

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

CARGO 1: PROCURADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

PROVA DISCURSIVA – PARTE I – PARECER

APLICAÇÃO: 25/03/2018

PADRÃO DE RESPOSTA

Serão avaliados os seguintes aspectos.

- Ementa exemplificativa – Serão verificados os aspectos de formatação e adequação da ementa ao conteúdo do parecer. A ementa deve estar na porção direita da folha. Os tópicos essenciais da matéria devem ser apresentados sob a forma de frases curtas e nominais, ou seja, frases sem verbo. A ementa deve reunir, de forma lógica e coordenada, as principais palavras-chave utilizadas na elaboração do parecer.
- Estrutura do parecer, com numeração, análise e conclusão, incluindo o encadeamento lógico do problema; conclusão do parecer, com submissão à autoridade superior, data e assinatura (sem qualquer elemento identificador).

A resposta do candidato deve ser compatível com o exemplo apresentado a seguir.

EMENTA: REAJUSTE CONTRATUAL DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. POLÍTICA TARIFÁRIA DO SETOR ENERGÉTICO. CONCESSÃO DO REAJUSTE. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TOMADORA DO SERVIÇO. CARÁTER ESSENCIAL E CONTÍNUO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA.

I – RELATÓRIO

Dispensado

II – ANÁLISE

2.1 Dos reajustes nos contratos de fornecimento de energia elétrica

Alguns serviços necessários à consecução da atividade estatal estão sujeitos a regras específicas típicas do mercado e de condições padronizadas de fornecimento e distribuição, como é o caso da energia elétrica. Assim, as características da sua concessão à entidade privada, que assume a prestação do serviço, deslocam a administração pública ao exercício de um duplo papel: o de ente regulador, que deve estabelecer as condições gerais e a política tarifária da prestação do serviço, de um lado, e o de usuária do mesmo serviço, de outro lado.

Nas prestações de serviços públicos em que a administração pública é tomadora da prestação, como é o caso da hipótese analisada, por se tratar de contrato de adesão, as regras são prevalentemente privadas, ou seja, o poder público permanece em pé de igualdade com os demais usuários do serviço público concedido, conforme expressamente dispõe o inciso II do § 3.º do art. 62 da mencionada lei.

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

§ 3.º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

(...)

II – aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

Conforme destaca Marçal Justen Filho, o contrato de direito privado da administração pública com um particular sujeita-se à disciplina do direito privado. Em regra, tais contratos não possuem previsão de término e são caracterizados, também, pela essencialidade dos serviços prestados e pela dependência do consumidor. Logo, aplica-se o regime de direito público somente de modo acessório, limitado e subsidiário, ainda que a sua avença dependa, usualmente, de licitação (Marçal Justen Filho. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: RT, 2014, p. 992). Assim, cabe à administração simplesmente aderir ao contrato padrão da concessionária do serviço público, uma vez que não cabe ao contratante alterar qualquer de suas cláusulas – as técnicas de contratação estandardizadas são típicas dos contratos de adesão (Enzo Roppo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 311).

2.2 A natureza jurídica do pagamento realizado pela administração pública pelo serviço contratado

Como o objeto dessa espécie de contratação recai sobre os serviços essenciais, em regra os fornecedores possuem o controle das cláusulas e obrigações contratuais, motivo pelo qual o consumidor fica sujeito às condições do fornecedor, utilizando por tempo indeterminado seus serviços. No caso da energia elétrica, o serviço é regulado pelo regime de concessões previsto na Lei n.º 8.987/1995, que dispôs o seguinte:

Art. 9.º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 1.º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.

§ 2.º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3.º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4.º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Como se sabe, a tarifa corresponde a espécie de preço público que se refere a uma obrigação contratual. Dada a sua ligação com a realização do serviço público, ela se circunscreve nos limites da lei (Fernando Vernalha Guimarães. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 181). Para além da disciplina legal da tarifa (a ser produzida pelo ente titular do serviço público), ela receberá regulamentação da administração pública, completando-se, assim, a carga de regulação que pesa sobre ela e reduzindo-se a esfera de liberdade negocial e contratual entre usuário e prestador e entre prestador e poder concedente.

2.3 Da pertinência do pedido de reajuste formulado

A Lei n.º 8.666/1993 estabelece como cláusula obrigatória dos contratos administrativos a disposição sobre o reajuste (arts. 40, XI, e 55, III), considerando a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços nunca inferior a um ano. Como afirma Celso Antonio Bandeira de Mello (**Curso de direito administrativo**, 12.ª ed., Malheiros, p. 571), por meio da cláusula de reajuste, o particular e o poder público adotam no próprio contrato o pressuposto *rebus sic stantibus* quanto aos valores dos preços em função de alterações subsequentes. Trata-se de mecanismo que reduz os riscos derivados das eventuais ou frequentes variações dos preços de mercado. Assim, resguarda-se a equação econômico-financeira do contrato.

