Ref.: Boletim Informativo SRA nº 02/2023

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 02/2023, com as principais decisões dos órgãos de Controle Externo e as mais relevantes notícias inerentes aos temas mencionados no período compreendido entre 18.01.2023 e 01.02.2023.

I – CONTROLE EXTERNO:

Acórdão nº 2.717/2022/TCU

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

Tema: Contrato Administrativo. Fiscalização. Exigência. Sistema S. Indicação. Fiscal.

Data de Julgamento: 07.12.2022.

Comentários: A ausência de dispositivo nos regulamentos de licitações e contratos das entidades do Sistema S que estabeleça expressamente a obrigação de fiscalizar os ajustes ou que defina as atribuições do fiscal não exime a responsabilidade dessas entidades de designar fiscais com conhecimento adequado sobre o objeto acordado, os quais devem anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas ao contrato fiscalizado, informando tempestivamente a autoridade competente sempre que observada alguma desconformidade no cumprimento das obrigações avençadas. O regime jurídico administrativo aplicável aos entes do Sistema S, por conta dos recursos públicos que administram, confere a tais entidades o poder-dever de fiscalizar os seus ajustes, que decorre da própria obrigação de licitar.

Acórdão nº 2.728/2022/TCU

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

Tema: Licitação. Sistema S. Pregão. Pregão eletrônico. Concorrência pública. Justificativa. Serviços comuns. Serviços advocatícios.

Data de Julgamento: 07.12.2022.

Comentários: É irregular a utilização, pelas entidades do Sistema S, da modalidade concorrência, em vez do pregão, prioritariamente em sua forma eletrônica, sem a devida justificativa técnica, para a contratação de serviços comuns de advocacia, por contrariar os princípios da competitividade e da economicidade.

Acórdão nº 10.460/2022/TCU

Órgão Julgador: Primeira Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

Tema: Direito Processual. Tomada de contas especial. Intempestividade. Notificação. Princípio da ampla defesa. Prejuízo. Pressuposto processual. Arquivamento. Prescrição.

Data de Julgamento: 06.12.2022.

Comentários: O transcurso de mais de dez anos entre o fato gerador da irregularidade e a notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente representa prejuízo ao pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa e conduz ao arquivamento da tomada de contas especial, sem julgamento de mérito, por ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 212 do Regimento Interno do TCU c/c o art. 6º, inciso II, da IN/TCU 71/2012), ainda que o Tribunal reconheça a não ocorrência da prescrição, nos termos estabelecidos pela Resolução TCU 344/2022.

Acórdão nº 10.461/2022/TCU

Órgão Julgador: Primeira Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

Tema: Responsabilidade. Entidade de direito privado. Empresário individual. Débito. Multa. Princípio do non bis in idem. Execução judicial. CPF. CNPJ.

Data de Julgamento: 06.12.2022.

Comentários: Na hipótese de dano ao erário envolvendo empresa de natureza jurídica individual, apenas o proprietário deve ser responsabilizado pelo débito, apondo-se no acórdão condenatório, contudo, os números do CPF e do CNPJ ao lado do nome do empresário individual, a fim de ampliar a busca pelos bens na fase de execução. A multa também deve ser aplicada apenas ao empresário, visto que a firma individual não possui personalidade diversa e separada de seu titular.

Acórdão nº 8.497/2022/TCU

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

Tema: Responsabilidade. Contrato administrativo. Superfaturamento. Solidariedade. Proposta de preço. Orçamento estimativo.

Data de Julgamento: 06.12.2022.

Comentários: As empresas que oferecem propostas com valores acima dos praticados pelo mercado, tirando proveito de orçamentos superestimados elaborados pelos órgãos públicos contratantes, contribuem para o superfaturamento dos serviços, sujeitando-se à responsabilização solidária pelo dano evidenciado.

Acórdão n° 2.770/2022/TCU

Órgão Julgador: Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

Tema: Direito Processual. Embargos de declaração. Admissibilidade. Matéria de ordem pública. Prescrição. Preclusão. Direito de petição. Revisão de ofício.

Data de Julgamento: 13.12.2022.

Comentários: Nos processos de controle externo, a matéria de ordem pública, a exemplo da prescrição da pretensão punitiva ou ressarcitória, não pode ser rediscutida via embargos de declaração ou mediante provocação da parte por simples petição, tampouco pode ser revista de ofício, diante da incidência da preclusão *pro judicato*.

Acórdão n° /2022/TCU

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

Tema: Competência do TCU. Acesso à informação. Abrangência. Informação sigilosa. Classificação da informação.

