Ref.: Boletim Informativo SRA nº 37/2022

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 37/2022, 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 21.09.2022 e 27.09.2022.

I – PODER JUDICIÁRIO:

Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.761.417/RS

Órgão Julgador: STJ, Primeira Turma, Rel. Min. Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região).

Tema: Ato administrativo. Revisão. Prazo decadencial quinquenal previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999. Termo *a quo*. Ato não submetido a controle de legalidade de Tribunal de Contas. Data da edição do ato pela Administração.

Data de Julgamento: 20.06.2022, Dje 23.06.2022.

Comentários: Nas hipóteses em que não haja exercício do controle de legalidade por Tribunal de Contas, o prazo decadencial quinquenal previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999 transcorre a partir da edição do ato pela Administração.

II – CONTROLE EXTERNO:

Acórdão nº 5.235/2022/TCU

Órgão Julgador: Primeira Câmara, Rel. Min. Jorge Oliveira.

Tema: Responsabilidade. Convênio. Débito. Excludente de culpabilidade. Gestor. Experiência. Capacitação.

Data de Julgamento: 06.09.2022.

Comentários: A inaptidão ou a falta de experiência do gestor do convênio não afasta a sua responsabilidade por irregularidades verificadas na execução do ajuste, uma vez que incumbe àqueles que recebem recursos públicos provar a sua boa e regular aplicação.

Acórdão n° 4.963 /2022/TCU

Órgão Julgador: Segunda Câmara, Rel. Min. Jorge Oliveira.

Tema: Direito Processual. Citação. Validade. Endereço. Receita Federal do Brasil.

Data de Julgamento: 06.09.2022.

Comentários: No processo de controle externo, não há a obrigatoriedade de citação pessoal do responsável, mas apenas de entrega do ofício citatório no endereço do destinatário obtido em fonte de dados oficial, a exemplo da base da Receita Federal.

Acórdão n° 5.040/2022/TCU

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

Tema: Direito Processual. Embargos de declaração. Omissão. Débito. Memória de cálculo.

Data de Julgamento: 06.09.2022.

Comentários: Não caracteriza omissão apta ao acolhimento de embargos de declaração a ausência, no voto do relator, de detalhamento dos cálculos para a quantificação do débito. Não sendo necessário tratar de qualquer aspecto jurídico ou controvérsia ligada a esse cálculo, é suficiente a remissão à peça processual, disponível previamente à parte, em que consta o detalhamento do débito.

Acórdão n° 5.040/2022/TCU

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

Tema: Direito Processual. Prova (Direito). Perícia. Produção de prova.

Data de Julgamento: 06.09.2022.

Comentários: O processo de controle externo, disciplinado pela Lei 8.443/1992 e pelo Regimento Interno do TCU, não prevê a produção de prova pericial, cabendo ao responsável trazer aos autos os elementos que entender necessários para sua defesa, inclusive laudos periciais, o que prescinde de autorização do Tribunal.

Acórdão n° 5.040/2022/TCU

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

Tema: Direito Processual. Embargos de declaração. Erro de fato. Efeito modificativo. Embargos infringentes.

Data de Julgamento: 06.09.2022.

Comentários: Admite-se, excepcionalmente, a modificação de julgado por meio de embargos de declaração com efeitos infringentes, para a correção de premissa equivocada com base em erro de fato, sobre a qual tenha se fundado o acórdão embargado, quando o erro tenha sido decisivo para o resultado do julgamento.

III – NOTÍCIAS:

ANTT envia Plano de Outorga da BR-381/MG para Tribunal de Contas da União (TCU)

Fonte: ANTT – 22.09.2022[1].

A Agência Nacional de Transportes Terrestres ("ANTT") encaminhou, no dia 22.09.2022, o Plano de Outorga e as minutas de edital e contrato da concessão da BR-381/MG para o Tribunal de Contas da União ("TCU"), após a aprovação da minuta na Reunião de Diretoria do dia 20/9 e com o posterior aval do Ministério da Infraestrutura.

Com o encaminhamento, a Corte de Contas avaliará o projeto e toda a documentação, que inclui os estudos de viabilidade técnico-econômica e ambiental. Após passar pelo crivo dos ministros, o processo seguirá o cronograma previsto, que tem como expectativa lançar o edital e realizar o leilão no último trimestre de 2022.

