INFRAESTRUTURA

O boletim eletrônico **Infraestrutura** traz as principais informações da área envolvendo operações, legislação e jurisprudência, além dos destaques em regulações, leilões, processos, investimentos e aquisições.
A publicação é preparada pelos profissionais que integram a prática de Infraestrutura de Pinheiro Neto Advogados.

PERIODICIDADE
Bimestral

SÓCIO RESPONSÁVEL
Ricardo Simões Russo

COLABORADORES
Ricardo Simões Russo | José Carlos Junqueira Meirelles | Júlio César Bueno | Ricardo Levy | Marcello Lobo | André Vivan | Raphael Paciello | Paula Susanna Amaral | Caroline Guazzeli Queiroz Gomes | Roberto Lambauer | Caio Luiz Altavista Romão | Lawson Miralha | Pedro Vargas

CONTATO
pinheironeto.com.br
Pinheiro Neto

Este boletim tem caráter genérico e informativo, não constituindo opinião legal para qualquer operação ou negócio específico. Para mais informações, entre em contato com nossos advogados ou visite o website.

EDITAIS E LEILÕES

CEDAE: MAIOR PROJETO DE CONCESSÃO DE SANEAMENTO BÁSICO DO BRASIL

(Foto: Samuel Sianipar, Unsplash)

Com projeto estruturado pelo governo do Rio de Janeiro e BNDES, está previsto para o fim de abril o leilão do maior projeto de concessão de saneamento básico do Brasil, envolvendo áreas da estatal CEDAE. O projeto inclui a concessão dos serviços de distribuição de água, coleta e tratamento de esgoto e gestão comercial dos usuários de 35 municípios, com atendimento a cerca de 12 milhões de pessoas.

Estima-se que o projeto deva gerar investimentos em torno de R$ 30 bilhões, além de pelo menos R$ 10,6 bilhões em pagamentos de outorgas. A concessão tem prazo de 35 anos. O edital pode ser acessado neste link

DESESTATIZAÇÃO DO SETOR POSTAL

(Foto: GettyImages)

Desde a qualificação dos Correios no âmbito do PPI (Programa de Parceiras de Investimentos) em 2019, foram iniciados estudos e avaliações de alternativas de parceria com a iniciativa privada, incluindo (i) a criação de um comitê interministerial para acompanhar e opinar sobre a realização de tais estudos a serem executados pelo BNDES e (i) a contratação pelo BNDES de pareceres especializados relativos ao setor postal e de encomendas no Brasil.

Em março passado, foi concluída a primeira fase de estudos, que envolveu o diagnóstico do setor e a avaliação de alternativas de parcerias com a iniciativa privada. Estão ainda previstas novas fases relacionadas à modelagem e à implementação do projeto - a qual depende ainda de aprovação de projeto de lei em discussão no Congresso Nacional.

O *status* dos processos de contratação de consultores pelo BNDES pode ser encontrado no link

6ª RODADA DE AEROPORTOS – NOVOS ESCLARECIMENTOS

(Foto: Krzysztof Kowalik, Unsplash)

Com leilão marcado para o mês de abril, foi publicado pela ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil - relatório com esclarecimentos sobre o edital da 6ª rodada de aeroportos. As respostas podem ser obtidas no link.

O projeto engloba a concessão, por 30 anos, de 22 aeroportos distribuídos em três blocos regionais de concessão (Norte, Sul e Central), representando potenciais investimentos estimados em aproximadamente R$ 6 bilhões.

LICITAÇÃO DO 5G AVANÇA

Nas últimas semanas foi aprovado pela ANATEL o edital de licitação de espectro de radiofrequências para redes de telecomunicações de quinta geração. Estima-se que o leilão seja realizado ainda no primeiro semestre de 2021. Maiores informações podem ser obtidas no link.

REGULAÇÃO

INOV@BR – NOVA POLÍTICA DE MODERNIZAÇÃO DE INFRAESTRUTURA DE RODOVIAS FEDERAIS

(Foto: Rodrigo Abreu, Unsplash)

Em 12 de março, foi instituída a nova política de modernização da infraestrutura federal de transporte rodoviário (chamada de "inov@BR"), mediante a edição do Decreto No. 10.648.

Conforme referido decreto, os objetivos da inov@BR são: (i) elevar o padrão de segurança viária nas rodovias federais; (ii) melhorar a fluidez das rodovias federais para proporcionar eficiência logística; (iii) modernizar as principais rodovias federais e (iv) aprimorar processos, procedimentos, instrumentos regulatórios e recursos técnicos.