Data de Julgamento: 13.12.2022.

Comentários: Não compete ao TCU reclassificar o nível de acesso a informações qualificadas como sigilosas por órgão jurisdicionado, tampouco atuar como instância recursal de pedidos de acesso à informação. Todavia, em caso de ilegalidade na prática do ato de classificação da informação ou de inobservância de procedimento prescrito em lei, pode o Tribunal assinar prazo para anulação do ato (art. 71, inciso IX, da Constituição Federal).

Acórdão n° 8.753/2022/TCU

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

Tema: Licitação. Conselho de fiscalização profissional. Pregão. Pregão eletrônico. Bens comuns. Serviços comuns.

Data de Julgamento: 13.12.2022.

Comentários: Os conselhos de fiscalização profissional devem adotar, como regra, o pregão eletrônico para a contratação de bens e serviços comuns, em obediência ao disposto no art. 1º, §§ 1º e 4º, do Decreto 10.024/2019.

Acórdão nº 8.757/2022/TCU

Órgão Julgador: Segunda Câmara, Rel. Min. Bruno Dantas.

Tema: Responsabilidade. Débito. Prescrição. Interrupção. Despacho de expediente. Inspeção física.

Data de Julgamento: 13.12.2022.

Comentários: A troca de correspondências entre o órgão concedente e o Ministério Público sobre a situação da prestação de contas e a emissão de despachos de encaminhamento visando à realização de inspeção *in loco* e à análise das contas não são marcos interruptivos da prescrição, por serem atos de mero seguimento do curso das apurações (art. 5º, § 3º, da Resolução TCU 344/2022).

II – NOTÍCIAS:

STJ atualiza tabela de custas judiciais a partir de 1º de fevereiro

Fonte: STJ – 20.01.2023[1].

A partir de 1º de fevereiro, passa a vigorar a Instrução Normativa STJ/GP 2/2023, que estabelece os novos valores das custas judiciais nos processos de competência do Superior Tribunal de Justiça ("STJ"). A atualização da tabela segue a regra prevista na Lei 11.636/2007, que institui a correção anual desses valores de acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo ("IPCA").

[1] Vide: STJ. Disponível em: STJ atualiza tabela de custas judiciais a partir de 1º de fevereiro

O novo regulamento não modifica as regras da Resolução STJ/GP 2/2017. As alterações estão restritas à revisão da tabela de custas judiciais e do porte de remessa e retorno dos autos. Os valores constam no anexo do normativo.

O recolhimento das custas judiciais, assim como o do porte de remessa e retorno dos autos, é feito, exclusivamente, pelo sistema de Guia de Recolhimento da União ("GRU Cobrança"), emitida após o preenchimento do formulário eletrônico disponível no site do STJ.

Nas ações originárias (ajuizadas diretamente no STJ), o comprovante do recolhimento e a guia das custas judiciais deverão ser apresentados no ato do protocolo. No caso de processos de competência recursal do STJ, o recolhimento será feito perante o tribunal de origem, e os comprovantes e as guias deverão ser apresentados no ato da interposição do recurso.

TCU aprova concessão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (RN) com condicionantes

Fonte: TCU – 20.01.2023[2]

O Tribunal de Contas da União ("TCU") aprovou, em 18.01.2023, a relicitação da concessão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante ("ASGA"), no Rio Grande do Norte. O aeroporto fica localizado a aproximadamente 30 km do centro de Natal. O contrato de concessão para exploração daquela infraestrutura foi assinado com o consórcio Inframérica em 28 de novembro de 2011, pelo prazo de 28 anos.

Além de ter sido o primeiro aeroporto a ser concedido à iniciativa privada, o ASGA será o primeiro a passar pelo procedimento de relicitação criado pela Lei 13.448/2017. Outros aeroportos, a exemplo do Aeroporto Internacional de Viracopos, localizado na cidade de Campinas (SP), serão relicitados nos moldes do ASGA. O Tribunal aprovou a relicitação, mas determinou à Agência Nacional de Aviação Civil

[2] Vide: TCU. Disponível em: TCU aprova concessão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (RN) com condicionantes

("Anac") que, antes de efetivar o futuro contrato de concessão, encaminhe ao TCU o cálculo da indenização certificado por empresa de auditoria independente.

