



Infraestrutura:
oportunidades
no Brasil

PINHEIRONETO
ADVOGADOS

1 Financiamento / Societário

- | | Páginas |
|---|---------|
| ■ Aprimoramento das alternativas de captação de recursos para projetos de longo prazo | 06 |
| ■ Financiamento de projetos sustentáveis no Brasil | 08 |
| ■ As debêntures incentivadas (debêntures de infraestrutura) à luz do novo regime das ofertas públicas de valores mobiliários | 10 |
| ■ Fundos de infraestrutura: realidade e perspectivas | 12 |
| ■ A importância de os financiadores locais observarem a Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática nos projetos de infraestrutura | 14 |
| ■ Regulamentação da Nova Lei Cambial e projetos de infraestrutura no setor energético | 16 |
| ■ Questões de <i>M&A</i> aplicáveis a concessionárias de projetos | 18 |
| ■ China pós-pandemia e a relação Brasil-China | 20 |

2 Temas relacionados a setores específicos

- | | |
|--|----|
| ■ Abertura do mercado de gás e investimentos em infraestrutura | 22 |
| ■ Desafios do setor marítimo para o desenvolvimento da energia eólica offshore no país | 24 |
| ■ O papel do Brasil na Transição energética | 26 |
| ■ A participação privada no mercado de saneamento básico | 28 |
| ■ O setor de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos após o Novo Marco Legal do Saneamento Básico e os decretos regulamentadores | 30 |
| ■ Regime de autorização ferroviária: dados atualizados | 32 |
| ■ As principais mudanças na regulamentação do Novo Marco Legal do Saneamento trazidas pelos Decretos nos 11.598 e 11.599 de 2023 | 34 |
| ■ Regulamentação da Declaração de Utilidade Pública no âmbito da ANM | 36 |

	Páginas	
3 Aspectos Tributários	<ul style="list-style-type: none"> ■ A indefinição da cobrança do ICMS sobre TUSD e TUST e as perspectivas para o julgamento da ADI 7195 no STF 38 ■ Os projetos de hidrogênio verde, ambiente regulatório e benefícios fiscais 40 ■ A posição do STF acerca da imunidade tributária recíproca do IPTU 42 	
	4 Temas relacionados a projetos	<ul style="list-style-type: none"> ■ Questões imobiliárias em projetos de infraestrutura 44 ■ Atual panorama da regulamentação do uso de precatório como moeda de pagamento 46 ■ Seguro garantia em obras vultosas de infraestrutura: Tendência do Poder Público e diferencial de empresa em licitação 48 ■ O Tribunal de Contas da União e a Administração Pública Consensual 50 ■ Infraestrutura aeroportuária e defesa da concorrência: perspectivas recentes de julgados do Cade envolvendo cartel em licitação e abuso de posição dominante 52 ■ Perspectivas sobre as principais privatizações federais e estaduais 54 ■ Atuação recente do CADE no controle prévio de operações nos setores de infraestrutura 56 ■ Seguro de transporte, a Medida Provisória 1153/2022 e sua conversão em lei: o que muda para o setor de transportes? 58 ■ O uso de dispute boards em projetos de infraestrutura e o cumprimento de suas decisões 60 ■ A evolução de modelos contratuais colaborativos em projetos de infraestrutura 62 ■ Gestão de questões ESG em projetos de infraestrutura 64 ■ <i>Compliance</i> no ramo da infraestrutura 66

Introdução

Com enorme satisfação, apresentamos o quarto relatório **Infraestrutura: oportunidades no Brasil**, de Pinheiro Neto Advogados.

Este trabalho teve a participação de sócios, consultores e associados do escritório que possuem atuação e foco em questões legais relacionadas ao desenvolvimento e financiamento de projetos de infraestrutura.

Neste material, você descobrirá **31 temas** atuais e relevantes relacionados a infraestrutura no País de acordo com nossos integrantes da Prática de Infraestrutura, como, por exemplo, (i) o papel do Brasil na transição energética, (ii) alterações ao marco legal do saneamento, (iii) tributação de projetos de hidrogênio verde, (iv) possibilidade do uso de precatórios como moeda de pagamento, (v) gestão de questões ESG em projetos de infraestrutura, (vi) financiamento de projetos sustentáveis de longo prazo, (vii) regulamentação da nova lei cambial em projetos de infraestrutura, (viii) questões de *M&A* aplicáveis a concessionárias de projetos, entre outros.

Boa leitura!

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'RS' followed by a stylized flourish.

Ricardo S. Russo
Sócio – Prática de Infraestrutura



Aprimoramento das alternativas de captação de recursos para projetos de longo prazo

O Projeto de Lei nº 2.646/2020 (PL 2.646/20), aprovado na Câmara dos Deputados e atualmente em tramitação pelo Senado Federal, visa modernizar e aprimorar as regras envolvendo a captação de recursos de longo prazo por companhias brasileiras para obtenção de recursos aos projetos de infraestrutura.

Além de endereçar a elevada demanda por novos projetos, o texto legal proposto busca criar mecanismos contratuais e regulatórios modernos, de forma a atrair investidores privados. O referido Projeto de Lei cria um instrumento financeiro, denominado debêntures de infraestrutura, as quais poderão ser emitidas por “*sociedades de propósito específico, concessionárias, permissionárias, autorizadas ou arrendatárias, constituídas sob a forma de sociedade por ações*” (art. 2º do PL 2.646/20).

A última regra de impacto para operações de *project finance* foi a criação das debêntures incentivadas, com o advento da Lei 12.431/2011. Este mecanismo proporcionou maior participação da iniciativa privada no financiamento de projetos de longo prazo, totalizando, ao longo de 2022, um volume de R\$ 40 bilhões em recursos captados, além de representar, nos últimos anos, praticamente 50% dos desembolsos para operações voltadas a projetos de infraestrutura (o saldo restante é concedido, ainda, por bancos públicos).

Entre os principais temas trazidos pelo PL 2.646/20, as seguintes propostas chamam a atenção:

- a. Criação de benefícios fiscais em operações de ofertas de *bonds* realizadas por companhias brasileiras cujos recursos sejam alocados em projetos prioritários de infraestrutura, de forma a permitir o financiamento externo direto por investidores estrangeiros em projetos de longo prazo locais. O texto proposto prevê isenção tributária para os juros decorrentes da operação de crédito internacional;
- b. Flexibilização de regras aplicáveis às debêntures incentivadas, notadamente quanto à possibilidade de indexação do valor principal das debêntures por outros índices de mercado (e não apenas vinculada a índices de preços ou taxa referencial), inclusive pela variação cambial;
- c. Ampliação do prazo para utilização de recursos captados por meio de debêntures incentivadas para pagamento ou reembolso, despesas e dívidas de projetos incorridas em até 60 meses previamente à realização da oferta (atualmente o prazo é de até 24 meses);
- d. Criação de novo valor mobiliário de dívida voltado ao *funding* de projetos de infraestrutura, cujo emissor (e não o investidor, como no caso das debêntures incentivadas) terá direito a benefícios fiscais. Esta medida, inclusive, tem por objetivo ampliar os tipos de investidores do setor privado que podem adquirir títulos voltados ao financiamento de projetos de infraestrutura, notadamente investidores institucionais, que buscam para seus investimentos taxas mais atrativas do que aquelas apresentadas atualmente em operações de longo prazo;
- e. Revogação de necessidade de edição de ato ministerial para enquadramento do projeto de infraestrutura e;
- f. Concessão de benefícios adicionais às companhias emissoras de títulos voltados ao financiamento de projetos de longo prazo que obtenham certificação socioambiental ou de sustentabilidade (ESG). Atualmente, pelo Decreto 10.387/2020, projetos com tal certificação têm tratamento mais célere quando de seu enquadramento para fins de ofertas de debêntures incentivadas. Pelo texto proposto, emissores de tais títulos terão direito, ainda, a certos benefícios fiscais.



O mercado local de *project finance* já conta, desde a criação das debêntures incentivadas, com mecanismo adicional às fontes de *funding* tradicionais (como BNDES e bancos públicos) deste segmento. O Projeto de Lei aqui mencionado não apenas proporciona a modernização das estruturas atualmente existentes, como também amplia o leque de investidores da iniciativa privada (notadamente estrangeiros e institucionais locais) que poderão atuar de maneira mais ativa em operações de financiamento de projetos de longo prazo no País. De fato, a criação das debêntures incentivadas poderá contribuir para a expansão dos investimentos locais, tendo potencial para mudar o cenário do financiamento de infraestrutura brasileiro.

Somado ao PL 2.646/20, o Ministério da Fazenda anunciou em 20.4.2023 um pacote de medidas estruturais para fomentar investimentos em infraestrutura e aprimorar os mercados de crédito privado e de seguros, tendo por objetivo facilitar o acesso a tais mercados e reduzir as taxas de juros praticadas.

Entre as medidas anunciadas, o Ministério da Fazenda indicou que o Decreto 8.874/16, que regulamenta as condições para aprovação de projetos de investimento considerados como prioritários para fins de emissão de debêntures incentivadas, será alterado para incluir novos setores passíveis de financiamento com o referido instrumento.

Com o novo Decreto, seis novos setores passarão a poder emitir debêntures incentivadas, com benefícios ambientais e sociais relevantes, quais sejam: (i) educação, (ii) saúde, (iii) segurança pública e sistema prisional, (iv) parques urbanos e unidades de conservação, (v) equipamentos culturais e esportivos e (vi) habitação social e requalificação urbana; lembrando que, atualmente, os setores previstos no Decreto 8.874/16 são: (i) logística e transporte, (ii) mobilidade urbana, (iii) energia, (iv) telecomunicações, (v) radiodifusão, (vi) saneamento básico e (vii) irrigação e, além disso, a regulamentação atualmente vigente permite a implementação de ofertas no setor de iluminação pública, bem como em projetos de infraestrutura com benefícios sociais e ambientais.

Com a implementação da medida, espera-se a redução do custo de capital dos projetos nas áreas mencionadas e a melhora da viabilidade dos projetos de parcerias público-privadas nos segmentos de infraestrutura social, aumentando a disponibilidade e melhorando o acesso da população a tais serviços.

A expansão dos setores que podem usufruir dos benefícios da emissão de debêntures incentivadas é um pleito antigo do mercado, e a alteração anunciada chega em boa hora para fomentar o financiamento de projetos de longo prazo em setores prioritários que carecem de fontes adequadas de *funding*.



