Ref.: Boletim Informativo SRA nº 22/2023

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 22/2023, com as principais decisões do Controle Externo e as mais relevantes notícias inerentes aos temas mencionados no período compreendido entre 29.06.2023 e 05.07.2023.

I – CONTROLE EXTERNO:

Acórdão nº 1206/2023/TCU

Órgão Julgador: Plenário, Rel. Ministro Vital do Rêgo.

Tema: Responsabilidade. Débito. Prescrição. Multa. Interrupção. Acórdão. Anulação.

Data de Julgamento: 14.06.2023.

Comentários: Acórdão anulado não constitui marco interruptivo de prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória do Tribunal de Contas da União ("TCU"), pois ato nulo não produz efeitos jurídicos.

Acórdão nº 1217/2023/TCU

Órgão Julgador: Plenário, Rel. Ministro Benjamin Zymler.

Tema: Licitação. Proposta. Desclassificação. Erro formal. Diligência.

Data de Julgamento: 14.06.2023.

Comentários: É irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erros formais ou vícios sanáveis por meio de diligência, em face dos princípios do formalismo moderado e da supremacia do interesse público, que permeiam os processos licitatórios.

Acórdão n° 4225/2023/TCU

Órgão Julgador: Segunda Câmara, Rel. Ministro-Substituto Marcos Bemquerer.

Tema: Responsabilidade. Multa. Litigância de má-fé. Código de Processo Civil**.** Dever de lealdade. Falsidade.

Data de Julgamento: 13.06.2023.

Comentários: A alteração da verdade dos fatos para induzir o TCU a erro configura litigância de má-fé, passível de multa com fundamento no artigo 58, inciso II, da Lei n° 8.443/1992 c/c os artigos 80, inciso II, e 81 da Lei n° 13.105/2015 (Código de Processo Civil), aplicada subsidiariamente no Tribunal (art. 298 do Regimento Interno do TCU).

II – NOTÍCIAS

Impacto dos eventos climáticos severos em contratos de infraestrutura – estratégias para enfrentamento de riscos ordinários e extraordinários

Fonte: TCU – 04.07.2023[1]

Os fenômenos naturais severos provocados pelas mudanças climáticas têm impactado significativamente toda sociedade, e em especial o setor de infraestrutura e construção. Para além dos eventos ordinários, relativos aos fenômenos climáticos que podem ser previstos com base em históricos e estatísticas fornecidas por órgãos e entidades renomadas, atualmente, estamos lidando também com eventos climáticos extraordinários, que se referem fenômenos da natureza severos e inéditos, difíceis de serem mensurados e previstos. Eles têm ocorrido com mais frequência e desfiado as melhores práticas de mapeamento e transferência de riscos.

Considerando que fenômenos naturais poderão se repetir, surge a necessidade de revisitar os fundamentos na elaboração de estudos e projetos de infraestrutura e de engenharia, reforçando a proteção para enfrentamento não somente dos fenômenos ordinários, quanto desenvolver novas ferramentas para garantir a resiliência e a sustentabilidade, frente aos eventos climáticos extraordinários.

Primeiro passo: consolidar o gerenciamento eficiente de eventos climáticos ordinários. Essa tarefa é relativamente mais fácil, uma vez que os contratos de execução de obras de engenharia, concessões e Parcerias Público-Privadas ("PPPs") já possuem mecanismos de alocação de riscos, incluindo fenômenos climáticos, também conhecidos como "caso fortuito e/ou de força

[1] Vide: Agência Infra. Disponível em: Impacto dos eventos climáticos severos em contratos de infraestrutura – estratégias para enfrentamento de riscos ordinários e extraordinários

maior", que estabelecem, em linhas gerais, que o contratado/concessionário, somente terá direito ao reequilíbrio do contrato, na hipótese de eventos não seguráveis por seguradoras estabelecidas no Brasil, ao tempo da ocorrência destes eventos.