Antes da publicação do edital de relicitação do aeroporto, a Anac deverá esclarecer a intenção da administração pública relativa a algumas cláusulas do edital. Por exemplo, poderá ser necessário ajuste para que não seja exigido do licitante vencedor, simultaneamente, a garantia da proposta comercial e a garantia de execução contratual. O TCU também recomendou à Anac que, nas próximas relicitações, não publique edital de licitação sem tornar público aos interessados o valor da indenização referente aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados devida à concessionária e aprovado pela Diretoria da Anac.

A Agência deverá, ainda, promover o acompanhamento frequente dos bens considerados reversíveis e de seus valores, para que a indenização devida aos concessionários nos futuros pleitos de relicitação ocorra de forma célere. Para o relator do processo, ministro Aroldo Cedraz, o caso atual "*é paradigmático, porque será o primeiro de uma série de contratos de concessões aeroportuárias, e de outros setores, a aderir à extinção amigável do contrato de parceria com a seleção de novo parceiro privado para operar o empreendimento por novo prazo e novas condições*".

A unidade técnica do TCU responsável pela fiscalização foi a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil.

TCU aprova leilão para concessão de transmissão de energia elétrica

Fonte: TCU – 23.01.2023[3].

O Tribunal de Contas da União ("TCU") aprovou, em 18.01.2023, o Leilão de Transmissão Aneel 2/2022 quanto aos aspectos de legalidade, legitimidade e

[3] Vide: TCU. Disponível em: TCU aprova leilão para concessão de transmissão de energia elétrica

economicidade. A licitação visa à concessão da prestação de serviço público de transmissão de energia elétrica para a construção, operação e manutenção de instalações de transmissão que passarão a integrar a Rede Básica do Sistema Interligado Nacional ("SIN"). As obras são localizadas nos estados de São Paulo, Espírito Santo, Maranhão, Pará, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Acre, e têm investimentos da ordem de R$ 3,3 bilhões.

O certame abrange seis lotes distintos, dos quais quatro dizem respeito a novos empreendimentos. Entre os dois lotes existentes, o Lote 5 diz respeito a um contrato de concessão que se extingue em 31.03.2023, ao passo que o Lote 6 cuida de instalações existentes, relacionadas a serviço já concedido e em operação comercial. O Lote 6 prevê a implantação de novo serviço na Subestação (SE) Centro para atendimento à região metropolitana de São Paulo com troca do nível de tensão. Os ativos seriam transferidos para o vencedor do leilão, responsável pela operação das instalações existentes e pela revitalização a ser realizada.

No entanto, em relação a esse lote, a Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista ("CTEEP") entrou com pedido de cautelar requerendo a suspensão do leilão e a exclusão do Lote 6 do certame. O pedido teve como fundamentos: I) violação ao conjunto de direitos e obrigações decorrentes do contrato de concessão; II) desvio de finalidade na desapropriação da SE Centro para obtenção de modicidade; III) possível encampação travestida de redução contratual sem autorização legislativa específica; e IV) impossibilidade de aferição da vantajosidade da opção pela nova licitação dos ativos da SE Centro.

Na análise do pleito, o TCU considerou que há realmente impedimento do prosseguimento do certame em relação ao Lote 6. Isso porque não há amparo jurídico para a alteração unilateral de redução de escopo da concessão para outorgar a parcela suprimida a terceiro, em nova licitação, sem que tenha havido falha na prestação de serviço e sem que tenha sido provada a existência de interesse público nesse procedimento.

Portanto, sob o ponto de vista formal, o Tribunal considerou que a Aneel atendeu aos requisitos legais para a desestatização de que trata o Leilão Aneel 2/2022, salvo em relação ao Lote 6, que foi retirado do certame. O relator do

processo é o ministro Antonio Anastasia. A unidade técnica do TCU responsável pela fiscalização foi a então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica.

Reajuste das bandeiras tarifárias de energia elétrica não apresenta irregularidades

Fonte: TCU – 31.01.2023[4].

O Tribunal de Contas da União ("TCU") examinou Solicitação do Congresso Nacional ("CN") a respeito de possíveis irregularidades no reajuste nos valores das bandeiras tarifárias autorizado pela Agência Nacional de Energia Elétrica ("Aneel"). As bandeiras tarifárias têm o objetivo de repassar ao consumidor que se utiliza da energia elétrica provinda do Sistema Interligado Nacional ("SIN"), mensalmente e de forma transparente, os custos adicionais decorrentes da necessidade de acionamento de usinas térmicas. Isso ocorre por meio da cobrança de um valor adicional, equalizando a parcela de custos variáveis relativa à aquisição de energia elétrica pelas distribuidoras.

