitação.

Precatórios nas concessões e privatizações

Fonte: JOTA – 15.07.2022[4].

Recentemente, em licitação de grande relevância, levantaram-se dúvidas acerca da possibilidade de utilização de precatório para pagamento de outorga em concessão e para a aquisição de participação acionária da empresa estatal que estava sendo privatizada. Afinal, quais os limites dessa possibilidade e como ela deve funcionar na prática?

Os precatórios possuem duas funções em nosso ordenamento jurídico. A primeira delas é servir como uma sistemática de organização dos pagamentos devidos pelo Estado em função de condenações judiciárias. A segunda função é garantir o respeito à isonomia. Contudo, são conhecidas situações de atrasos bastante significativos no pagamento de precatórios. Por isso, desenvolveu-se um

[4] Vide: JOTA. Disponível em: Precatórios nas concessões e privatizações.

mercado secundário de pessoas interessadas em adiantar o recebimento mediante certo deságio no valor de face dos precatórios.

Nesse contexto, foi editada a Emenda Constitucional 113, de dezembro de 2021. A EC 113 passou a permitir que a própria Administração Pública receba precatórios em pagamento por outorgas em concessões e pela alienação de participações acionárias em empresas estatais em processos de privatização ou desinvestimento. Nessas hipóteses, o que ocorre é uma compensação: em vez de a Administração receber moeda em caixa, fará o abatimento de uma dívida por ela reconhecida.

Em primeiro lugar, a EC 113 textualmente previu que a apresentação de precatório para as finalidades nela previstas é uma faculdade do credor do precatório. Além disso, a EC 113 foi além e estabeleceu que essa possibilidade é autoaplicável à União – ou seja, independe de previsão em lei. Assim, quando está promovendo uma concessão ou alienando uma participação societária em empresa estatal, a Administração Pública deve estar ciente da possibilidade de não ocorrer um imediato ingresso de recursos no seu caixa.

Em segundo lugar, é evidente que, no caso de haver o pagamento por meio da apresentação de um precatório, a Administração Pública terá a liberação dos recursos que originalmente seriam utilizados para o pagamento do credor. Em terceiro lugar, deve-se observar com ressalvas eventuais restrições que se pretenda criar ao recebimento de precatórios em cada caso concreto. Em último lugar, parece que os precatórios deverão ser aceitos pelo seu valor de face. Além de só essa possibilidade fazer sentido lógico, a consideração de qualquer valor diferente disso geraria discussões intermináveis sobre qual o montante justo, com elevados riscos à própria isonomia do processamento da licitação.

Como se vê, a utilização de precatórios para o pagamento de outorgas em concessões e para a aquisição de participações acionárias em processos de privatização ou desinvestimento provoca algumas complexidades. Mas esses complicadores não podem tornar sem efeito as regras da EC 113. Da mesma forma, eventual regulação do tema deverá observar a eficácia da norma constitucional.