A expectativa é de que pelo inov@BR sejam realizados novos investimentos em sinalizações, monitoramento das vias, conectividade (wi-fi e cobertura de celular nas rodovias), implantação de pedágios de livre passagem, entre outros.

NOVO PROJETO DE LEI DO GÁS É APROVADO NA CÂMARA

(Foto: GettyImages)

Foi aprovado na Câmara dos Deputados, em sessão finalizada na madrugada do dia 17.3.2021, o projeto da lei que deverá substituir a atual Lei do Gás (Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009). O projeto aprovado tramitou sob o nº 6.407/2013 na Câmara dos Deputados e sob o nº 4.476/2020 no Senado Federal (PL Aprovado), e aguarda, na data de elaboração desta nota, sanção presidencial para que seja promulgada a nova lei.

O novo marco regulatório, que tem como principais objetivos aprimorar a oferta dos serviços de transporte, otimizar a utilização das instalações e harmonizar a legislação nas diferentes esferas de competência, garantindo a entrada de novos agentes no setor, consagrará algumas escolhas regulatórias já antecipadas por textos infralegais recentes, especialmente o Decreto nº 9.616, de 17 de dezembro de 2018, e a Resolução nº 16, emitida pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), de 24 de junho de 2019, assim como pelo próprio Termo de Cessação de Conduta firmado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) em 8.7.2019.

Uma vez sancionada pelo Presidente da República, a nova lei ainda dependerá da regulamentação infralegal de diversos dispositivos para atingir a eficácia esperada e os resultados econômicos almejados. Para maiores detalhes sobre as principais mudanças propostas e conceitos previstos no PL Aprovado, acesse o Artigo preparado pelo nosso escritório em 17.3.2021 (https://www.pinheironeto.com.br/publicacoes/projeto-de-nova-lei-do-gas-aprovado-o-que-mudara-com-o-novo-marco).

MANTIDO O VETO AO BRASDUTO

(Foto: GettyImages)

O veto parcial da Lei nº 14.052, de 8 de setembro 2020, pelo Presidente da República, com relação à criação do Fundo de Expansão dos Gasodutos de Transporte e de Escoamento da Produção (Brasduto), que previa a destinação de recursos do pré-sal para a expansão da infraestrutura de gás natural do país, foi mantido pelo Congresso Nacional na Sessão Conjunta nº 004, de 17 de março de 2021.

FINANCIAMENTOS

MERCADO DE FINANCIAMENTOS "VERDES" SE MOSTRA RESILIENTE EM 2020, COM POTENCIAL DE EXPANSÃO EM 2021

(Foto: iStock)

Apesar de 2020 ter se caraterizado por incertezas, observou-se uma recuperação em operações de financiamentos "verdes" no segundo semestre do ano. Ofertas de títulos "verdes" (*green bonds*) atingiram um volume de US$ 270bilhões (volume este superior àquele verificado em anos anteriores), segundo dados do Climate Bonds Initiative (CBI) [https://www.climatebonds.net/2021/01/record-2695bn-green-issuance-2020-late-surge-sees-pandemic-year-pip-2019-total-3bn]. Companhias brasileiras cada vez mais buscam este tipo de financiamento sustentável no mercado internacional, a exemplo das ofertas recentes (algumas realizadas, inclusive, no começo de 2021) de Rumo S.A., Klabin S.A., Suzano S.A., Simpar S.A., entre outras.

DEBÊNTURES INCENTIVADAS: VOLUME ULTRAPASSA R$ 100 BILHÕES

(Foto: Rawpixel, Unsplash)

Segundo Boletim Informativo divulgado pelo Ministério da Economia em março passado, entre 2012 (quando foram implementadas as primeiras ofertas públicas de debêntures de infraestrutura no mercado local) e janeiro de 2021, o volume total distribuído em debêntures incentivadas foi de R$121,2 bilhões.

As debêntures incentivadas representam um mecanismo relevante de financiamento de projetos de infraestrutura, mediante a utilização de estruturas no mercado de capitais, de forma adicional e complementar aos mecanismos de financiamento tradicionais. Os dados acima e o detalhamento das debêntures incentivadas são apresentados na 86ª edição do Boletim Informativo de Debêntures Incentivadas, divulgado em junho deste ano pela Secretaria de Política Econômica do Ministério da Economia e que pode ser acessado pelo hlink.