■ Ricardo S. Russo
Sócio
russo@pn.com.br



■ Camila M. Derisio
Associada
cderisio@pn.com.br

Financiamento de projetos sustentáveis no Brasil

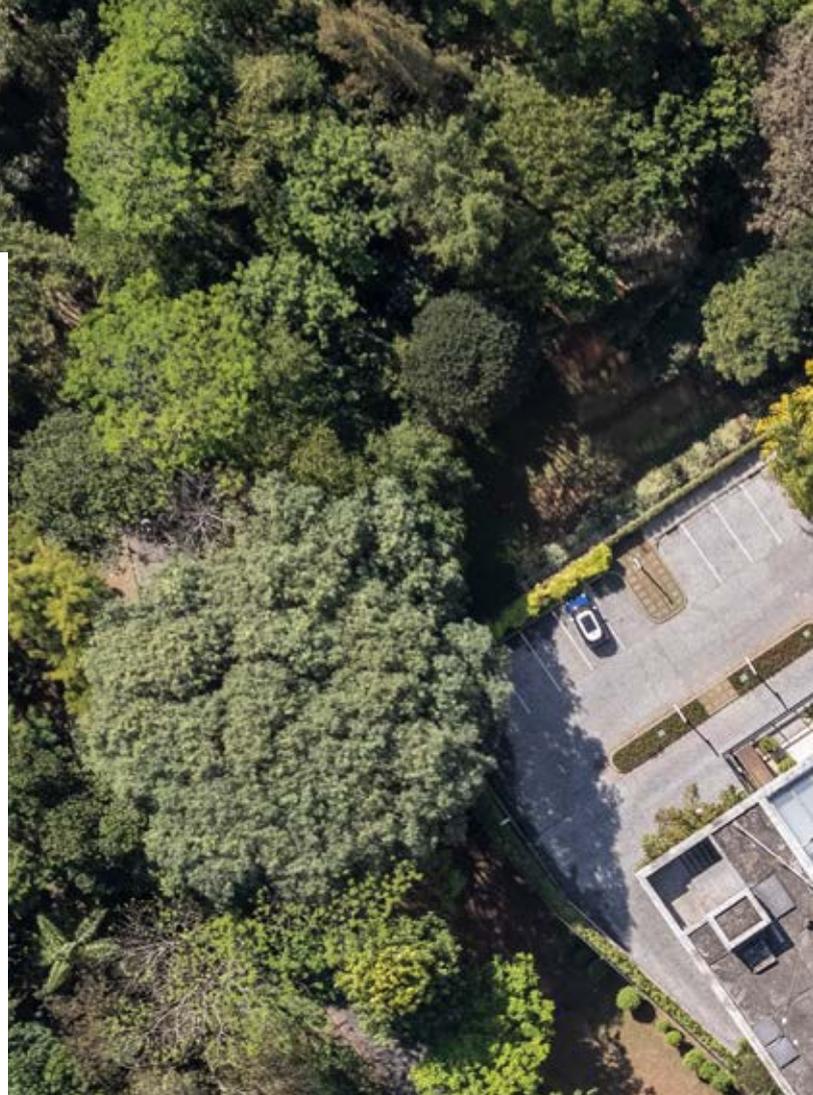
Desde a edição do Decreto nº 10.387, de 5 de junho de 2020 (Decreto 10.387/20), que incluiu projetos que “*proporcionem benefícios ambientais ou sociais relevantes*” no rol de projetos de investimento passíveis de enquadramento como prioritários, para fins de emissões de debêntures de infraestrutura (ou incentivadas)¹, notou-se uma propagação do interesse, por companhias e investidores, pelos chamados “títulos verdes”.

Isso porque, além dos benefícios tributários assegurados aos titulares de debêntures incentivadas a partir do momento em que tais projetos passaram a ser designados como relevantes para fins sociais e ambientais, conforme expressamente estabelecido no Decreto 10.387/20, foi facilitada a certificação de tais debêntures como “títulos verdes”. Como sabido, a depender do investidor, essa certificação pode ser um fator decisivo na decisão de aquisição de um valor mobiliário.

Contudo, há alternativas para obtenção de financiamentos para projetos sustentáveis, mesmo sem o enquadramento de um projeto como prioritário e consequente emissão de debêntures incentivadas. Estes podem ser viabilizados por meio de ofertas públicas, no mercado de capitais, de diversos instrumentos financeiros de renda fixa, tais como debêntures simples, notas comerciais, notas promissórias e certificados de recebíveis (incluindo os certificados de recebíveis imobiliários – CRI e os certificados de recebíveis do agronegócio – CRA).

Esses instrumentos de financiamento deverão atender a propósitos ambientais e/ou sociais, seguindo elevados padrões de governança, e podem ser classificados em dois formatos: (i) títulos de uso de recursos (*use of proceeds bonds*) e (ii) títulos vinculados a metas ESG (*ESG bonds*).

Outro importante fator de um título sustentável é a necessidade de realização de um reporte contínuo aos investidores e ao mercado em geral sobre a utilização dos recursos e/ou o cumprimento de metas preestabelecidas



Os títulos de uso de recursos são aqueles cujos montantes captados devem ser destinados exclusivamente à realização de investimentos ou de projetos com impactos ambientais ou sociais. Os títulos vinculados a metas ESG, por sua vez, possuem destinação livre, mas, ao emití-los, a companhia se comprometerá com o atingimento e/ou a manutenção de metas previamente estabelecidas, cujo descumprimento poderá implicar alterações automáticas nas características da dívida (e.g. alteração de taxa de juros ou no prazo de vencimento).

No processo de estruturação de um título sustentável, é usual que sejam contratadas consultorias externas para assessorar as companhias na elaboração dos projetos e/ou na definição das metas, os quais normalmente são descritos em documento denominado “*Framework para Captações Sustentáveis*”.

Além da consultoria externa descrita acima, que é facultativa, será necessária a contratação de uma instituição especializada que valide as características da emissão e do título de acordo com pilares de sustentabilidade amplamente aceitos, para que, assim, a emissão obtenha o “carimbo verde”. Esta validação por uma entidade independente é essencial para que um título seja considerado “sustentável” pelos investidores em geral. Ou seja, apesar de ser onerosa a contratação dessa empresa especializada, após obtida a certificação, ela se traduzirá em aumento no interesse dos investidores pelos títulos.

¹ Conforme previsto na Lei nº 12.431, de 24 de junho de 2011



Outro importante fator de um título sustentável é a necessidade de realização de um reporte contínuo aos investidores e ao mercado em geral sobre a utilização dos recursos e/ou o cumprimento de metas preestabelecidas. Esse reporte normalmente é realizado com periodicidade anual.

No cenário global de desenvolvimento sustentável, é notória a necessidade de investidores e empresas atenderem a requisitos mínimos de sustentabilidade para gerar valor aos seus *stakeholders* e à sociedade impactada por suas atividades. A tendência é de que cada vez mais as empresas sejam avaliadas também por seus impactos ambientais e sociais, bem como por sua estrutura de governança, os quais deverão ser fatores estratégicos para a obtenção de investimentos e o desenvolvimento de projetos.

Considerando o contínuo crescimento da consciência ambiental que o mundo está vivenciando, espera-se que a demanda por títulos sustentáveis seja cada vez mais acentuada. Felizmente, o mercado de capitais brasileiro vem se mostrando capaz de atender a esta demanda crescente e, ainda, de estabelecer diretrizes e padrões alinhados àqueles que já são amplamente aceitos no mercado internacional.



■ Rodrigo Vieira
Associado
rvieira@pn.com.br



■ Felipe Moraes Assunção
Associado
fassuncao@pn.com.br



As debêntures incentivadas (debêntures de infraestrutura) à luz do novo regime das ofertas públicas de valores mobiliários

No começo deste ano, em 2 de janeiro de 2023, entrou em vigor a Resolução da Comissão de Valores Mobiliários nº 160 (Resolução CVM 160), que instituiu o novo regime aplicável às ofertas públicas de valores mobiliários e à negociação dos valores mobiliários ofertados no mercado de capitais brasileiro, substituindo as Instruções CVM 400 e 476, que regulavam, respectivamente, as ofertas públicas então sujeitas a registro prévio perante a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e as ofertas públicas distribuídas com esforços restritos, então dispensadas de registro perante a CVM.

Com o novo marco regulatório, todas as ofertas públicas passaram a ter de ser registradas perante a CVM, sendo que a Resolução CVM 160 estabeleceu dois ritos diferentes de registro, que variam de acordo com a natureza do emissor, o tipo de valor mobiliário ofertado e o público destinatário da oferta, sendo eles: (i) rito de registro automático de distribuição e (ii) rito de registro ordinário de distribuição.

O rito de registro automático de distribuição é semelhante ao rito observado pelas antigas ofertas públicas distribuídas com esforços restritos, que eram reguladas pela Instrução CVM 476, uma vez que o registro da oferta não se sujeita à análise prévia da CVM e a distribuição pode ser realizada automaticamente se cumpridos determinados requisitos e procedimentos previstos na Resolução CVM 160.

A Resolução CVM 160 contempla, no rol das ofertas públicas sujeitas ao rito automático, as ofertas de debêntures incentivadas, também conhecidas como debêntures de infraestrutura, destinadas exclusivamente a “Investidores Qualificados”. Esta disposição representa um importante avanço para as debêntures incentivadas, uma vez que, no regime anterior das ofertas públicas (Instruções CVM 400 e 476), as debêntures incentivadas somente estariam dispensadas do registro perante a CVM se fossem destinadas exclusivamente a “Investidores Profissionais”. Logo, se a intenção fosse colocar as debêntures incentivadas junto a “Investidores Qualificados”, a oferta precisaria ser registrada na CVM, o que implicaria custos adicionais e demandaria mais tempo no cronograma da oferta.

No novo regime, as debêntures incentivadas podem ser distribuídas junto a “Investidores Qualificados”, desde que sejam divulgados os prospectos e a lâmina da oferta, mas sem que haja a necessidade da análise prévia da documentação da oferta por parte da CVM, com o registro da oferta sendo deferido automaticamente.

Para ilustrar o ganho do público-alvo que as ofertas de debêntures incentivadas tiveram com a Resolução CVM 160, vale lembrar que são considerados “Investidores Profissionais”, entre outros, as pessoas naturais ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 10 milhões, enquanto que os “Investidores Qualificados” são as pessoas naturais ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 1 milhão, entre outros. Ou seja, com a nova regra, as debêntures incentivadas podem ser distribuídas, sem a necessidade da análise prévia da CVM, junto a um público muito maior do que quando as ofertas eram sujeitas às regras da Instrução CVM 476.

[...] as debêntures incentivadas são isentas de imposto de renda para pessoas físicas



Um ponto que vale destacar é que as debêntures incentivadas são isentas de imposto de renda para pessoas físicas. Diante disso, a possibilidade atribuída a um maior número de pessoas físicas de investir primariamente nas debêntures incentivadas pode representar um ganho para emissores e coordenadores na colocação das debêntures incentivadas nas ofertas públicas a serem realizadas sob a nova regra da Resolução CVM 160.