O projeto de concessão consiste no trecho de interligação entre os polos de consumo dos municípios de Governador Valadares e Belo Horizonte. O sistema rodoviário permite a conexão entre estados brasileiros e o escoamento de produtos agrícolas, pecuários, mineração e industriais de matrizes econômicas diversificadas, representando um importante papel do complexo viário brasileiro.

Em razão de nova política pública promovida pelo Ministério da Infraestrutura, o trecho rodoviário submetido ao processo de participação e

[1] Vide: ANTT. Disponível em: ANTT envia Plano de Outorga da BR-381/MG para Tribunal de Contas da União (TCU).

controle social ("PPCS") sofreu alteração em relação ao objeto do Edital nº 4/2021, publicado em setembro de 2021, no qual incluía trecho da rodovia BR-262/MG/ES.

Diante da necessidade de tornar o projeto mais atrativo e atual, foram realizados novos estudos, ocasionando mudanças do trecho anteriormente submetido a leilão (Audiência Pública nº 10/2019). Após intenso debate com o setor, o segmento foi desmembrado e foi considerado, na última audiência pública, somente 304 km de extensão da BR-381/MG.

As premissas e inovações do projeto original foram mantidas, como as diretrizes iniciais dos documentos jurídicos. O objetivo da nova audiência pública foi complementar o projeto original e debater as alterações específicas e pontuais a respeito do trecho definido pela política pública.

Com as mudanças nos investimentos e a otimização dos estudos, a tarifa de pedágio proposta foi reduzida em 12,41%. Com relação às melhorias, foram adicionadas algumas obras no Programa de Exploração da Rodovia ("PER"), e realizados alguns ajustes relacionados às obras de estabilização de taludes do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes ("DNIT"), nas implantações de rotatórias alongadas, mudança de localização da interseção do km 431,94 e ajuste no quantitativo relacionado à iluminação de curvas côncavas.

TCE-RJ determina suspensão de processo licitatório de R$ 1,9 bilhão em Duque de Caxias

Fonte: TCE-RJ – 23.09.2022[2].

O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro ("TCE-RJ") determinou a suspensão imediata do processo licitatório da Prefeitura de Duque de Caxias que tem como objeto a concessão administrativa para a implementação de central de processamento de resíduos sólidos urbanos ("CPRSU") no município. O Edital de Licitação de Concorrência Pública tinha o valor estimado de R$ 1,954 bilhão com data de realização prevista para o dia 19 de setembro.

[2] Vide: TCE-RJ. Disponível em: TCE-RJ determina suspensão de processo licitatório de R$ 1,9 bilhão em Duque de Caxias.

Entre as 18 irregularidades apontadas na representação proposta pela Secretaria-geral de Controle Externo do Tribunal destaca-se a ausência de: (i) publicação no Diário Oficial; (ii) mecanismo de pagamento vinculado à avaliação de desempenho da concessionária; (iii) transparência do plano de saneamento básico referente a resíduos sólidos urbanos; (iv) definição da entidade reguladora; e (v) informações sobre a origem, metodologia e memória de cálculo da estimativa dos custos e despesas projetados.

Também foram apontados (vi) baixa efetividade do sistema sancionatório; (vii) injustificado peso para a proposta técnica; (viii) irregularidades na avaliação da proposta técnica e (ix) incerteza quanto à forma de apresentação das propostas. No Plano de Negócios de Referência foram notadas (x) incompatibilidades com o prazo da licitação; (xi) custos e despesas injustificados; (xii) incompatibilidade na indicação de custos com segurança e (xiii) utilização da taxa Selic como taxa de desconto.

Em decisão monocrática datada de 20 de setembro, o Conselheiro-substituto Marcelo Verdini Maia destacou o registro do Corpo Técnico do Tribunal, o qual afirma que o longo prazo previsto para a duração do contrato (20 a 35 anos) carrega o potencial de mais impactos negativos ao poder público e aos usuários do serviço do que, no curto prazo, a continuidade de eventual contratação atualmente vigente ou uma eventual nova contratação temporária.