ARTIGOS

ANP REABRIRÁ DISCUSSÃO SOBRE O LIVRE ACESSO A TERMINAIS AQUAVIÁRIOS

A Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) deverá confirmar, nos próximos dias, a abertura de um novo período de consulta pública para discutir possíveis mudanças nas regras de uso de terminais aquaviários que operem com petróleo, seus derivados e biocombustíveis. Uma primeira rodada de discussões com o mesmo objetivo foi realizada ao longo do último ano. A grande rejeição da indústria a algumas propostas da ANP, contudo, dificultou um consenso naquela ocasião sobre a melhor forma de substituição da Portaria ANP nº 251/00 - que regula atualmente o tema.

Portaria ANP nº 251/00

A Portaria ANP nº 251/00 foi publicada em novembro de 2000 e, exceto por uma revisão em sua redação ocorrida em 2002, não foi mais alterada. Desde 2015, contudo, a ANP tem avaliado possíveis mudanças e atualizações no ato normativo. Entre as principais justificativas para essa revisão, temos: (i) o fato de a Portaria ter sido publicada antes mesmo da criação da ANTAQ – seu texto, portanto, estaria obsoleto e defasado; (ii) a necessidade de conciliação do conteúdo da norma às disposições contidas tanto na Lei nº 12.815/13 (a "Lei dos Portos"), quanto na Resolução ANP nº 35/12, que regula o uso de dutos de transporte longos e (iii) a inclusão da movimentação de biocombustíveis (além do petróleo e dos seus derivados) no escopo da norma.

Mudanças Sugeridas em 2020

A proposta de Resolução apresentada pela ANP no início de 2020 propôs uma série de mudanças na dinâmica operacional preconizada até então pela Portaria ANP nº 251/00. Entre as principais inovações sugeridas, valem destaque:

- Limitações ao direito de preferência do carregador proprietário. A prerrogativa de a ANP (i) estabelecer o prazo e os volumes dentro dos quais o carregador proprietário poderia exercer o seu direito de preferência na movimentação de seus próprios produtos, bem como (ii) de revisar essa preferência a qualquer tempo, de forma motivada. A minuta também deixava clara a impossibilidade de o carregador proprietário estender o seu direito a pessoas jurídicas coligadas ou subsidiárias.

- Períodos máximos de contratação e oferta pública. A vedação de contratos por prazos superiores a dois anos, com um mesmo carregador (seja ele proprietário ou não), que impliquem, direta ou indiretamente, utilização superior a 50% da capacidade estática do terminal - sendo que, ao término do período contratado, o operador ficaria obrigado a realizar uma oferta pública dessa capacidade.

- Cláusulas contratuais obrigatórias. A necessidade de inclusão de determinadas cláusulas nos contratos celebrados entre os operadores dos terminais com os respectivos carregadores, tais como: (i) acordo de nível de serviços e (ii) multas por descumprimento de serviços. Ainda nesse tópico, a ANP sugeriu: (i) estabelecer a sua própria prerrogativa em determinar mudanças nas cláusulas contratuais, mediante fundamentação e processo administrativo próprio; (ii) tornar obrigatório às partes o envio do extrato dos contratos para a Agência e (iii) a necessidade de prévia aprovação de acordos que não admitam a utilização do princípio da fungibilidade de produtos e que exijam alocação de tancagem exclusiva.

- Cessão de capacidade. A permissão para que carregadores possam realizar a cessão das suas capacidades contratadas, respeitadas as condições originais (i) mediante simples notificação aos respectivos operadores e (ii) desde que o carregador cedente permaneça responsável, perante o operador, pelo pagamento dos serviços contratados.

Principais Críticas do Mercado

Aproximadamente 20 entidades diferentes do mercado apresentaram sugestões por escrito à minuta de Resolução apresentada pela ANP no curso da consulta pública realizada em 2020. Entre as críticas mais comuns, destaca-se a ausência de uma Análise de Impacto Regulatório(AIR) por parte da ANP, que pudesse avaliar eventuais benefícios e prejuízos ao mercado como resultado das proposições apresentadas. Além da falta de uma AIR, os seguintes tópicos também foram refutados, de forma geral:

- Direito de preferência do proprietário deveria ser ampliado. Na visão de parte significativa do mercado, a ANP deveria estender, e não restringir, a possibilidade de exercício do direito de preferência de carregadores proprietários também em portos organizados (e não apenas em terminais de uso privado) – visando, com isso, a encorajar mais investimentos por parte de arrendatários nesses portos. Além disso, vários participantes defenderam: (i) a possibilidade de empresas coligadas e afiliadas de carregadores proprietários também poderem se beneficiar da prerrogativa de movimentação preferencial de produtos – permitindo assim maior flexibilidade para os grupos titulares de terminais se organizarem internamente e (ii) a impossibilidade de a ANP revisar o direito de preferência, devendo inclusive privilegiá-lo em detrimento de direitos de acesso de terceiros.