A título informativo, apenas no ano de 2022, foram emitidos R\$ 40 bilhões em debêntures incentivadas, sendo o volume total distribuído entre 2012 – ano em que a Lei 12.431 entrou em vigor – e 2022 de R\$ 211,4 bilhões. Deste total, R\$ 79,1 bilhões (41,5%) foram integralizados por instituições financeiras e R\$ 46,9 bilhões (24,7%) por pessoas físicas.

Acreditamos que o número, já significativo, de investidores pessoas físicas que investem em debêntures incentivadas poderá ser ainda maior no futuro, tendo em vista as mudanças promovidas pela Resolução CVM 160 aqui apresentadas.



■ Marcos Saldanha
Proença
Consultor
mproenca@pn.com.br



■ Luísa Reis Lopes
Correia
Associada
lcorreia@pn.com.br



Fundos de infraestrutura: realidade e perspectivas

A demanda pelo financiamento de projetos de infraestrutura por meio de emissões de títulos e valores mobiliários no mercado de capitais brasileiro e internacional tem crescido expressivamente se comparada àquela por empréstimos do BNDES e de bancos públicos¹.

De um lado, essa tendência reflete a gradativa redução do tamanho e da influência da participação do BNDES no financiamento de projetos de infraestrutura. De outro, ela é potencializada por benefícios tributários como os concedidos a debêntures incentivadas pela Lei nº 12.431/2011, o que tornou essa modalidade de investimento ainda mais atrativa a um público investidor com perfil cada vez mais diversificado.

Nesse cenário, os fundos de investimento têm se apresentado como alternativa testada e eficiente não apenas para a ampliação da base de investidores em valores mobiliários atrelados ao financiamento de projetos de infraestrutura, mas também para o fomento do mercado secundário desses ativos financeiros.

Entre os fundos de investimento voltados a investir preponderantemente em projetos de infraestrutura, destacam-se:

- i. Fundos de Investimento em Participações em Infraestrutura (FIP-IE), com políticas de investimento destinadas a alocações em projetos de infraestrutura implementados após 22 de janeiro de 2007 e expansões de projetos já existentes, implantados ou em processo de implantação, desde que os respectivos investimentos e resultados da expansão sejam segregados mediante a constituição de sociedade de propósito específico em território nacional (Lei nº 11.478/2007 e Instrução CVM nº 578/2016) e;

- ii. Fundos Incentivados de Investimento em Infraestrutura (FI-Infra) e fundos de renda fixa, cujas políticas de investimento incluem preponderantemente alocações em debêntures incentivadas e outros valores mobiliários² destinados à captação de recursos em projetos de infraestrutura (Lei nº 12.431/2011).

Entre as diversas iniciativas recentemente adotadas pelo setor público no sentido de fomentar desenvolvimento, inovação, inclusão, sustentabilidade e modernização do ambiente do mercado de capitais brasileiro³, a CVM editou em dezembro de 2022 a Resolução nº 175 (RCVM 175), que estabeleceu o novo marco regulatório dos fundos de investimento no Brasil e regulamentou as inovações trazidas pela Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) aplicáveis a fundos de investimento.

Com o intuito de simplificar a estrutura normativa e harmonizar a aplicação pelos agentes de mercado das regras esparsas que regem fundos de investimento, a RCVM 175 foi dividida em uma “parte geral”, aplicável a todas as categorias de fundos de investimento, e “Anexos Normativos”, cada qual destinado a regular as respectivas categorias desses veículos.

A partir da entrada em vigor da nova norma, que deverá ocorrer em 2 de outubro de 2023⁴, os fundos incentivados em infraestrutura criados pela Lei nº 12.431/2011 passam a ser regidos pelo Anexo Normativo que trata dos “Fundos de Investimento Financeiros” (FIFs), nova denominação adotada pela CVM para os fundos até então regulamentados pela Instrução CVM nº 555/2014 (portanto, incluem-se nessa categoria os fundos de investimento em ações, cambiais, multimercado e em renda fixa, além dos fundos incentivados em infraestrutura).

¹ Nesse sentido, por exemplo, o Boletim Informativo de Debêntures Incentivadas do Ministério da Economia dá conta de que o percentual da participação de debêntures de infraestrutura em relação ao CAPEX dos projetos realizados entre 2012 e 2022 ultrapassava 50% para projetos nos setores de energia, transporte/logística e telecomunicações, atingindo mais de 85% para projetos de saneamento (dados publicados até dezembro de 2022 – vide <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-de-debentures-incentivadas>).

² Ou seja, debêntures emitidas por sociedade de propósito específico constituída sob a forma de sociedade por ações, debêntures objeto de distribuição pública, emitidas por concessionária, permissionária, autorizatória ou arrendatária ou suas controladoras, desde que, em qualquer caso, constituídas sob a forma de sociedade por ações, certificados de recebíveis imobiliários e cotas de emissão de fundo de investimento em direitos creditórios, constituídos sob a forma de condomínio fechado, todos relacionados à captação de recursos com vistas a implementar projetos de investimento na área de infraestrutura ou de produção econômica intensiva em pesquisa, desenvolvimento e inovação, considerados como prioritários na forma regulamentada pelo Poder Executivo Federal.

³ Conforme nota publicada pelo presidente da CVM, João Pedro Nascimento, por ocasião da divulgação do Relatório de Gestão CVM 2022.

⁴ Originalmente, a RCVM 175 entraria em vigor no dia 3 de abril de 2023. No entanto, Resolução CVM nº 181, de 28 de março de 2023, prorrogou o início de vigência da RCVM 175 para 2 de outubro de 2023, a fim de facilitar a adequada implementação das novas normas pelos agentes de mercado.

Os Fundos de Investimento em Participações em Infraestrutura (FIP-IE) permanecem sujeitos às normas estabelecidas na Instrução CVM nº 578/2016 até que a CVM edite o Anexo Normativo que tratará dos Fundos de Investimento em Participações (FIPs), que então passará a integrar a RCVM 175 em sua “parte especial”.

De qualquer forma, as regras gerais já refletidas na RCVM 175 trouxeram inovações importantes que buscam concretizar as diretrizes da Lei de Liberdade Econômica voltadas a conferir maior segurança jurídica a determinadas relações comerciais, das quais tendem a se beneficiar todas as categorias de fundos que invistam em projetos de infraestrutura a partir da vigência dos respectivos anexos normativos.

Destacamos algumas dessas inovações a seguir:

- i. **Responsabilidade limitada dos cotistas.** A RCVM 175 prevê a possibilidade de limitação de responsabilidade dos cotistas ao valor das cotas por eles subscritas, com o detalhamento das regras e os procedimentos que deverão ser observados em cada caso bem como a distinção das hipóteses em que tal limitação poderá ser aplicável, ou não, aos cotistas de determinados fundos de investimento. A limitação de responsabilidade dos cotistas sempre representou uma questão especialmente importante aos investidores estrangeiros. A potencial responsabilidade ilimitada dos cotistas (até o início do prazo de vigência da RCVM 175) constitui aspecto desvantajoso na estruturação de operações envolvendo fundos de investimento no Brasil, especialmente se levarmos em consideração outras jurisdições que apresentam veículos nos quais a limitação de responsabilidade do investidor é a regra geral.
- ii. **Classes de cotas com patrimônio segregado e subclasses.** A RCVM 175 traz uma relevante flexibilização nas regras de segregação patrimonial ao permitir, de forma pioneira no Brasil, a criação de fundos de investimento de qualquer categoria com estruturas de classes de cotas e subclasses dotadas de direitos (políticos e/ou econômicos) e obrigações distintos entre si. Além disso, cria-se a possibilidade de segregação do patrimônio do fundo atribuído a cada uma delas, de tal forma que o respectivo patrimônio que a compõe não se confunda com aquele das demais classes de emissão do mesmo fundo. Com isso, permite-se que cada determinado “compartimento” do fundo responda apenas pelas respectivas obrigações atreladas a determinados ativos que lhes sejam atribuídos no regulamento e na documentação constitutiva do fundo, a exemplo do que já se verificava em outras jurisdições. Isso certamente gerará “economia de escala” na medida em que poderemos ter várias operações dentro de um mesmo fundo de investimento com segregação patrimonial por meio de diferentes classes de cotas e público-alvo.
- iii. **Regime de insolvência de fundos de investimento.** A nova norma regulamentou a aplicação do regime de insolvência civil, que passou a ser expressamente aplicável a fundos de investimento nos termos da Lei de Liberdade Econômica.

Espera-se que as novidades igualmente trazidas pela RCVM 175 à disciplina dos fundos de infraestrutura, incluindo maior segurança jurídica na limitação da responsabilidade dos respectivos cotistas e na aplicação do novo regime de insolvência, tornem esses veículos ainda mais relevantes e atrativos como alternativa prioritária de financiamento de mercado a projetos de infraestrutura.



■ Enrico Bentivegna
Sócio
ebentivegna@pn.com.br



■ Caio Ferreira Silva
Sócio
csilva@pn.com.br



■ Rodrigo Vieira
Associado
rvieira@pn.com.br



A importância de os financiadores locais observarem a Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática nos projetos de infraestrutura

Editada em 15 de setembro de 2021, a Resolução CMN nº 4.945 (Resolução 4.945) dispõe sobre a Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática (PR SAC) e ações com vistas à sua efetividade. Nos termos da Resolução 4.945, as instituições financeiras devem estabelecer uma PR SAC e observar os critérios nela estabelecidos na condução de seus negócios, atividades e processos.

A PR SAC consiste no conjunto de princípios e diretrizes de natureza social, ambiental e climática a ser observado pela instituição na condução de seus negócios, atividades e processos, bem como em sua relação com as partes interessadas. A intenção do Banco Central do Brasil (Banco Central) ao publicar a Resolução 4.945 foi ampliar a sua atuação no estabelecimento de medidas sobre aspectos sociais e ambientais, condensados na expressão *Environmental, Social and Governance (ESG)*, estabelecendo novas diretrizes a serem seguidas pelas instituições reguladas.

Essa prática está em linha com a atuação proativa que o Banco Central adota há tempos, e configura o reconhecimento da importância do adequado tratamento dos riscos decorrentes de questões sociais, ambientais e climáticas. Ressaltamos que o risco socioambiental e climático deve ser identificado pela instituição como um componente das diversas modalidades de risco a que está exposta, e é justamente na identificação desse componente de risco que as instituições financeiras devem concentrar seus esforços, especialmente no caso de projetos com um grande impacto ambiental, como são os projetos de infraestrutura.