A decisão monocrática estabelece ainda multa inicial de R$ 40,9 mil em caso de descumprimento. Ao prefeito de Duque de Caxias, foi dado prazo de 10 dias para comprovar a suspensão do procedimento licitatório e se manifestar a respeito das irregularidades.

Ministro do TCU pede reavaliação de cálculo de desequilíbrio de concessão de rodovias

Fonte: Agência iNFRA – 24.09.2022[3].

O Tribunal de Contas da União ("TCU") pode iniciar uma revisão de processos do setor de concessões rodoviárias que resultaram em determinações para que a Agência Nacional de Transportes Terrestres ("ANTT") revisasse as tarifas dos contratos.

Na sessão do Plenário do dia 21.09.2022, analisando um recurso do processo nº 020.984/2019-7, que resultou em determinações para que a agência alterasse o contrato da EcoRodovias no Polo Rodoviário de Pelotas/RS, o ministro Benjamin Zymler afirmou que tem dúvidas sobre o cálculo do próprio órgão que apontou desequilíbrio no contrato e sobre a forma como foi dado o direito de defesa para a concessionária.

Zymler pediu a revisão do Acórdão nº 883/2020-Plenário, que fez as determinações à ANTT para rever as tarifas da concessão. Mas o relator do processo, ministro Augusto Nardes, preferiu retirar o processo de pauta, e ele não foi julgado.

O processo original analisou a décima revisão extraordinária do contrato de concessão, que alterou um parâmetro de cálculo da tarifa sobre os veículos pesados. De acordo com o advogado da concessionária, Bruno Aurélio, que fez exposição oral, o TCU não poderia determinar a alteração do contrato, sob risco de violar a segurança jurídica de todo o sistema de concessões.

O relator negou o recurso em seu relatório, seguindo parecer da secretaria de análise de recursos. De acordo com Nardes, a mudança de fórmula de cálculo permitida pela ANTT levou a prejuízo aos usuários da rodovia.

O valor cobrado pela concessionária, segundo ele, seria 65% acima da média dos pedágios de rodovias federais e cresceu muito mais do que a inflação, e isso passou a ficar ainda mais evidente após a mudança da ANTT. Os veículos pesados também passaram a pagar muito mais que antes da mudança.

---

[3] Vide: Agência iNFRA. Disponível em: Ministro do TCU pede reavaliação de cálculo de desequilíbrio de concessão de rodovias.

Além disso, o pedido para considerar que o TCU não teria competência para determinar à ANTT mudanças no contrato também não foi considerado. Ainda assim, o min. Benjamin Zymler apontou que o processo estaria com dois problemas, o primeiro seria a falta do direito de a concessionária se defender adequadamente.

De acordo com o ministro, a concessionária só pode se defender no processo da ANTT, e não no processo no TCU, o que levaria a uma derrota do órgão de controle em um possível processo judicial. Segundo ele, todos os processos em que a defesa da concessionária tenha sido feita dessa forma deveriam ser revistos.

O ministro apresentou ainda uma outra dúvida em relação ao processo, o que pode afetar outros do setor. Segundo ele, o cálculo apresentado pelo Tribunal precisa ser verificado, porque poderia não representar o desequilíbrio apontado em favor da concessionária. Zymler queria que o processo recomeçasse com a revisão do Acórdão nº 883/2020, mas Nardes preferiu retirar o processo de pauta.

"*Estamos interferindo nas regras de uma tarifa. Eu teria muitas dúvidas de que houve profundo desequilíbrio econômico-financeiro. Eu teria dúvidas metodológicas*", disse Benjamin Zymler em sua exposição.

Compartilhar risco de demanda pode ser tendência em concessões, mas exigirá cuidados

Fonte: Agência iNFRA – 27.09.2022[4].

A maior concorrência por empresas para participar de concessões rodoviárias ao redor do mundo, aliada a um maior grau de incerteza sobre o futuro e rodovias com volumes de tráfegos menores deverá fazer com que mais projetos se utilizem do mecanismo de compartilhamento de risco de demanda nos próximos anos.