- Períodos máximos de contratação deveriam ser ampliados, ou extintos. De forma geral, o mercado criticou a determinação de um prazo máximo de dois anos para contratações em capacidades superiores a 50%. Na visão deles (i) a ANP não deveria estabelecer um prazo limite – garantindo, assim, às partes maior autonomia durante a negociação comercial, inclusive sob a ótica de eventuais retornos de investimento; ou, alternativamente, (ii) a Agência deveria admitir prazos maiores, como de cinco ou de dez anos.

- Ingerência demasiada da Agência sobre os contratos. Vários defenderam que a ANP não deveria ter a prerrogativa de exigir cláusulas obrigatórias nos contratos, por ferir a autonomia da vontade das partes.

- Operadores deveriam anuir previamente em cessões de capacidade. Alguns participantes criticaram a proposta de que cessões de capacidade poderiam acontecer sem o consentimento expresso dos respectivos operadores – mas sim mediante a simples notificação a eles a posteriori. Além disso, criticaram a obrigatoriedade de carregadores cedentes continuarem responsáveis por obrigações de pagamento junto aos operadores (por entenderem que essa questão deveria ser objeto de acordo entre as partes envolvidas, sem a ingerência da ANP).

Próximos Passos

Com a iminente reabertura das discussões, espera-se que a ANP elabore uma nova proposta de Resolução que acate, ao menos parcialmente, algumas das preocupações externadas pelo setor durante consulta e audiência públicas realizadas no último ano. Ninguém discute a necessidade de atualização e conciliação da Portaria ANP 251/00 com o restante do ordenamento jurídico. Teme-se, contudo, que o eventual privilégio exagerado da garantia de acesso a terceiros, em detrimento de direitos de carregadores proprietários que assumem o risco do empreendimento, pode ser bastante nocivo ao mercado, e desencorajar a ampliação da nossa infraestrutura já saturada. Mais debates serão certamente saudáveis para que se chegue a um consenso satisfatório para todos os envolvidos. Nós continuaremos acompanhando e, na medida do possível, contribuindo nas discussões.

Raphael Paciello

OS *DISPUTE BOARDS* EM GRANDES OBRAS DE INFRAESTRUTURA

Os contratos de construção e projetos de infraestrutura são contratos comutativos complexos. As características inerentes a esse modelo muitas vezes exigem que as obrigações se iniciem sem que tenha havido o completo detalhamento dos custos envolvidos, do projeto de engenharia e do grau de responsabilidade e risco assumido pelas múltiplas partes e hipóteses. Assim, quanto maior o número de incertezas, maior a probabilidade de instalar-se uma situação de conflito e concretizar-se a máxima de que "as disputas são uma realidade inexorável na indústria da construção": *Death, Tax and Claims*.[1]

Por exemplo, estudos desenvolvidos pela Oxford University com dados coletados nas três Américas, África, Europa, Ásia e Oceania, três em cada quatro projetos de hidrelétricas sofrem aumentos de custos da ordem de 96%, e mais de 80% deles sofrem atrasos de quase 50% em relação ao prazo originalmente previsto. De acordo com o mesmo estudo, quando se amplia o objeto da pesquisa para projetos de infraestrutura em geral, nada menos do que 90% dos projetos de valor original superior a US$ 1 bilhão sofrem aumento de custos de pelo menos 50% e atrasam significativamente.[2]

O desejo de prevenir disputas em projetos de infraestrutura vem de longa data e levou à busca por novas formas de resolução de disputas. Nesse contexto, o primeiro registro do uso de *dispute boards* se deu durante a construção da *Boundary Dam*, no estado de Washington, nos EUA, na década de 1960. Na década seguinte, seguindo as recomendações do *US National Committee on Tunnelling Technology* (1972), os *dispute boards* foram também adotados na construção do Túnel Eisenhower, também nos EUA, no estado do Colorado.