A identificação e mitigação eficientes dos riscos ambientais em projetos de larga escala são essenciais para que sejam desenvolvidos os aspectos ESG propostos pelo Banco Central, ainda mais pelas implicações que projetos de infraestrutura trazem para toda a coletividade, já que são uma excelente forma de promover o desenvolvimento regional de forma sustentável. Assim, ao participar de um projeto de infraestrutura de grandes proporções, é fundamental que as instituições financeiras atentem aos princípios norteadores instituídos pela Resolução 4.945 e suas próprias PR SACs, para que o desenvolvimento do projeto seja benéfico para todos os *stakeholders*. A esse respeito, a prática internacional adotada em projetos de infraestrutura de grande escala tem sido a contratação de empresas independentes para acompanhar o cumprimento dos compromissos assumidos por financiados e financiadores. Iniciativa similar tem sido vista com mais frequência na emissão dos chamados *green bonds*, para a checagem de metas a serem cumpridas.

A Resolução 4.945 também prevê que, em caso de descumprimento ou não observância das diretrizes da PR SAC, o Banco Central poderá determinar a adoção de controles e procedimentos adicionais visando ao seu aperfeiçoamento, estabelecendo prazo para sua implementação. Ainda, caso seja comprovada a omissão no cumprimento da PR SAC, restando demonstrada a falha de procedimentos e controles internos, a instituição que incorrer nessa hipótese estará sujeita à instauração de processo administrativo sancionador, regulado pela Lei nº 13.506/2017 e Resolução BCB nº 131/2021, e à responsabilização por eventuais danos socioambientais.



No entanto, apesar de estabelecer as diretrizes e os princípios norteadores, a Resolução 4.945 é genérica quanto às ações com vistas à sua efetividade. Em vista disso, as instituições financeiras têm desenvolvido medidas e critérios personalizados para adequar o seu envolvimento em projetos de infraestrutura aos parâmetros estabelecidos pelas suas respectivas PRSACs.

Entre as práticas observadas, é possível destacar algumas soluções adotadas por algumas instituições e disponibilizadas ao público como a criação de linhas de crédito específicas para o financiamento de projetos de infraestrutura sustentáveis, a disponibilização de linhas de apoio não reembolsáveis destinadas a apoiar projetos que possuam caráter social vinculados ao desenvolvimento social e regional bem como o desenvolvimento e a oferta de serviços específicos voltados para projetos com benefícios socioambientais.

Portanto, ao implementar soluções inovadoras e eficientes, atuando para viabilizar o desenvolvimento de projetos de infraestrutura sustentáveis, as instituições financeiras utilizam sua influência e capacidade de financiamento para promover impactos positivos no meio ambiente e em toda a sociedade, fazendo jus à agenda ESG proativa que vem sendo implementada pelo Banco Central no sentido de utilizar as instituições por ele reguladas como indutoras do crescimento e desenvolvimento sustentável da economia brasileira.



■ José Luiz Homem de Mello
Sócio
jhmello@pn.com.br



■ Leonardo Baptista Rodrigues Cruz
Sócio
lcruz@pn.com.br



■ Francisco Renato Gaiotto de Melo
Integrante
fgaiotto@pn.com.br



Regulamentação da Nova Lei Cambial e projetos de infraestrutura no setor energético

A Nova Lei Cambial e dos Capitais Internacionais (LCCI), como tem sido chamada a Lei nº 14.286, entrou em vigor em 31 de dezembro de 2022. Na mesma data, o Banco Central do Brasil editou, entre outras, a Resolução nº 277, que regulamenta a LCCI em relação ao mercado de câmbio e ao ingresso no País e à saída do País de valores em reais e em moeda estrangeira.

No que diz respeito aos projetos do setor energético, a regulamentação basicamente manteve a possibilidade de manutenção de contas de depósito em moeda estrangeira por empresas encarregadas da implementação e do desenvolvimento de projetos relacionados com a prospecção, produção, exploração, processamento e transporte de petróleo e de gás natural e com a geração e transmissão de energia elétrica.

Adicionalmente, as empresas detentoras de direitos de exploração e produção de petróleo e gás natural podem ser titulares de conta de depósito em moeda estrangeira destinada exclusivamente ao depósito de fundos de provisionamento em garantia a despesas com o descomissionamento de instalações de produção em campos de petróleo e gás natural, conforme regulamentação sobre fundos de provisionamento editada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

Como se pode observar, não houve ampliação das atividades desses setores contempladas pela relevante faculdade de manutenção de contas em moeda estrangeira, mecanismo relevante de mitigação do risco cambial envolvendo investimentos e financiamentos estrangeiros.

O governo federal indicou recentemente seis eixos estratégicos para investimentos em infraestrutura,

sendo um deles a transição energética, tema de destaque na política energética nacional há décadas. A esse respeito, vale mencionar que a ANP foi originalmente denominada apenas Agência Nacional do Petróleo. Desde 2005, a ANP passou à atual denominação, em linha com o processo de transição energética que já estava em curso naquele momento, especialmente nos combustíveis.

A LCCI, bastante festejada como um marco de flexibilização cambial, estabeleceu competência

ao Banco Central do Brasil para regulamentar as contas em moeda estrangeira no País, inclusive quanto aos requisitos e procedimentos para sua abertura e movimentação, sem qualquer limitação aos setores ou às atividades a serem contemplados.

A regulamentação do Banco Central do Brasil poderia, no entanto, ter considerado outras atividades do setor de petróleo, gás natural e, também, de biocombustíveis.

Os desafios atuais diferem daqueles existentes quando foi concedida originalmente a faculdade de abertura de contas em moeda estrangeira por empresas do setor energético



O setor de gás natural, por exemplo, passa, atualmente, por um processo de abertura, com aumento do número de agentes ofertantes desse energético identificado por muitos como o combustível da transição.

O sucesso dessa abertura depende de investimentos em outras atividades autorizadas pela ANP, especialmente gasodutos de escoamento, terminais de gás natural liquefeito e estocagem de gás. Essas atividades, que receberam grande destaque na Nova Lei do Gás (Lei nº 14.134, de 8 de abril de 2021), não foram contempladas pela regulamentação.

Quanto aos biocombustíveis, incluindo etanol, biodiesel, biogás e biometano, é importante que contem com incentivos regulatórios (neste caso, de regulação cambial) que sejam, ao menos, compatíveis com aqueles direcionados aos combustíveis fósseis, para que possam acessar os mesmos mercados de capital e financeiro na implementação de projetos que envolvam produção, tratamento e comercialização, entre outras atividades.

Os desafios atuais diferem daqueles existentes quando foi concedida originalmente a faculdade de abertura de contas em moeda estrangeira por empresas do setor energético. Os investimentos a serem incentivados no setor energético não se resumem mais à prospecção, produção, exploração, processamento e transporte de petróleo e de gás natural e à geração e transmissão de energia elétrica.

É recomendável, portanto, que a regulamentação cambial tenha seu escopo ampliado e incentive, também, investimentos em outras atividades do setor de petróleo, gás natural e biocombustíveis, em linha com os objetivos da política energética nacional de mitigar as emissões de gases causadores de efeito estufa e de poluentes nos setores de energia e de transportes, inclusive com o uso de gás natural e biocombustíveis.



■ Marcello Lobo
Sócio
mlobo@pn.com.br



■ Luiza Miranda
Rodrigues Cima
Associada
lmcima@pn.com.br



■ Questões de M&A aplicáveis a concessionárias de projetos

A sinalização da priorização de projetos de infraestrutura na agenda de investimentos pelo Governo Federal pode impulsionar operações de M&A envolvendo concessionárias de serviços públicos como alvo. Historicamente, concessionárias de projetos no Brasil enfrentam diversas barreiras para o sucesso dos empreendimentos, como a logística precária do país, altos custos de transação e complexidade fiscal e regulatória. Discussões recentes sobre maior atuação do Estado no financiamento de projetos e o papel do BNDES visam, em tese, trazer maior segurança jurídica à iniciativa privada e fomentar projetos estruturantes.

Como consequência, as concessionárias de serviços públicos (estejam os projetos nas mais diversas fases, como em construção ou em estágio operacional) tornam-se ativos mais atrativos a investidores estratégicos ou financeiros que buscam ingressar ou consolidar sua atuação no país em setores de infraestrutura, como gás e energia, água e saneamento, transporte e logística.

Neste contexto, cabe destacar algumas das questões tipicamente levantadas em operações de M&A envolvendo ativos objeto de concessão pública (ou seja, a compra de uma concessionária por investidores):

Os contratos definitivos devem indicar a obtenção da anuência do órgão regulador como efetiva condição precedente para a implementação da operação de compra da concessionária

1 – Capacidade financeira, técnica e operacional

Os contratos de concessão, por ter um ativo regulado como objeto, geralmente estabelecem parâmetros mínimos de capacidade financeira, técnica e operacional que devem ser observados pelo controlador da entidade concessionária.

No âmbito de um M&A envolvendo a concessionária, é fundamental, então, que a aquisição seja precedida de um estudo detalhado dos requisitos aplicáveis ao ativo alvo e ao seu controlador. Essa análise busca garantir que o potencial adquirente (seja diretamente, seja por meio de seu grupo econômico) consegue comprovar não apenas sua capacidade financeira, mas também a habilitação técnica e operacional para operar o ativo em questão. Este aspecto torna-se ainda mais relevante quando se tem na ponta compradora um investidor estrangeiro que deseja ingressar no país ou um novo *player* nacional, e que, portanto, não possui histórico técnico-operacional em face do agente regulador.

2 – Responsabilidade do acionista controlador

Considerando que, tipicamente, a concessionária é uma sociedade de propósito específico constituída para os fins do projeto, o seu acionista controlador costuma figurar como interveniente no contrato de concessão, na qualidade de garantidor das obrigações assumidas pela concessionária.

É crucial, então, que o adquirente de uma concessionária (i) confirme se o contrato de concessão apresenta vedações ou restrições para a troca de controlador da concessionária (e eventuais medidas societárias e/ou contratuais que possam atender tal exigência) bem como (ii) realize uma análise do escopo e alcance das garantias, responsabilidades e indenizações a serem assumidas perante o poder concedente. A mesma precaução deve ser tomada em eventuais estruturas de *funding* nas quais bancos privados atuam como repassadores do financiamento do projeto.

3 – Anuência prévia do agente regulador

Usualmente, a transferência do controle de uma concessionária de serviço público (ou seja, de um ativo regulado) exige autorização prévia do órgão regulador competente. Esse processo de autorização pode ser acompanhado de escrutínio maior pelo Poder Público acerca da operação pretendida e da estrutura societária do comprador, resultando em possíveis atrasos no cronograma do *M&A*.

Os contratos definitivos devem indicar a obtenção da anuência do órgão regulador como efetiva condição precedente para a implementação da operação de compra da concessionária. Em paralelo, as partes devem avaliar a melhor estratégia de apresentação do comprador ao agente regulador, de modo a reduzir potenciais questionamentos que o agente pode vir a formular e mitigar incertezas decorrentes da demora na emissão da autorização necessária.