As alegadas irregularidades noticiadas estão relacionadas à Consulta Pública 012/2022, que buscou subsídios para a revisão dos adicionais e das faixas de acionamento para as Bandeiras Tarifárias 2022/2023. A análise do TCU não identificou indícios de irregularidades na apreciação realizada pela Aneel das contribuições apresentadas na Consulta Pública 012/2022. Essa consulta teve, na verdade, significativo grau de transparência ao disponibilizar a integralidade da rotina de cálculo relacionada à parametrização e à determinação dos valores das Bandeiras Tarifárias. Foram, inclusive, incluídos algoritmos da programação e dados de entrada, o que possibilitou uma auditoria pormenorizada e contribuições com maior refinamento.

[4] Vide: TCU. Disponível em: Reajuste das bandeiras tarifárias de energia elétrica não apresenta irregularidades

O Tribunal também constatou que os ajustes dos parâmetros de cálculo não resultaram em impactos expressivos nos valores das Bandeiras Tarifárias, apresentando acréscimos entre 2,12% e 4,98% dos valores inicialmente apresentados. A atualização dos parâmetros de cálculo das Bandeiras Tarifárias é importante para indicar projeções mais precisas, na busca de maior assertividade, que reflitam de forma mais fidedigna a realidade.

Assim, o trabalho concluiu que a Aneel apresentou argumentos legais e técnicos suficientes para acatar ou afastar as propostas apresentadas e não encontrou afronta à norma legal. O relator do processo foi o ministro Benjamin Zymler. A unidade técnica do TCU responsável pela fiscalização foi a então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica.

Governo diz que reassume em fevereiro concessão da BR-040/RJ, sobre a qual ainda tem disputa com concessionária

Fonte: Agência Infra – 01.02.2023[5].

O Ministério dos Transportes prepara a retomada da operação da BR-040/RJ, que está concessionada para a Concer desde 1996. O início da operação pública da via, que é a ligação entre Belo Horizonte (MG) e Rio de Janeiro (RJ), está previsto para 16 de fevereiro porque o governo não conseguiu licitar a tempo uma nova concessão para a rodovia, mesmo com o prazo inicial do contrato já tendo se encerrado há dois anos. A concessão tem uma disputa judicial entre o governo e a concessionária por causa de um aditivo contratual que não foi cumprido pelo governo, referente a uma obra de ampliação da rodovia, a chamada Nova Subida da Serra. Por causa dessa disputa e de outras, a Justiça permitiu que a atual

[5] Vide: TCU. Disponível em: Governo diz que reassume em fevereiro concessão da BR-040/RJ, sobre a qual ainda tem disputa com concessionária

concessionária operasse a rodovia por tempo além do previsto, como forma de buscar um equilíbrio na concessão.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres ("ANTT") informa que não reconhece desequilíbrio no contrato e não trabalha com a opção de manter a concessão com a empresa após o dia 16. Mas a Concer, do grupo Triunfo, está pedindo judicialmente para que se mantenha na concessão, alegando que o desequilíbrio provocado pelo descumprimento contratual persiste, mesmo com o período a mais de contrato. Além dessa disputa, a nova concessão para o trecho esbarra em outro problema. O governo modelou o projeto para que o trecho operado pela Concer seja licitado junto com parte da concessão da BR-040/MGGO-DF, que é operada por outra concessionária, a Via 040, da Invepar. Esse trecho está em processo de devolução amigável, que ainda não teve todos os trâmites concluídos.

Com isso, não há previsão de quando uma nova concessionária assumiria o trecho que vai do Rio de Janeiro a Belo Horizonte (o que inclui a Concer e parte da Via 040). Os estudos de viabilidade foram encaminhados ao Tribunal de Contas da União ("TCU") no início do segundo semestre do ano passado e estão em análise pela secretaria especializada do TCU, após significativas mudanças em relação à modelagem apresentada durante a audiência pública. Essas mudanças já resultaram em protestos oficiais de entidades representativas do setor empresarial do Rio de Janeiro, que reclamam porque as mudanças após a audiência pública alterariam o equilíbrio entre investimentos e receitas nos dois estados, beneficiando, com isso, mais Minas Gerais. Além disso, o valor do pedágio, no novo modelo, poderá ficar mais alto que o atual, na avaliação deles.

Essas entidades estão arregimentando parlamentares para defender que o projeto volte ao modelo que estava ou que seja licitado separadamente, mantendo as duas concessões como hoje, o que tende a fazer com que a análise do processo no TCU acabe se alongando ainda mais, o que é comum nos casos de desacordo com entidades locais.