As estatísticas da *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF) revelam que aproximadamente 97% das divergências surgidas ao longo de um contrato que utilize dispute board são resolvidas no seu âmbito, evitando a necessidade de recurso à arbitragem ou ao Judiciário. A DRBF também aponta a identificação oficial de quase 2.340 projetos no mundo que já tenham utilizado *dispute boards* com valor global estimado em mais de 166 bilhões de dólares.[3]

Os *dispute boards* são compostos por três profissionais, sendo dois usualmente de perfil mais técnico, indicados pelas partes justamente pelo conhecimento específico sobre as características do projeto, e outro, indicado pelos demais membros técnicos, com um perfil jurídico para atuar como seu presidente.

O momento da formação dos *dispute boards* define algumas de suas características mais importantes: (i) o "dispute board permanente" é o constituído no momento da celebração do contrato ou em prazo imediatamente posterior à sua celebração, permanecendo ativo durante toda a vigência do contrato, independentemente da existência ou não de uma controvérsia e (ii) o "*dispute board ad hoc*" é o formado somente quando da ocorrência de uma controvérsia formalmente submetida pelas partes, permanecendo ativo até a prolação da decisão e o exaurimento dos procedimentos a ela aplicáveis.

O teor vinculante das decisões caracteriza as principais modalidades de *dispute boards*: (i) *Dispute Review Boards* (DRBs) são os que emitem recomendações, ou seja, decisões de adoção não obrigatória; (ii) *Dispute Adjudication Boards* (DABs) são os que emitem decisões, estas de adoção obrigatória e (iii) os *Combined Dispute Boards* (CDBs) são os que combinam os tipos anteriores, emitindo recomendações e decisões, de acordo com a situação a eles submetida.

Nos *Dispute Resolution Boards*, a solução proposta é uma mera recomendação e carece de aceitação de ambas as partes para produzir efeitos como acordo amigável. Diferentemente, nos *Dispute Adjudication Boards* as partes estipulam que a decisão proferida é vinculativa, só podendo ser alterada por acordo estabelecido

1 Conforme conceito apresentado por Júlio César Bueno, em artigo publicado em 2015: http://whoswholegal.com/news/features/article/32342/death-taxes-cost-overruns.

2 "Should we build more large dams? The actual cost of hydropower megaproject development", Antif Ansar et alli, Journal of Energy Policy, vol. 69, Junho/2014, University of Tennessee, p. 43-56. "What you should know about megaprojects and why: an overview", Bent Flyvbjerg, Project Management Journal, vol. 45, nº 2, John Wiley and Sons, 2014, p. 6-19.

3 Dr Harmon, K, 2012, "Using DRBs to Maintain Control of Large, Complex Construction Projects", Dispute Resolution Journal, Vol 67, No 1.

entre as partes ou por decisão proferida em processo judicial ou arbitral, conforme o caso. Contudo, cada parte pode informar a outra do seu descontentamento em relação à decisão proferida pelos membros do painel. Assim, se essa comunicação não existir, a decisão pode tornar-se vinculativa e definitiva para ambas as partes (*interim-binding force*).

No Brasil, o assunto vem despertando o interesse da comunidade empresarial e jurídica. A Linha 4 - Amarela do Metrô de São Paulo é considerada o projeto pioneiro da adoção de *dispute boards* no País. Com este importante precedente, outros exemplos se seguiram em vários estados do Brasil.

O Município de São Paulo, por meio da Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, de forma pioneira, reconheceu e regulamentou a instalação de *dispute boards* em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo, que poderão ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida. A Lei nº 16.873/2018 foi recentemente regulamentada pelo Decreto nº 60.067, de 10 de fevereiro de 2021, que reconheceu e reforçou o caráter informal e a oralidade inerentes aos *dispute boards*, a fim de que possam atender às demandas de solução de controvérsias de modo rápido e eficaz, aspecto tão relevante para que se mantenha a continuidade da execução de contratos complexos.

No âmbito federal há ao menos dois projetos de lei em andamento. Em primeiro lugar, o Projeto de Lei nº 206/2018, do Senado Federal, de autoria do Senador Antonio Anastasia (PSDB/MG), que "dispõe acerca da instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos administrativos continuados que menciona, firmados pela administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios". Também o Projeto de Lei nº 9883/2018, da Câmara dos Deputados, de autoria do Pedro Paulo (PMDB-RJ), que dispõe sobre o uso dos *dispute boards* em contratos administrativos. Por fim, a redação final do Projeto de Lei nº 4.253/2020[4], que traz a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seus artigos 151 a 153, reconhece a legalidade da utilização de *Dispute Boards* como meio alternativo de resolução de controvérsias nas contratações públicas.[5]

Os *dispute boards* acompanham o desenvolvimento da execução do contrato, sendo dado aos seus membros conhecer o contrato, anexos e demais informações pertinentes à negociação havida entre as partes. A visão privilegiada e sempre atual do andamento do contrato permite aos *dispute boards* que atuem na esterilização de disputas, intervindo, de modo rápido e tempestivo, na sua prevenção ou resolução. Para evitar, em tempo real, que a disseminação de disputas prejudique o desempenho contratual das partes ou drene os recursos necessários à execução do contrato, os *dispute boards* contribuem, de modo efetivo, para a prevenção e resolução de disputas, mostrando-se imprescindíveis no auxílio das partes na execução dos contratos e eficiente utilização dos recursos a eles destinados.