Obviamente, os pontos supracitados não são os únicos aspectos que precisam ser avaliados no contexto de uma operação de *M&A* envolvendo concessionárias de projetos. O momento da aquisição *vis-à-vis* o *status* do projeto, as eventuais exigências envolvendo terceiros (em especial, credores), os requisitos específicos de certas agências reguladoras, o prazo de vigência da concessão e a possibilidade de sua renovação são alguns temas, entre tantos outros, que precisam ser ponderados e analisados em cada caso. Apesar disso, operações de *M&A* para a aquisição de concessionárias de projetos parecem ser um caminho viável e promissor para ingresso ou expansão de atuação de *players* no setor de infraestrutura nacional.



■ Renato Holsback
Consultor
rholsback@pn.com.br



■ Gabriella Lima Florner
Associada
gflorner@pn.com.br



China pós-pandemia e a relação Brasil-China

O Brasil tem um histórico comercial bastante sólido com a China. De um lado, o Brasil é um grande fornecedor de *commodities*, e vimos que, nas últimas duas décadas, várias empresas brasileiras investiram e estabeleceram escritórios de representação, operações ou parcerias na China. Na direção oposta, também presenciamos investimentos expressivos no Brasil por parte de grandes empresas estatais chinesas (principalmente nos setores de mineração, energia e óleo e gás), assim como do setor privado chinês (automóveis, máquinas, agronegócio).

Recentemente, notamos uma nova tendência dos negócios chineses no Brasil: a mineração continua em alta, agora com foco em novos minérios, como o lítio; os investimentos em energia renováveis, como a solar e eólica, estão cada vez mais significativos. Esses investimentos relacionados à sustentabilidade atraíram também grandes fabricantes chineses de veículos elétricos para o Brasil, como a BYD e a Great Wall Motors.

Nesse contexto, apesar dos receios, os chineses veem o cenário de investimentos no Brasil de forma positiva

Essa tendência foi ainda mais enfatizada durante a recente visita do presidente Lula à China, cujas discussões concentraram-se em sustentabilidade, tecnologia e inovação. Entre os múltiplos acordos assinados entre os dois países, os destaques foram para energias renováveis, indústria automotiva, agronegócio, economia verde, tecnologia da informação e infraestrutura.

Ainda conectando sustentabilidade e infraestrutura, podemos também mencionar o rápido crescimento do banco multilateral de desenvolvimento com sede na China, o *Asian Infrastructure Investment Bank (AIIB)*, e seu interesse em países não regionais, como o Brasil. Para que os projetos de membros não regionais sejam financiados, é

necessário que esses projetos (i) tenham conexão com a Ásia, ou seja, o investimento deve trazer benefícios para a Ásia como, por exemplo, um porto cuja destinação substancial da exportação seja para a Ásia ou a importação venha substancialmente de produtos fabricados na Ásia; ou (ii) tragam benefícios para a região investida, mas que também sejam percebidos globalmente, tais como projetos de geração de energia ou eletrificação de frotas, cujos resultados venham a reduzir a pegada de carbono e contribuir no combate à mudança climática. O banco pode destinar até 15% de seu capital para projetos fora do continente asiático, o que dá bastante margem para novos investimentos em infraestrutura no Brasil.



No entanto, todas essas oportunidades também vêm com alguns desafios, como a atual incerteza geopolítica mundial, as oscilações na economia brasileira, as mudanças regulatórias e legislativas, a barreira cultural e linguística, etc. Dentre os principais obstáculos nas relações entre brasileiros e chineses estão a complexidade da nossa legislação e a morosidade do nosso sistema judiciário. Por exemplo, as leis e reclamações trabalhistas no Brasil ainda são uma preocupação, visto que a realidade brasileira é significativamente diferente da chinesa. Com a mudança de governo, estamos também acompanhando possíveis alterações regulatórias em diversos setores relacionados à infraestrutura e energia, assim como grandes mudanças na legislação tributária. Muitos veem essa necessidade de mudanças como benéfica para atrair investimentos estrangeiros no Brasil.

Nesse contexto, apesar dos receios, os chineses veem o cenário de investimentos no Brasil de forma positiva. Tempo e experiência são essenciais para entender o mercado local. Notamos que as empresas chinesas estão cada vez mais aclimatadas às suas regiões investidas. A assessoria adequada às equipes locais ajuda suas matrizes a entender melhor as diferenças entre os sistemas jurídicos e as culturas de negócios e, portanto, ajudam-nas a controlar as expectativas, o que é fundamental para os investidores chineses.

Mesmo com as dificuldades e diferentes culturas e conceitos já citados, a relação bilateral Brasil-China continua crescendo rapidamente. Embora o Brasil ainda não seja signatário do acordo de cooperação *Belt and Road* com a China, o escopo e o conteúdo das relações bilaterais são consistentes com esta iniciativa, que tem grande impacto para a economia brasileira. A infraestrutura é, sem dúvida, uma importante área dessa cooperação. Por fim, logo vamos observar os reflexos do acordo assinado para a viabilização de transações comerciais de câmbio direto entre o Real e o Renminbi (Yuan). A expectativa é de reduzir os custos ao excluir o dólar da operação, além de facilitar as transações comerciais e dar um impulso significativo ao volume de comércio entre os dois países.



■ Nancy I Pei Tsui Chung
Consultora
nchung@pn.com.br

Abertura do mercado de gás e investimentos em infraestrutura

Há pouco mais de dois anos, foi aprovada no Congresso Nacional a Nova Lei do Gás (Lei nº 14.134, de 8 de abril de 2021), regulamentada pelo Decreto nº 10.712, de 2 de junho de 2021.

O novo marco legal do gás modificou pontos estruturais do setor com o intuito de aumentar a concorrência, gerar mais competitividade e, eventualmente, reduzir o preço final para os consumidores.

Entre as principais alterações para incentivar investimentos em infraestruturas de gás, destacam-se o retorno do regime de autorização para a construção e operação das infraestruturas; exigência de independência e autonomia de transportadores em relação aos agentes responsáveis por atividades concorrenciais da indústria do gás; e acesso de terceiros às instalações de transporte, estocagem, escoamento da produção, tratamento ou processamento de gás e aos terminais de gás natural liquefeito (GNL).

Nesse sentido, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) tem realizado diversos *workshops* e consultas públicas a fim de coletar subsídios dos agentes setoriais e da sociedade em cumprimento à sua agenda regulatória para o biênio de 2022-2023. Espera-se que as regulamentações a serem editadas pela ANP possam garantir maior segurança regulatória para investimentos no setor de gás no Brasil.

Antes mesmo da edição desses atos normativos pela ANP, que possuem tempo mais longo de elaboração para garantir a participação dos agentes e a identificação de impactos regulatórios, já se pode perceber que o mercado está menos concentrado, principalmente no que diz respeito à oferta de gás, com mais agentes fornecedores.

Dados recentes publicados pela ANP indicam que a região Nordeste já conta com 75% das vendas de gás por agentes independentes. Além de produtores e comercializadores, muitos desses agentes recebem também autorização da ANP para a utilização ou implementação de infraestruturas para transporte e processamento de gás.

Diferentemente de projetos até então desenvolvidos com base na utilização da infraestrutura por um único agente, novos projetos deverão considerar essa nova realidade do setor, em que a remuneração da infraestrutura se dará com pagamentos de diversos agentes, cada um com suas necessidades de uso e capacidade de pagamento.

Em um ambiente aberto e concorrencial, com participação de diversos agentes como usuários dessas infraestruturas, a segurança regulatória é fundamental para assegurar a precificação dos serviços e o retorno esperado pelos investimentos realizados.

É difícil imaginar, todavia, que será possível prescindir de contratos de longo prazo, ao menos com aqueles usuários responsáveis pela contratação de serviços com base em maiores volumes, de modo a ancorar a expansão da malha de gasodutos e a construção de outras infraestruturas, como forma de garantia de sua viabilidade aos financiadores e investidores nos projetos. Especialmente, enquanto a abertura do mercado não tiver atingido um grau elevado que garanta flexibilidade e liberdade para agentes, tanto na oferta como na demanda de gás, incluindo integração com o mercado global (não só na importação, mas também para a exportação), existência de mercado mais previsível e menos sazonal (uso do gás pela indústria), bem como o desenvolvimento de mercado secundário de gás.



O caminho até um mercado brasileiro dinâmico de gás natural, competitivo, flexível e com múltiplos agentes ainda é longo. Muitos passos estão sendo dados para conferir regras mais claras e para promover a abertura do mercado de gás, com efetiva promoção da concorrência e consequente desenvolvimento do setor.

O investimento nas infraestruturas necessárias em um mercado aberto e concorrencial, que não mais tenha um único comercializador de gás, dependerá, em grande medida, de segurança regulatória que possa garantir a remuneração adequada dos ativos por diversos agentes, conforme sua respectiva contratação e utilização.



■ Marcello Lobo
Sócio
mlobo@pn.com.br



■ Monique Breyer
Sirovy
Associada
msirovy@pn.com.br



■ Lucas Castelar
de Miranda Reis
Associado
lcreis@pn.com.br

Desafios do setor marítimo para o desenvolvimento da energia eólica *offshore* no país

A energia eólica *offshore*, resumidamente, consiste em uma fonte de energia limpa e renovável gerada a partir do vento em alto-mar, onde o deslocamento de ar atinge maior velocidade e constância pela ausência de barreiras físicas. Para sua exploração, todavia, são necessárias megaestruturas flutuantes, nas quais, de forma bastante simplificada, são instaladas as turbinas eólicas responsáveis pela geração da energia. Embora o termo *offshore* se refira a parques eólicos em alto-mar, as turbinas eólicas também podem estar localizadas perto da costa (parques eólicos *onshore*) e instaladas, até mesmo, em estuários de rios.

Segundo especialistas do setor, o Brasil possui potencial para ser líder mundial em geração de energia eólica, por conta de suas condições naturais bastante favoráveis, mais especificamente, por possuir uma plataforma continental rasa conjugada com a presença de ventos constantes e um mar relativamente calmo, o que tende a reduzir os custos da geração da energia, aumentando, também, o rendimento dos aerogeradores.

A exploração dessa matriz energética tem chamado a atenção de grupos nacionais e internacionais que buscam diversificar seus portfólios, passando a investir e a explorar fontes de energias renováveis. Além disso, os parques eólicos *offshore* apresentam potencialmente menor impacto ambiental do que a construção de usinas hidrelétricas, o que reforça a atratividade e o interesse nessa fonte de energia renovável.