Contudo, situação diversa ocorre quando se trata de valores de tarifas de serviços públicos, que, a despeito de terem natureza contratual, sujeitam-se à regulação estatal, conforme o que dispõe o art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal de 1988 e o art. 9.º da Lei n.º 8.987/1995, que tratam da política tarifária das concessões de serviços públicos.

Assim, estando o pedido de reajuste da contratada amparado na ocorrência de alteração tarifária autorizada pela entidade reguladora do serviço de fornecimento de energia elétrica, não se afigura viável a negativa do reajuste pretendido pela empresa requerente. Dessa forma, legal é a alteração de valores das tarifas de serviços públicos em período inferior a um ano, por se tratar de contrato em que a administração pública é tomadora.

2.4 Da impossibilidade do corte no fornecimento de energia elétrica

No que concerne ao aviso de corte em função do inadimplemento da administração pública, há de se observar que o serviço ora tratado é essencial e orientado pelo princípio da continuidade do serviço público. Logo, é inviável o corte, ainda mais se tratando de unidades hospitalares mantidas pelo governo estadual.

A respeito desse tema é pacífica a jurisprudência do STJ, que garante o poder público estadual contra a iniciativa de interrupção do serviço na forma indicada na notificação:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. INTERESSE DA COLETIVIDADE. PRESERVAÇÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS.

1. Imperiosa a demonstração de maneira clara e expressa das questões sobre as quais o Tribunal de origem teria se mantido silente, sob pena de inadmissibilidade do apelo nobre por afronta ao art. 535, inc. II, do CPC, a teor do que dispõe a Súmula n.º 284/STF.

2. As matérias referentes aos dispositivos tidos por contrariados não foram objeto de análise pelo Tribunal de origem. Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado, a teor do que preceituam as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente transcritas.

3. “A suspensão do serviço de energia elétrica, por empresa concessionária, em razão de inadimplemento de unidades públicas essenciais — hospitais; pronto-socorros; escolas; creches; fontes de abastecimento d'água e iluminação pública; e serviços de segurança pública —, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, despreza o interesse da coletividade” (REsp 845.982/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24/6/2009, DJe 3/8/2009).

4. Agravo regimental a que se nega provimento

(AgRg no AREsp 543404/RJ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0164987-6, Ministro OG Fernandes, DJe 27/2/2015.)

Além disso, verifica-se que o atraso se deu apenas pelo período em que a administração pública avaliava o pedido de concessão do reajuste na forma requerida pela empresa prestadora do serviço.

III – CONCLUSÃO

3.1 Por todo o exposto, considerando os elementos característicos do tipo de serviço prestado, a posição da administração como tomadora dos serviços, além da natureza do contrato em tela e do tipo de pagamento estabelecido na política tarifária regulada na concessão do serviço de energia, conclui-se pela legalidade da alteração contratual correspondente ao valor a ser pago pela administração.

3.2 Ademais, alerta-se para a ilegitimidade de eventual corte do serviço constante do aviso enviado pela contratada, em virtude do princípio da continuidade do serviço público e do caráter de essencialidade do fornecimento da energia elétrica, conforme amplamente reconhecido pelo STJ.

Submeto o parecer à aprovação (ou expressão similar, p. ex.: “à consideração superior”).

Local, data

Procurador estadual

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

CARGO 1: PROCURADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

PROVA DISCURSIVA – PARTE II – PEÇA PROCESSUAL

APLICAÇÃO: 25/03/2018

PADRÃO DE RESPOSTA

1 Contestação. Arts. 335 e 336 do CPC.

Deverá o candidato elaborar contestação, apontando como fundamento o art. 335 do CPC (Lei n.º 13.105/2015), dirigindo-a ao juízo da XX Vara de Fazenda Pública e indicando, de forma genérica, a qualificação das partes.

Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

(...)

Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

2 Descabimento da gratuidade de justiça. Art. 337, XIII, do CPC.

Deverá o candidato, na mesma peça, com fulcro no art. 337, XIII, do CPC, impugnar o pedido de gratuidade de justiça. Embora a Lei n.º 1.060/1950 determine que tal impugnação será feita em autos apartados (art. 4.º, § 2.º), a regra foi modificada pelo CPC, que admite, depois de deferido o pedido, a impugnação pela parte contrária, que deverá fazê-lo na própria contestação. O fundamento é no sentido de que, ainda que a pessoa jurídica tenha direito à gratuidade da justiça (art. 98), deve ser comprovado de forma efetiva que a autora não possui recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, não bastando a mera alegação, posto que a presunção de veracidade da declaração de insuficiência de recursos se dará apenas em relação às pessoas físicas, nos termos do § 3.º do art. 99 do CPC.

3 Descabimento da tutela da evidência. Art. 311 do CPC.

Deverá o candidato apontar que não é cabível o deferimento da tutela da evidência, já que não estão configuradas as hipóteses previstas no art. 311 do CPC, principalmente porque o autor não instruiu a inicial com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do seu direito (inciso IV). Deve apontar, ainda, que o mérito da defesa está amparado na lei, que a negativa administrativa não teve propósito protelatório e que o direito da parte autora não é cristalino, o que afasta a caracterização de abuso do direito de defesa (inciso I).

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

4 Ausência de provas. Art. 319, VI, do CPC. Descabimento prova pericial. Art. 156 do CPC.

Deverá o candidato apontar que a parte autora não se desincumbiu do ônus probatório, conforme estabelece o art. 319, VI, do CPC. Além disso, não há lugar para o deferimento da prova pericial, uma vez que não está presente a necessidade de conhecimentos técnicos ou científicos, próprios de determinada área do saber (art. 156, CPC), para a demonstração de desequilíbrio econômico-financeiro, posto que se trata de fatos.

Art. 319. A petição inicial indicará:

VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.

Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

5 Ausência do direito. Omissão do contrato. Álea econômica não demonstrada. Art. 55, III, c/c art. 65, II, d, da Lei n.º 8.666/1993.

Deverá o candidato alegar, no mérito, o seguinte.

a) O reajuste do contrato administrativo é autorizado por lei, mas depende de convenção entre as partes, nos termos do art. 55, III, da Lei n.º 8.666/1993, de forma que, não havendo previsão expressa, inviabilizado será o reajustamento.

Lei n.º 8.666/1993

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

III – o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

b) A revisão ou manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é instituto cuja finalidade precípua é a de recompor os preços em razão de fatos extraordinários ou imprevisíveis que acarretem aumento considerável dos custos de execução do contrato, conforme a alínea *d* do inciso II do art. 65 da Lei n.º 8.666/93, ou seja, a revisão depende de acordo entre as partes e visa manter o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, alterado em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis.

Lei n.º 8.666/1993

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II – por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

c) Dessa forma, não há amparo legal para a obtenção de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pelo simples decurso de tempo — ainda mais por ser a inflação previsível —, sem a demonstração de qualquer álea econômica extraordinária e extracontratual.

Na doutrina, quanto à revisão contratual visando ao equilíbrio econômico-financeiro, ensina o professor Marçal Justen Filho o seguinte.

O restabelecimento da equação econômico-financeira depende da concretização de um evento posterior à formulação da proposta, identificável como causa do agravamento da posição do particular. Não basta a simples insuficiência da remuneração. Não caracteriza rompimento do equilíbrio econômico-financeiro quando a proposta do particular era inexequível. A tutela à equação econômico-financeira não visa a que o particular formule proposta exageradamente baixa e, após vitorioso, pleiteie elevação da remuneração. Exige-se, ademais, que a elevação dos encargos não derive de conduta culposa imputável ao particular. Se os encargos tornaram-se mais elevados porque o particular atuou mal, não fará jus à alteração de sua remuneração. Caracteriza-se uma modalidade de atuação culposa quando o evento causador da maior onerosidade era previsível e o particular não o previu. Tal como ocorre nas hipóteses de força maior, a ausência de previsão do evento previsível prejudica o particular. Cabia-lhe o dever de formular sua proposta tomando em consideração todas as circunstâncias previsíveis. Rigorosamente, nessa situação inexistente rompimento do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. Se a ocorrência era previsível, estava já abrangida no conceito de “encargos”.

6 Pedidos

Deverá o candidato requerer ao juízo

- a) a reconsideração da decisão que deferiu a gratuidade de justiça, para indeferi-la;
- b) o indeferimento do pedido de tutela de evidência;
- c) o indeferimento do pedido de produção de prova pericial;
- d) o julgamento antecipado do mérito, para julgar improcedente o pedido, com resolução do mérito, nos termos do art. 355, I, c/c art. 487, I, do CPC.

Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I – não houver necessidade de produção de outras provas;

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I – acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;