Recentemente a "Marsh McLennan" publicou um estudo sobre riscos de inundação ao redor do mundo, sinalizando que, nas próximas décadas, algumas áreas do litoral brasileiro poderão ficar submersas. Na hipótese deste fenômeno se materializar e provocar prejuízos ao concessionário de uma rodovia, se anteriormente fosse possível a contratação de apólices de seguros para proteger este tipo de evento e o concessionário optou em não contratar, não poderá pleitear reequilíbrio do contrato de concessão, com a transferência do prejuízo causado aos bens que integram a concessão e ao poder concedente.

Para evitar disputas contratuais, recomenda-se o aprimoramento das cláusulas e dispositivos previstos em projetos de infraestrutura, transferindo ao concessionário somente as consequências econômicas, financeiras, sociais e ambientais da materialização dos riscos ordinários, transferindo ao poder concedente as consequências dos riscos extraordinários, desde que não possam ter sido objeto de contratação de seguros no Brasil ao tempo de sua ocorrência.

Mesmo seguindo diversas as premissas, a incidência de fenômenos climáticos extraordinários poderá desestabilizar completamente a estrutura dos contratos e andamento dos projetos de infraestrutura. Afinal, como definir uma cobertura de seguros adequada a proteção dos bens que integram uma concessão, bem como a transferência de riscos eficiente em um cenário tão imprevisível?

O primeiro passo é considerar nos projetos de infraestrutura que os fenômenos climáticos extraordinários podem ser objeto de reequilíbrio dos contratos, mesmo na hipótese de existência de seguros para estes eventos no Brasil, ao tempo de sua ocorrência, haja visto que quando da definição do montante a ser coberto pelas apólices de seguros, não havia histórico anterior que permitisse as partes envolvidas a estimativa adequada do cenário de perdas catastróficas.

Como regra geral, o contratado/concessionário deveria assumir somente as consequências econômicas, financeiras, ambientais e sociais decorrentes da incidência dos riscos ordinários, sendo que os riscos extraordinários deveriam ser assumidos pelo contratante/concedente, ou até mesmo, em casos específicos, compartilhados entre ambos. O ideal é estruturar os mecanismos de transferência de risco de forma equilibrada, pois não adianta atribuir uma responsabilidade a parte que não terá capacidade de suportá-la. Assim ao considerar que o contratado/concessionário possa assumir os fenômenos climáticos extraordinários, pode inviabilizar totalmente o projeto de infraestrutura, por alguns motivos: (i) Não há histórico anterior que permita a precificação adequada dos contratos de seguros; (ii) Estimar a perda máxima possível e/dano máximo provável decorrente de um fenômeno climático extraordinário; e (iii) Os mercados seguradores e resseguradores possuem limitações para assumir riscos em seus contratos.

Tribunal realiza reunião de aproximação com Ministério dos Transportes

Fonte: TCU – 05.07.2023[2]

O presidente do Tribunal de Contas da União ("TCU"), Ministro Bruno Dantas, se reuniu nesta terça-feira, 04.07.2023, com o Ministro dos Transportes, Renan Filho, e membros da equipe ministerial. O encontro, realizado em Brasília ("DF"), teve como objetivo debater ações para fortalecer a capacidade de governança e aprimorar as políticas públicas de infraestrutura no desenvolvimento social e econômico.

Os principais trabalhos do Tribunal relacionados ao setor de transportes foram destaque no encontro. Entre eles, o presidente enfatizou a auditoria operacional realizada em 2021 no Plano Nacional de Logística 2035 ("PNL 2035"). A fiscalização identificou oportunidades de melhorias no plano, mas apontou que a metodologia utilizada na formulação traz diversos avanços e inovações tecnológicas. O TCU continua acompanhando as etapas do PNL 2035 e realizou, em junho deste ano, um painel de referência para discutir o planejamento da

[2] Vide: TCU. Disponível em: Tribunal realiza reunião de aproximação com Ministério dos Transportes

auditoria. O evento teve a participação de gestores, especialistas e representantes da sociedade civil.

A adoção de mecanismos consensuais também foi enfatizada durante a reunião, com destaque para a criação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos ("SecexConsenso").