No âmbito do setor marítimo, a expansão dessa fonte alternativa de energia vem impulsionando a procura por embarcações especializadas na instalação de parques eólicos *offshore*, embarcações essas que, em sua maioria, ainda são pouco comuns no mercado, em especial o brasileiro. Mesmo no cenário internacional, segundo os especialistas no setor, a frota global poderá ser insuficiente para atender a demanda da energia eólica *offshore* em futuro breve, caso a indústria continue se desenvolvendo no ritmo atual.

A instalação de parques eólicos *offshore*, vale destacar, é uma operação complexa, que necessita de embarcações capacitadas para a execução do projeto de forma segura e com precisão. As turbinas eólicas, como mencionado, são megaestruturas com centenas de toneladas. Por isso, a avaliação acerca da capacidade da embarcação responsável por içar pesados guindastes e fundações para instalação das turbinas eólicas, por exemplo, são fatores que devem ser levados em conta para a execução da operação.

Uma das embarcações geralmente utilizadas para a instalação de parques eólicos *offshore*, segundo os especialistas em engenharia naval, é do tipo *heavy lift* ou *crane heavy lift*, sendo um dos principais gargalos para a implantação de parques eólicos *offshore* no país. A falta ou o reduzido número dessas embarcações pode aumentar significativamente os custos e/ou o tempo de instalação necessários para o desenvolvimento de novos projetos.

Mas os desafios não param por aí. A instalação de parques eólicos *offshore* requer diferentes tipos de embarcações, que são imprescindíveis a esse tipo de projeto em todas as suas fases. Por exemplo, embarcações de transporte de tripulação, de apoio logístico e suporte a mergulhadores e submersíveis, rebocadores em geral, embarcações de lançamento de cabos e embarcações especializadas na instalação das turbinas eólicas, entre outras, costumam ser necessárias para viabilizar um projeto dessa natureza.

Nesse ponto, ainda segundo os engenheiros navais, seria possível haver uma sinergia com as embarcações que já atuam no setor de óleo e gás *offshore*. As estruturas flutuantes já empregadas na exploração de óleo e gás poderiam ser adaptadas para a instalação de parques eólicos, enquanto outras embarcações poderiam ser utilizadas para rebocar estruturas eólicas construídas em terra para alto-mar. A capacitação e atratividade dos estaleiros nacionais para essas adaptações será, assim, relevante para o sucesso dessa empreitada.

A correta adaptação ou conversão desses navios será imprescindível para a precisão da instalação dos parques eólicos *offshore*, que possuem suas particularidades no que diz respeito à geração e ao processamento da energia. Por exemplo, as embarcações deverão ser desenhadas, especificamente, não para a perfuração e extração, mas para carregar, transportar, elevar e instalar fundações de turbinas eólicas. Da mesma forma, as embarcações precisarão ter seu limite de carga ampliado, para comportar o transporte das referidas turbinas ou seus componentes.

O desenvolvimento de embarcações específicas para instalação dos parques eólicos *offshore* também causará impactos em outros mercados, como é o caso do mercado de seguros marítimos. A exemplo do que ocorre no setor de óleo e gás, os riscos que circundam a operação são variados, exigindo a adaptação das coberturas de seguro para contemplar o processo de instalação desses equipamentos por embarcações específicas.



Ultrapassados os aspectos relacionados às embarcações em si e à indústria, no âmbito estritamente jurídico, vale apenas contextualizar o assunto, lembrando os seguintes marcos jurídicos do tema:

- O governo federal editou o Decreto nº 10.946/2022, que dispõe sobre a cessão de uso de bens da União para geração de energia eólica a partir de empreendimentos *offshore*. Um ponto a se destacar do texto legal é a previsão de realização de licitações tanto para as chamadas “cessões independentes” - quando o agente apresenta o projeto de exploração - quanto para as “cessões planejadas”, em que é o governo que mapeia as áreas a serem exploradas, lançando uma chamada para projetos por meio de leilões organizados.
- Paralelamente ao Decreto nº 10.946/2022, a Comissão de Infraestrutura do Senado recentemente aprovou o projeto do marco regulatório para a exploração da energia *offshore* (PL 576/2021). Diferentemente do decreto, o Projeto de Lei prevê o regime de autorização (e não de cessão) para a instalação de projetos de geração de energia na costa brasileira, voltado, principalmente, para atender eólicas *offshore*, mas que servirá, também, para futuras demandas em energia solar flutuante ou de energia das marés.
- O PL 576/2021 prevê, ainda, autorizações realizadas de forma “independente” e “planejada”, a exemplo do Decreto nº 10.946/2022, com a diferença de que, no tocante às autorizações independentes, qualquer empresa poderia provocar o governo federal para contratar as áreas no modelo de oferta permanente e, no que diz respeito às autorizações planejadas, a realização de leilões somente seria necessária quando houvesse mais de um interessado no mesmo “prisma energético” (denominação da área onde poderão ser desenvolvidas as atividades de geração de energia).

Por fim, vale ainda mencionar brevemente que, no final do ano de 2022, o Ministério de Minas e Energia publicou duas Portarias dispoendo sobre a regulamentação da cessão de áreas *offshore* para instalação de parques eólicos: (i) a Portaria Normativa nº 52/GM/MME, que define normas e procedimentos complementares relativos à cessão de uso onerosa para exploração de energia elétrica *offshore*, além de tratar da delegação à ANEEL das competências para firmar os contratos de cessão de uso e para realizar atos necessários à sua formalização; e (ii) a Portaria Interministerial MME/MMA nº 03/2022, que estabelece diretrizes para criação, desenvolvimento e utilização do Portal Único de Gestão do Uso das Áreas *Offshore*, uma ferramenta digital, *on-line* e pública.

Os esforços das autoridades brasileiras para regulamentação do tema vão ao encontro do que já vem sendo adotado em outros países. O diagnóstico da Roadmap Eólica Offshore Brasil, estudo que tem como objetivo identificar possíveis barreiras e desafios a serem enfrentados para o desenvolvimento da fonte eólica *offshore* no Brasil, aponta que a maioria dos países analisados também se utiliza de leilões e licitações para a contratação dos direitos de exploração. É o que ocorre, por exemplo, na Bélgica, no Reino Unido, na França, na Dinamarca, na Holanda, na China e nos Estados Unidos.

Em resumo, a expansão da energia eólica *offshore* no país tem potencial para impulsionar o setor marítimo em um futuro breve, sobretudo no que diz respeito à contratação ou conversão de embarcações já existentes para realização do serviço de instalação dos parques eólicos em alto-mar.



■ Luis Cláudio Furtado Faria
Sócio
lcfaria@pn.com.br



■ Mariana Rodrigues da Costa
Associada
mrcosta@pn.com.br

O papel do Brasil na transição energética

O mundo foi marcado, nos últimos anos, pela constatação de que o futuro não suportaria as fontes tradicionais e poluentes de geração de energia. Novas modalidades, mais sustentáveis, com menor impacto ambiental e, se possível, mais baratas se tornaram urgentes. Isso é o que se convencionou chamar de transição energética, sendo o Brasil um dos protagonistas dessa transição.

Historicamente, a principal matriz energética brasileira – a hidrelétrica – é, entre as fontes de geração tradicionais, uma das menos agressivas ao meio ambiente, principalmente quando se compara à emissão de gases e de resíduos. Apesar disso, o licenciamento ambiental de novas usinas hidrelétricas tem sido conturbado nos últimos tempos, principalmente por causa da extensão dos reservatórios, bem como devido às questões relacionadas a áreas indígenas e quilombolas.

Sendo assim, o governo federal começou a criar incentivos para estimular o desenvolvimento de fontes sustentáveis, principalmente solar, eólica, biomassa e pequenas centrais hidrelétricas, as quais, do ponto de vista regulatório brasileiro, são consideradas fontes renováveis.

Além disso, o Nordeste brasileiro, região privilegiada pela incidência solar e de ventos, possui uma localização geográfica estratégica, razoavelmente próxima da Europa e dos Estados Unidos, sendo um local muito interessante para a produção de hidrogênio verde para exportação

Na seara regulatória, o principal desses incentivos foi o desconto de 50% concedido sobre a tarifa de uso do sistema de distribuição ou de transmissão aplicável a tais fontes renováveis.

Tal incentivo foi um verdadeiro sucesso e, de fato, remodelou a matriz energética brasileira. Em pouco mais de 20 anos, o avanço da energia eólica e solar superou as termelétricas em capacidade. Por exemplo, em 2022, 68% da totalidade dos gigawatts de energia autorizados a iniciar sua operação comercial pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) foram de eólica e solar. Isso é algo invejado pelo mundo todo, que, em média, ainda não conseguiu alcançar patamares tão notáveis de participação das fontes renováveis na matriz energética.

Tamanho sucesso já tem sido visto pelo governo brasileiro como justificativa para a retirada gradual dos incentivos outrora concedidos para as fontes renováveis tradicionais.

Por exemplo, o mencionado desconto de 50% sobre as tarifas de conexão não é mais aplicável para novas usinas de geração que tenham sua autorização requerida à ANEEL desde 2 de março de 2022. A lógica é de que o objetivo de fomento de tais fontes renováveis já teria sido cumprido, diante do expressivo aumento de sua participação. Além disso, estudos mostram que o custo para implantação de usinas solares e eólicas estaria consideravelmente menor quando comparados ao momento em que surgiram os incentivos regulatórios.



Por outro lado, o (talvez) ápice das fontes eólicas e solares abre espaço para uma terceira fase de transição energética. No momento, há muitos projetos mirando o hidrogênio verde, considerado a nova fronteira da geração renovável.

Para que o hidrogênio seja considerado verde, é essencial que a sua produção seja feita por meio de outras fontes verdes, como a eólica e a solar. E isso não é problema para o Brasil – pelo contrário. Como descrito acima, o país já conta com uma significativa quantidade de usinas eólicas e solares e possui potencial – climático e territorial – para um aumento cada vez maior.

Além disso, o Nordeste brasileiro, região privilegiada pela incidência solar e de ventos, possui uma localização geográfica estratégica, razoavelmente próxima da Europa e dos Estados Unidos, sendo um local muito interessante para a produção de hidrogênio verde para exportação. Por conta disso, o complexo Porto de Pecém, no Ceará, já possui relevantes projetos de hidrogênio verde em andamento.

É bem verdade que a regulamentação do hidrogênio verde ainda é incipiente no Brasil e no mundo. Nós, do Pinheiro Neto Advogados, estamos acompanhando o assunto de perto, principalmente as discussões sobre o Programa Nacional do Hidrogênio, objeto do projeto de lei nº 725 de 2022, atualmente em tramitação no Congresso.

Por fim, como parte de nossa atuação ativa na transição energética brasileira, participamos, no início de 2023, da comitiva do governo federal à China e, entre as principais oportunidades de negócio no Brasil que discutimos com empresas chinesas, estavam justamente aquelas que orbitam a transição energética.