Júlio César Bueno

4 Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, PL nº 6.814, de 2017, naquela Casa.

5 "Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade. Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias. Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes."

A MANUTENÇÃO DOS VETOS AO NOVO MARCO DO SANEAMENTO BÁSICO

Em 17 de março, o Congresso Nacional decidiu pela manutenção dos vetos da Presidência da República à Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020 ("Lei 14.026"). A Lei 14.026 introduziu o Novo Marco do Saneamento Básico, com a promessa de fomentar maior participação de *players* que demonstrem capacidade de investir no setor, de forma a viabilizar a meta de universalização de acesso.

A notícia gerou surpresa positiva no mercado, especialmente quanto à manutenção do veto ao art. 16 da Lei nº 14.026, o qual previa a possibilidade de renovação de contrato de programa cujo prazo tivesse expirado ou mesmo a regularização de "situações de fato", isto é, a prestação de serviços de saneamento por empresa estatal sem a assinatura de contrato formal – realidade que infelizmente ainda se mostra presente em diversas unidades federativas. O parágrafo único do dispositivo vetado ia além ao permitir a celebração de novos contratos de programa com prazo máximo de 30 anos, desde que devidamente adaptados à realidade do Novo Marco – ou seja, mediante a adoção de metas e comprovação da capacidade econômico-financeira do respectivo operador com vistas à universalização dos serviços até o final do ano de 2033 (art. 10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 – "Lei nº 11.445").

Com a manutenção do veto ao aludido dispositivo, em regra, será obrigatória a realização de licitação para assinatura de contrato de concessão, sendo proibida a celebração de contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária, conforme o art. 10 da Lei nº 11.445.

O justificado otimismo decorrente da manutenção dos vetos presidenciais vem na esteira de importantes avanços conquistados a partir da aprovação do Novo Marco. A proibição à celebração de novos contratos de programa representaria mais um avanço, pois tornaria obrigatória a realização de licitação quando do encerramento de contratos de programa (ou em casos de prestação informal), permitindo ingresso nas respectivas localidades de *players* capazes de operar com maior nível de eficiência.

Como sempre, a realidade setorial se revela mais complexa que o campo

(Foto: GettyImages)

normativo. Em primeiro lugar, há que se considerar que a prestação dos serviços é, com alguma frequência, realizada por ente estatal controlado pelo respectivo titular dos serviços, hipótese em que passa a ser controversa a obrigatoriedade de licitação, por força do citado art. 10 da Lei nº 11.445. É o que ocorre, por exemplo, quando serviços prestados em nível local são assumidos por empresa municipal de saneamento. Há quem defenda, ainda, a possibilidade de contratação de empresa estadual pela respectiva região metropolitana, cuja governança (a depender da respectiva lei estadual de regência) pode compreender poderes para escolha de prestador único de serviços de saneamento.

Outro aspecto desafiador reside nas limitações dos entes públicos (especialmente municípios) para lidar com eventual regime de transição entre operadores de saneamento – matéria essa que até o momento não foi disciplinada por norma específica. Além das complexidades envolvidas na estruturação de licitações, há que se considerar que os operadores que se veem mais ameaçados pelo Novo Marco tendem a pressionar pela extensão de contratos de programa como medida de reequilíbrio por possíveis investimentos não amortizados. Seria importante que os reguladores – a ANA em particular – se posicionassem sobre o tema, de forma a impedir a renovação ou extensão de prazo de contratos de programa nesses moldes, sob pena de restar ameaçado um dos principais pilares do Novo Marco: obrigar a realização de licitações para escolha de operadores comprovadamente mais eficientes.

Tão relevante quanto o veto ao art. 16 da Lei nº 14.026 é a necessidade de

adaptação de contratos em vigor ao Novo Marco do Saneamento Básico até 31 de março de 2022. Tal obrigatoriedade decorre do art. 11-B da Lei nº 11.445. De acordo com tal norma, os contratos deverão prever metas a serem atingidas até 31 de dezembro de 2033, compreendendo: (a) fornecimento de água potável a 99% da população abrangida e (b) índice de coleta e tratamento de água de 90%[6].