É o que avalia o superintendente de Concessões da Agência Nacional de Transportes Terrestres ("ANTT"), Renan Brandão, que alerta para a necessidade de

[4] Vide: Agência iNFRA. Disponível em: Compartilhar risco de demanda pode ser tendência em concessões, mas exigirá cuidados.

que o Estado esteja preparado para poder regular de maneira mais efetiva esses contratos, já que o compartilhamento aumenta o seu custo regulatório.

Conforme mostrou reportagem da Agência iNFRA[5], nota técnica da Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura do Ministério da Economia apresentou estudo sobre o tema, apontando que o compartilhamento desse risco pode resultar em pedágios mais baratos.

De acordo com Renan, o mecanismo de compartilhar risco começou a ser usado no governo federal por uma necessidade, a partir da concessão da BR-153/TO-GO. A rodovia havia sido retomada após uma concessão fracassada e estavam sendo feitos os estudos para nova licitação quando começou a pandemia da Covid-19.

A rodovia já tinha um risco inerente de demanda por ser paralela à Ferrovia Norte-Sul e não havia como estimar uma possível perda de demanda quando a ferrovia fosse ligada ao sistema. A pandemia jogou ainda mais incerteza nessa demanda futura e a concessão foi resolvida com um compartilhamento do risco nas obras futuras. Se não houver tráfego estimado, obras não serão feitas.

Depois que o projeto teve interessado, a agência começou a trabalhar em outro modelo de compartilhamento, dessa vez no chamado mecanismo de banda. Segundo Renan, ele vai ser usado nos seis lotes de rodovias do Estado do Paraná. A ideia era usar o compartilhamento apenas em três, também por causa de incertezas sobre demanda em regiões com ferrovias. Mas, segundo Renan, após aprovação do marco das ferrovias autorizadas, foi necessário ampliar para todos os lotes, já que pode haver possibilidade futura de perda de demanda por ferrovias não previstas, o que será mais fácil de compensar se houver o mecanismo.

O superintendente não tem dúvida de que a opção de compartilhar o risco de demanda é melhor do que o que tinha como prática nas concessões de rodovias federais, uma taxa de retorno elevada, que compensava todos os tipos de risco. De acordo com ele, rodovias com menor tráfego, maior concorrência com projetos internacionais que compartilham risco de demanda e tarifas já no limiar do "socialmente aceitável" impedem o uso de taxas de retorno maiores. "*Retorno mais apertado exige um risco mais compartilhado*", resumiu.

---

[5] Vide: Agência iNFRA. Disponível em: Compartilhar risco de demanda pode reduzir pedágio em até 22%, aponta estudo da economia.

Para o superintendente, no entanto, o mecanismo não pode ser considerado suficiente para solucionar todos os problemas e não poderá ser usado em todos os projetos. É necessário também trabalhar com outros pontos de redução de custos das concessões, como os impostos, e ainda preparar a agência para o maior custo regulatório desse tipo de contrato.

Em São Paulo, o mecanismo tem sido mais usado nos projetos de concessão de metroferroviários. Em dois casos de rodovias, a modelagem das concessões previa o compartilhamento de demanda, os lotes Litoral Norte e Rodoanel Norte, mas ambos não chegaram a ser levados a leilão, por riscos apontados por interessados no projeto.

Para Edgar Benozatti, assessor da Subsecretaria de Parcerias do Governo de São Paulo, o que torna necessário o compartilhamento desse risco é a imprevisibilidade da demanda.

Camilo Fraga, sócio-diretor da Houer Concessões, já modelou vários projetos com compartilhamento de risco de demanda. Ele não tem dúvidas de que o mecanismo é essencial para viabilizar trechos onde há muita incerteza sobre o tráfego futuro, especialmente em novos trechos.

Ele conta que no caso da Transcerrados, rodovia no Piauí que nunca havia sido pedagiada e tem um trecho novo a implantar pelo concessionário, o mecanismo de compartilhar o risco de demanda numa banda na contraprestação da parceria público-privada foi o que viabilizou a concessão.

Para Fraga, é possível fazer parcerias para qualquer trecho de rodovia do país, desde que se atrele a capacidade de arrecadação da via ao que é preciso de investimento e de custo de operação.