■ José Roberto Oliva Junior
Sócio
joliva@pn.com.br



■ Nancy I Pei Tsui Chung
Consultora
nchung@pn.com.br



■ José Carlos Altomari Teixeira
Associado
jaltomari@pn.com.br



A participação privada no mercado de saneamento básico

É inegável que investimentos em saneamento básico são essenciais para o fomento socioeconômico de um país e para a saúde e o bem-estar de sua população. No entanto, em um país de dimensões continentais como o Brasil, a edição de uma lei, na imensa maioria dos casos, não resolve todos os problemas vivenciados por sua população. Mas foi preciso começar de algum lugar.

Embora não seja perfeito, o novo marco legal do setor, introduzido pela Lei nº 14.026/2020, representa um importante (e necessário) avanço para os sistemas de tratamento de água e esgoto, com a definição de prazos e metas de universalização, bem como de instrumentos para seu efetivo atingimento.

De acordo com essa importante alteração legislativa, até 31 de dezembro de 2033, 99% da população deve ser atendida com água potável, enquanto 90% devem usufruir de coleta e tratamento de esgoto.

O novo título legal também definiu a competência da Agência Nacional de Águas (ANA) para a edição das chamadas “normas de referência”. Como o volume de investimentos para o atingimento das metas supracitadas é colossal, o estabelecimento de bases sólidas para a segurança jurídico-regulatória por meio de uma agência (que uniformizará a regulação do setor e apoiará os reguladores infranacionais) faz-se necessário para que o mercado privado sinta apetite pelo setor.

Na mesma esteira – e reconhecendo o fato de projetos de infraestrutura em saneamento básico necessitarem de escala para sua viabilidade econômico-financeira – o legislador adotou o conceito de prestação regionalizada de serviços, de modo a possibilitar que pequenos e médios municípios, sem atratividade econômica e com disponibilidade hídrica desfavorável e/ou limitada, unam-se em “blocos” visando aumentar a atratividade de investimentos públicos e privados.



Para além dessas principais alterações, vale destacar que, prestes a completar três anos de vigência, já foram realizados mais de 15 leilões, envolvendo mais de 215 municípios, com investimentos superiores a R\$ 50 bilhões e pagamentos de mais de R\$ 25 bilhões em outorgas – sendo que, apenas no primeiro ano de vigência do marco legal, o número de municípios atendidos pela iniciativa privada aumentou em 31% (conforme dados da SPRIS/ABCON/SINDCON).

Também é digno de nota o papel do BNDES na estruturação de projetos de concessões, PPPs e privatizações no setor, bem como a relevância do mercado de capitais como fonte de financiamento de projetos (já que debêntures de infraestrutura, emitidas com os benefícios fiscais concedidos pela Lei n.º 12.431/2011, atingiram o correspondente a 85,1% dos aportes de investimentos em capital - Capex - de projetos do setor de saneamento em dezembro de 2022).

Entendemos que a participação de *players* privados no setor de infraestrutura é uma tendência irreversível, e o novo marco legal deve destravar investimentos importantes para um setor historicamente negligenciado (e tão essencial para o desenvolvimento humano, ambiental e socioeconômico do país).



■ Rodrigo Vieira
Associado
rvieira@pn.com.br



■ Gabriel Carvalho
Associado
gfcavalho@pn.com.br



O setor de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos após o Novo Marco Legal do Saneamento Básico e os decretos regulamentadores

Após quase três anos da publicação do Novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020), seguem atuais as discussões sobre sua aplicabilidade e efetividade, sobretudo em razão dos recém-editados decretos regulamentadores na esfera federal (Decretos nºs 11.598 e 11.599, de julho, que substituíram os Decretos nºs 11.466 e 11.467, editados em abril).

Embora parcela relevante da movimentação realizada até o momento pelos atores públicos e privados envolvidos na adaptação ao Novo Marco tenha dito respeito aos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, nota-se que as alterações à Lei do Saneamento (Lei nº 11.445/2007), bem como a regulamentação contida nos decretos, também são aplicáveis aos demais componentes dos serviços públicos de saneamento básico, incluídos os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

Ao modificar a Lei do Saneamento, o Novo Marco incluiu a previsão de que a prestação dos serviços públicos de saneamento básico dependerá da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, no caso da prestação por entidade que não integre o ente público, vedando expressamente a celebração de contratos de programa ou outros instrumentos de natureza precária (art. 10 da Lei do Saneamento).

Diferentemente dos serviços de água e esgoto, tradicionalmente prestados por empresas estatais estaduais a partir de contratos de programa ou outros instrumentos precários – que foram, em grande medida, os alvos das alterações trazidas pelo Novo Marco –, os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos são, em sua maioria, formalizados por contratos de prestação de serviços comuns, fundamentados nas regras gerais de licitações e contratos administrativos previstas na Lei nº 8.666/1993 ou, mais recentemente, na Lei nº 14.133/2021.



[...] contratos de concessão envolvem a delegação do serviço público ao particular, o qual passa a prestá-lo em seu próprio nome e por sua conta e risco

Em teoria, os contratos comuns de prestação de serviços caracterizam-se por envolver apenas a prestação material do serviço público, pelo particular, em nome do Estado. Por sua vez, contratos de concessão envolvem a delegação do serviço público ao particular, o qual passa a prestá-lo em seu próprio nome e por sua conta e risco. Na prática, contratos comuns costumam ter prazos mais curtos (de doze meses, prorrogáveis por até sessenta meses, de acordo com a Lei nº 8.666/1993) do que contratos de concessão, e preveem a remuneração do prestador pelo próprio poder público, ao passo que contratos de concessão costumam prever prazos maiores e a remuneração do particular decorrente, ao menos em parte, da cobrança de tarifa diretamente dos usuários, entre outras diferenças.

Assim, surgiram dúvidas sobre se a regra do art. 10 da Lei do Saneamento, conforme alterada pelo Novo Marco, impediria, também, a celebração de contratos de prestação de serviços comuns, afetando sobretudo as atividades de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

O próprio Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) inicialmente adotou o posicionamento de que os contratos de prestação de serviços comuns não estariam em conformidade com a nova regra, negando financiamento a empresas prestadoras de serviços de limpeza urbana ou manejo de resíduos sólidos que não possuíssem contratos de concessão. O entendimento adotado pelo BNDES divergia da posição de integrantes do corpo jurídico do governo, para os quais a regra do Novo Marco não afetaria os contratos comuns.

O conflito parece ter sido solucionado, ao menos por ora, em decorrência da recente edição de decretos regulamentadores do Novo Marco. Em abril, foi editado o Decreto Federal nº 11.467/2023, que estabeleceu não estar impedida a contratação de terceiros sob os regimes previstos na Lei nº 8.666/1993, na Lei nº 13.303/2016 ou na Lei nº 14.133/2021, conforme o caso, “para determinadas atividades”. Mais recentemente, foi editado o Decreto nº 11.599, de 12.7.2023, que revogou o decreto anterior. Embora tenha alterado regras relacionadas a outros pontos, o novo decreto manteve a possibilidade de contratação de terceiros sob os regimes das leis mencionadas acima.

Após a edição do Decreto nº 11.467/2023 (ora revogado), o BNDES já sinalizou aos *players* mudança no seu entendimento anterior, considerando o fundamento jurídico que agora admite expressamente os contratos de prestação de serviços comuns.

Nesse contexto, vale pontuar que, em que pese a intenção dos referidos decretos, neste ponto, ter sido a de conferir maior segurança jurídica aos contratos de prestação de serviços comuns, ainda pairam dúvidas sobre quais seriam as “determinadas atividades” neles indicadas como passíveis de serem contratadas de terceiros. Ademais, entende-se que a possibilidade confirmada pelos referidos decretos não prejudica a adoção pelos entes públicos do modelo de concessões, que foi extensamente disciplinado pelo Novo Marco.



■ Ricardo Levy
Sócio
rlevy@pn.com.br



■ Elisa Gregori Rossetto
Associada
erossetto@pn.com.br



■ Samuel Lopes
Parmegiani
Associado
sparmegiani@pn.com.br



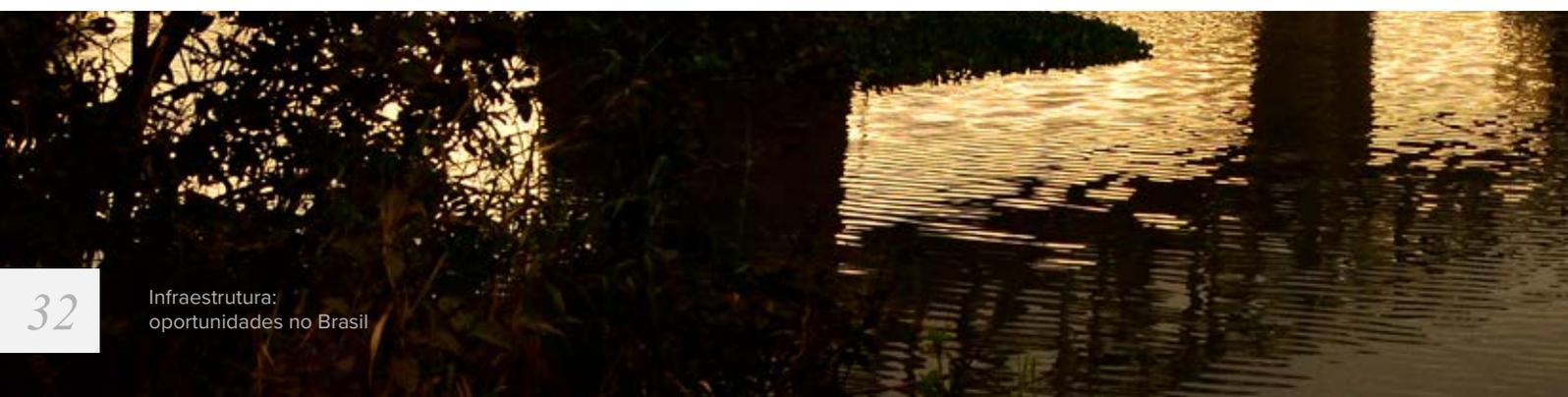
Regime de autorização ferroviária: dados atualizados