O Novo Marco do Saneamento atrela a adoção de metas de expansão à mensuração da capacidade econômico-financeira dos prestadores (art. 10-B). De acordo com o art. 10-B, parágrafo único, da Lei nº 11.445, o Poder Executivo editaria decreto para regulamentar o tema no prazo de 90 dias a partir da entrada em vigor do Novo Marco, o qual venceu em outubro de 2020. Apesar da consulta pública realizada pelo Ministério do Desenvolvimento Regional em agosto do ano passado, até o momento não foi editado o referido decreto, o que ameaça comprometer a adaptação dos contratos em vigor preconizada pela Lei nº 14.026.

O setor considera urgente a edição do decreto que regulamentará a demonstração de capacidade econômico-financeira dos prestadores, já que o prazo introduzido pela Lei 14.026 para adaptação de contratos vigentes vencerá em um ano. Há certo receio de que a demora do governo seja utilizada como argumento para inviabilizar a adaptação dos contratos até 31 de março de 2022.

Espera-se que o decreto em questão estabeleça parâmetros objetivos para mensuração da capacidade econômico-financeira, de forma a permitir a adaptação dos contratos existentes e a eventual transição entre operadores na hipótese de não serem demonstradas condições mínimas para atingimento de metas de universalização impostas por lei. Tal definição – que parece ser o principal caminho normativo para substituição de prestadores ineficientes – se sobreporia a eventual divergência sobre os efeitos do veto ao art. 16: afinal, o prestador que não comprovasse capacidade econômico-financeira para investir seria substituído, independentemente do prazo de vigência do respectivo contrato.

Ricardo Levy | Roberto Lambauer

6 A norma também prevê a necessidade de estabelecimento de metas qualitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhorias dos processos de tratamento.

7ª RODADA DE CONCESSÕES AEROPORTUÁRIAS – ATUALIZAÇÃO

(Foto: iStock)

Em 22.2.2021, foi editado o Decreto nº 10.635, que dispõe sobre a qualificação de empreendimentos públicos federais do setor aeroportuário no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI), e, consequentemente, sobre a inclusão de referidos empreendimentos no Programa Nacional de Desestatização (PND). O referido Decreto também trata da qualificação no âmbito do PPI e inclusão no PND de empreendimentos dos setores rodoviário e portuário.

Em relação ao setor aeroportuário, o Governo Federal qualificou os seguintes aeroportos no âmbito do PPI e os incluiu no PND:

i. Aeroporto Santos Dumont, no Rio de Janeiro-RJ;

ii. Aeroporto Tenente Coronel Aviador César Bombonato, em Uberlândia-MG;

iii. Aeroporto Mário Ribeiro, em Montes Claros-MG;

iv. Aeroporto de Jacarepaguá - Roberto Marinho, no Rio de Janeiro-RJ;

v. Aeroporto Mário de Almeida Franco, em Uberaba-MG;

vi. Aeroporto Internacional Val-de-Cans - Júlio Cezar Ribeiro, em Belém-PA;

vii. Aeroporto Internacional Alberto Alcolumbre, em Macapá-AP;

viii. Aeroporto Maestro Wilson Fonseca, em Santarém-PA;

ix. Aeroporto João Correa da Rocha, em Marabá-PA;

x. Aeroporto de Carajás, em Parauapebas-PA;

xi. Aeroporto de Altamira, em Altamira-PA;

xii. Aeroporto de Congonhas - Deputado Freitas Nobre, em São Paulo-SP;

xiii. Aeroporto Internacional de Campo Grande, em Campo Grande-MS;

xiv. Aeroporto Campo de Marte, em São Paulo-SP;

xv. Aeroporto Internacional de Corumbá, em Corumbá-MS e

xvi. Aeroporto Internacional de Ponta Porã, em Ponta Porã-MS.