Atualmente, a unidade está com nove processos de solicitação de solução consensual, todos da área de infraestrutura, sendo dois sobre aeroportos e dois sobre ferrovias, do qual o Ministério dos Transportes participa das comissões.

O Ministro dos Transportes avaliou a importância da atuação da SecexConsenso. "*O trabalho dessa secretaria deve possibilitar o reequilíbrio dos contratos de concessões e garantir mais investimentos para o país em curto prazo*", disse.

Mudar WACC das concessões ferroviárias será desafio, diz secretário-executivo dos transportes

Fonte: Agência iNFRA – 05.07.2023[3]

A mudança nas regras de avaliação dos ativos ferroviários que serão concedidos ou renovados no futuro será um desafio para criar propostas viáveis e competitivas. A afirmação é do secretário-executivo do Ministério dos Transportes, George Santoro, que esteve no Grupo de Trabalho ("GT") criado na pasta para rever os critérios usados até agora para o setor. Segundo ele, a constatação de que as renovações e concessões realizadas nos últimos anos estavam fazendo uma precificação de ativos desvantajosa é um fato, constatado pelo Tribunal de Contas da União ("TCU"), que determinou uma revisão nessa política. Mas as futuras concessões e renovações, a maioria delas com situação econômica mais difícil do que as das já realizadas, terão que ser feitas com novos parâmetros, mais rigorosos, e enfrentar a concorrência das que já foram renovadas em parâmetros favoráveis.

[3] Vide: Agência iNFRA. Disponível em: Mudar WACC das concessões ferroviárias será desafio, diz secretário-executivo dos transportes

As reuniões do grupo de trabalho terminaram na semana passada e as propostas estão agora em discussões com o ministro da pasta, Renan Filho, e a área jurídica. A indicação é que o GT vai apoiar a política que a Agência Nacional de Transportes Terrestre ("ANTT) já vinha implementando de revisar o WACC regulatório das concessões ferroviárias.

O Custo Médio Ponderado de Capital ("*Weighted Average Cost of Capital - WACC*") vigente, na casa dos 11% ao ano, está com seu período de três anos de vigência encerrando-se no meio deste ano e teria que ser revisto. A ideia da ANTT é adaptar para ferrovia um modelo que já está em funcionamento no setor de rodovias, que utiliza quatro bandas de risco para estimar o WACC regulatório de um projeto. No governo passado, foram renovados os contratos da Rumo Malha Paulista, Estrada de Ferro Carajás ("EFC"), Estrada de Ferro Vitória a Minas ("EFVM") e MRS Malha Sudeste, que estão entre as ferrovias mais rentáveis do país.

Ficaram sem renovação a Ferrovia Centro-Atlântica ("FCA"), a Rumo Malha Sul, Ferrovia Tereza Cristina e a Transnordestina, que passa por um processo de remodelagem dos contratos da concessão antiga e da nova. Todas as ferrovias em regiões de economia mais frágil e com mais passivos econômicos e regulatórios. Segundo ele, o novo modelo a ser apresentado após as conclusões do grupo de trabalho vai impactar nesses projetos, especialmente o da FCA, que é o que está mais avançado para ser levado a nova audiência pública, prometida para este semestre.

O secretário-executivo afirmou ainda que a pasta está estruturando um grande modelo de PMI (Procedimento de Manifestação de Interesse) para passar ao setor privado, via chamamento público, trechos ferroviários devolvidos por concessionárias. Segundo ele, a consultoria ferroviária Sysfer fez um levantamento detalhado de trechos abandonados ou subutilizados de ferrovias nacionais, inclusive com informações georreferenciadas. Como são muitos trechos, segundo ele, não faz sentido o governo propor projetos para cada um deles.

A ideia então é abrir os dados e convocar interessados a apresentar Índices de Gerentes de Compras ("*Purchasing Manager's Index* – PMIs") para fazer a

operação de trechos específicos. Esses PMIs serão avaliados e, posteriormente, podem virar chamamentos públicos. Pela nova lei do setor, o governo poderá repassar trechos nos quais não tem interesse para operadores privados operarem, via chamamento, em regime privado.