Em outubro de 2020, o Ministério da Infraestrutura já havia publicado o Edital de Chamamento Público de Estudos nº 5/2020 (alterado pelo Edital de Chamamento Público de Estudos nº 6/2020, de novembro de 2020) com o objetivo de chamar pessoas físicas ou jurídicas de direito privado interessadas na apresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos técnicos que subsidiarão a modelagem da concessão dos aeroportos que compõem a sétima rodada. Ainda que o Decreto nº 10.635 tenha previsto que os aeroportos acima poderão ser concedidos individualmente ou em blocos, conforme decisão a ser subsidiada pelos estudos de modelagem, tanto o Ministério da Infraestrutura como o PPI já vêm tratando dos aeroportos considerando a divisão em três blocos regionais. A tendência é de que seja seguido o modelo dos últimos leilões, que concederam os aeroportos em blocos. Entretanto, vale ressaltar que, nessa 7ª rodada, foram incluídas as "joias da coroa" do Governo – o Aeroporto Santos Dumont e o Aeroporto de Congonhas. Resta aguardar se os estudos de modelagem da desestatização vão concluir pela manutenção da divisão em blocos já prevista ou pela concessão de tais aeroportos individualmente.

Em complemento aos aeroportos supracitados, o Governo Federal também qualificou no âmbito do PPI e incluiu no PND os seguintes (regionais), todos localizados no Estado do Amazonas: (i) Aeroporto de Parintins; (ii) Aeroporto de Carauari; (iii) Aeroporto de Coari; (iv) Aeroporto de Eirunepé; (v) Aeroporto de São Gabriel da Cachoeira; (vi) Aeroporto de Barcelos; (vii) Aeroporto de Lábrea e (viii) Aeroporto de Maués.

Tais aeroportos serão objeto de PPP patrocinada para concessão dos serviços públicos para ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura aeroportuária à gestão privada. Trata-se de projeto-piloto do Governo Federal, que decidiu seguir com a PPP patrocinada para tais aeroportos, em vez do já tradicional leilão. Segundo o PPI, a concessão de tais aeroportos regionais será em bloco, mas vale ressaltar que o recém-publicado Decreto nº 10.635 esclarece que a decisão sobre o agrupamento em blocos ou não será subsidiada pelos estudos de modelagem da desestatização, ainda em fase de contratação.

Estamos acompanhando o desenrolar dos trâmites necessários para a realização da 7ª rodada de concessão de aeroportos e divulgaremos os desenvolvimentos em nossos próximos Boletins.

José Carlos Junqueira Meirelles | Caroline Guazzeli Queiroz Gomes | Lawson Miralha

"GESTÃO DE RESÍDUOS" EM APP AGUARDA SOLUÇÃO

Permanece pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (STF) tema que é crucial para a regularização de instalações para gestão dos resíduos: a constitucionalidade da operação de ativos de gestão de resíduos em Áreas de Preservação Permanente (APP). A aguardada decisão do STF será determinante para a regularização de operações de tratamento e destinação final de resíduos atuais, com a potencial viabilização de aumento da capacidade de tratamento e disposição atualmente instalada.

Em 12.8.2019, o STF publicou o acórdão das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n°s 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937 e da Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 42. Entre os dispositivos da Lei Federal n° 12.651/2021 ("Novo Código Florestal") questionados nas ações, encontra-se o artigo 3º, VIII, 'b', que estabelecia como atividades de utilidade pública e, portanto, passíveis de intervenção em áreas de preservação permanente (APP) mediante autorização do órgão ambiental competente: "as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, gestão de resíduos, energia, telecomunicações, radiodifusão, instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, bem como mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, argila, saibro e cascalho".

O STF declarou as expressões "instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais" e "gestão de resíduos" como inconstitucionais, porque não haveria justificativa razoável para se permitir intervenção em APPs para fins de gestão de resíduos e de realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, "sob pena de subversão da prioridade constitucional concedida ao meio ambiente em relação aos demais bens jurídicos envolvidos nos dispositivos respectivos".

A Advocacia-Geral da União (AGU) opôs embargos de declaração ao acórdão das ADIs e ADC, pleiteando, entre outros pontos, que o STF esclareça que a expressão "gestão de resíduos" englobaria apenas os lixões. Os aterros sanitários e as demais

(Foto: Felipe Sampaio)

atividades de gestão de resíduos que compõem o saneamento básico não seriam afetados pelo julgamento das ações. Subsidiariamente, a AGU requereu a modulação dos efeitos do acórdão com a finalidade de preservar a validade de autorizações de intervenção em APP e supressão de vegetação nativa relativas às obras de gestão de resíduos, sobretudo se emitidas anteriormente ao trânsito em julgado das ações (efeitos *ex nunc*).

Os embargos opostos pela AGU ainda não foram julgados, mas há uma possibilidade de resolução deste tema ao longo de 2021, o que merece ser ativamente acompanhado pelo setor de infraestrutura e saneamento básico.

André Vivan | Paula Susanna