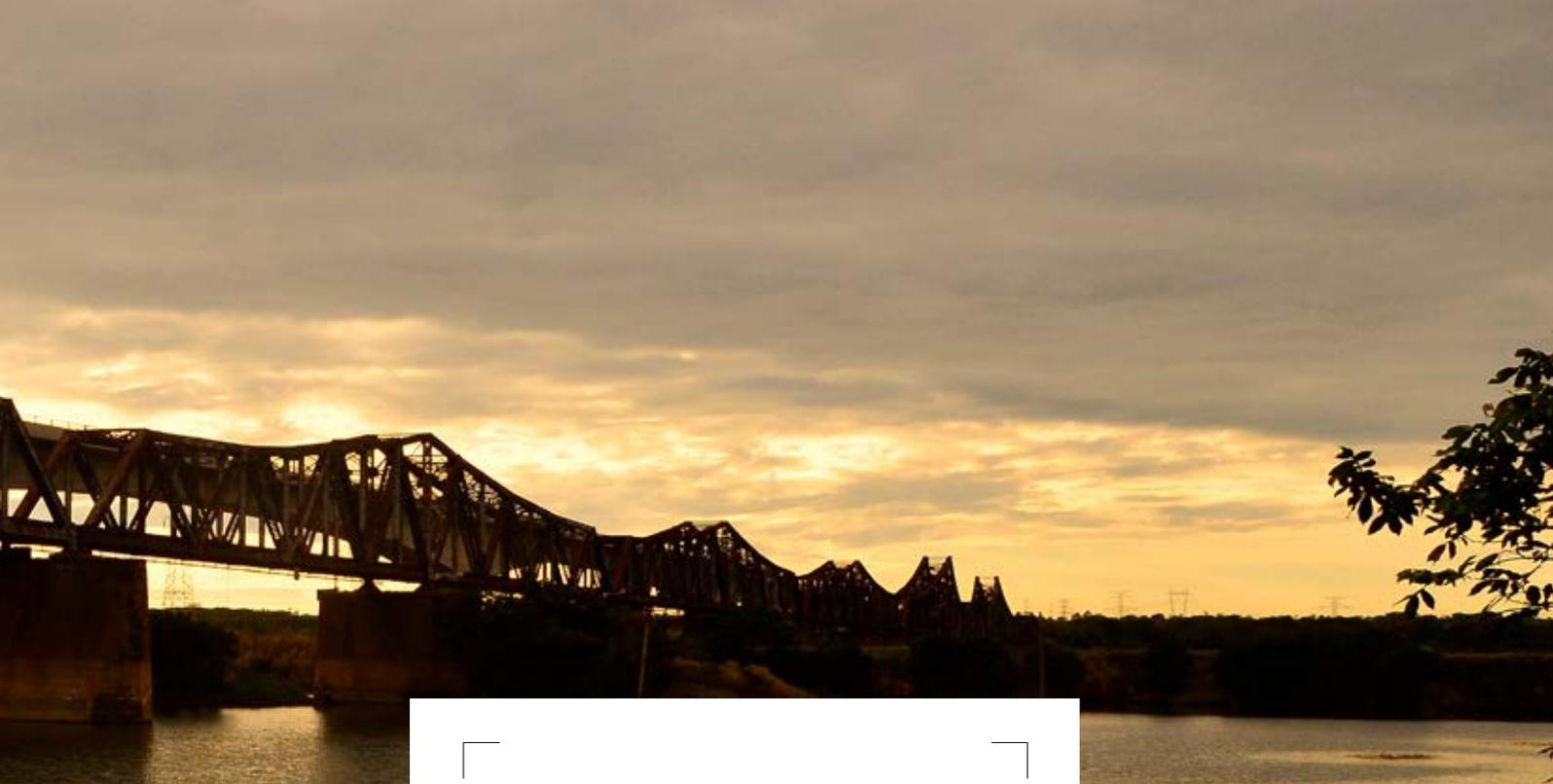
Desde a edição da Medida Provisória nº 1.065/2021 (que instituiu o Programa de Autorizações Ferroviárias) e, posteriormente, da Lei Federal nº 14.273/2021 (a Nova Lei das Ferrovias), foram firmados cerca de quarenta contratos de autorização entre operadores ferroviários privados e a União, por intermédio da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). O número é considerável, principalmente se comparado às dezesseis concessões ferroviárias federais atualmente em vigor.

Entre as possíveis razões para a positiva repercussão do regime de autorizações ferroviárias em âmbito federal, destaca-se o fato de que, para se tornar um autorizatário, o operador privado não precisaria participar de um procedimento licitatório e aderir a condições, investimentos e cronogramas preestabelecidos pelas autoridades competentes, como seria o caso no regime de concessões ferroviárias.

Bastaria, em realidade, a apresentação de um requerimento perante a ANTT, conforme termos e condições previstos na recém-editada Resolução ANTT nº 5.987/2022, os quais incluem, entre outros, a apresentação de um relatório técnico-descritivo do projeto, com informações sobre o percurso pretendido e o cronograma de implantação da ferrovia.

A flexibilidade desse regime jurídico viabiliza, por exemplo, que operadores privados proponham características técnicas e financeiras em projetos *greenfield* – potencializando a liberdade de iniciativa do operador privado, garantindo-lhe a prerrogativa de determinar o trajeto almejado e as alternativas de financiamento mais adequadas para a implementação da nova ferrovia. Essa característica do regime de autorização é relevante, inclusive, para a proposição de projetos ferroviários de menor extensão (por exemplo, para conectar duas ferrovias ou para interligar uma determinada planta industrial à malha ferroviária).





A documentação enviada pelo operador privado para requerer uma autorização ferroviária será analisada pela ANTT por meio de etapas que incluem análises técnicas e deliberação da sua Diretoria

A documentação enviada pelo operador privado para requerer uma autorização ferroviária será analisada pela ANTT por meio de etapas que incluem análises técnicas e deliberação da sua Diretoria. Na hipótese de aprovação do requerimento, o operador privado e a União, por intermédio da ANTT, poderão celebrar um contrato de adesão (conforme minuta padronizada, disponível no *site* da ANTT), pelo prazo de até noventa e nove anos, prorrogável por períodos sucessivos.

Além da possibilidade de apresentação dos referidos requerimentos, a Nova Lei de Ferrovias prevê que o governo federal poderá, a qualquer tempo, abrir processo de chamamento público para identificar a existência de interessados na obtenção de autorização para a exploração de ferrovias não implantadas, ociosas e/ou em processo de devolução/desativação (projetos *brownfield*). Nesse caso, os operadores privados teriam de manifestar interesse e apresentar suas respectivas propostas às autoridades competentes.

Apesar das incertezas inerentes a um novo regime jurídico, o instituto da autorização ferroviária está se mostrando, até o momento, oportuno para impulsionar o interesse do setor privado no modal ferroviário em um país de dimensões continentais como o Brasil.



■ Gabriel Carvalho
Associado
gfcarvalho@pn.com.br



■ Laura Ozi Furtado
Associada
lfurtado@pn.com.br



As principais mudanças na regulamentação do Novo Marco Legal do Saneamento trazidas pelos Decretos nºs 11.598 e 11.599 de 2023

No dia 13 de julho de 2023, foram publicados no Diário Oficial da União os Decretos nºs 11.598 e 11.599, trazendo alterações a instrumentos normativos que até então regulamentavam artigos da Lei nº 11.445/2007 (Antigo Marco Legal do Saneamento), conforme alterada pela Lei nº 14.026/2020 (Novo Marco Legal do Saneamento). Os novos decretos já eram bastante aguardados pelo mercado, especialmente quanto às mudanças relacionadas à participação da iniciativa privada no setor e substituem os Decretos nºs 11.466, e 11.467, publicados em abril de 2023 sobre o mesmo tema, após negociações entre os diversos setores interessados¹.

O Decreto nº 11.598/2023 dispõe sobre a metodologia de comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, exigida pelo Novo Marco Legal do Saneamento para a continuidade dos contratos em vigor. Nesse sentido, o diploma revoga os Decretos nºs 10.710/2021 e 11.466/2023, que regulavam o mesmo assunto.

Uma das principais novidades trazidas por esse diploma foi permitir que as Parcerias Público-Privadas (PPPs) ultrapassem o limite de 25% previsto para subdelegações da prestação dos serviços de saneamento básico, desde que os ganhos de eficiência da contratação sejam compartilhados com os usuários

Apesar de, diferentemente do que era aguardado por grande parte do mercado, manter duas etapas (cumprimento dos índices referenciais mínimos e adequação dos estudos de viabilidade e do plano de captação) para a avaliação da capacidade econômico-financeira dos prestadores dos serviços públicos de saneamento, o referido Decreto nº 11.598/2023 deixa de condicionar a análise da segunda etapa à aprovação da primeira. No entanto, o novo decreto atendeu às expectativas do mercado ao prorrogar o prazo para comprovação da capacidade econômico-financeira pelos prestadores para 31 de dezembro de 2023, devendo as agências reguladoras competentes concluir sua análise até 31 de março de 2024. Desse modo, prestadores que já se submeteram a essa avaliação poderão apresentar novos pedidos de análise.

Além disso, o Decreto nº 11.598/2023 passa a permitir que, caso os referenciais mínimos não sejam atingidos pelos prestadores dos serviços públicos na etapa inicial de análise, eles possam apresentar um plano de metas para o atingimento dos índices no prazo máximo de cinco anos, que deve ser verificado anualmente pela respectiva agência reguladora - buscando evitar que as decisões sobre a comprovação da capacidade econômico-financeira dos atuais concessionários sejam negativas. Não obstante, o diploma deixa de prever uma outra medida que tinha como objetivo assegurar a continuidade dos contratos já existentes e era expressamente mencionada no Decreto nº 11.466/2023, qual seja, a possibilidade de comprovação da capacidade econômico-financeira por prestadores que possuam contratos provisórios não formalizados, irregulares ou temporários.

¹ HIRATA, Taís. Novos decretos do saneamento devem autorizar estatais a prestar serviço sem licitação. Valor Econômico, 2023. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2023/04/04/novos-decretos-do-saneamento-devem-autorizar-estatais-a-prestar-servico-sem-licitacao.ghtml>.



Por seu turno, o Decreto nº 11.599/2023 dispõe sobre (i) a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico; (ii) o apoio técnico e financeiro da União; e (iii) alocação de recursos públicos federais e financiamentos com recursos da União geridos ou operados por seus órgãos ou entidades.

Uma das principais novidades trazidas por esse diploma foi permitir que as Parcerias Público-Privadas (PPPs) ultrapassem o limite de 25% previsto para subdelegações da prestação dos serviços de saneamento básico, desde que os ganhos de eficiência da contratação sejam compartilhados com os usuários. Trata-se de disposição já antecipada pelo mercado e que favorece a participação da iniciativa privada por meio de PPPs no setor.

Por outro lado, o referido Decreto nº 11.599/2023 permite que a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico seja contratada sem licitação, ou seja, de forma direta, por entidades municipais, desde que exista previsão na lei de criação da estrutura de prestação regionalizada. Ao contrário do Decreto nº 11.467/2023, o novo ato normativo proíbe a prestação direta (sem licitação) dos serviços pelos entes que integrem a administração do respectivo Estado.

Os prestadores que estão com contratos irregulares também ganham um alívio com a prorrogação do prazo para comprovação da regularização da prestação dos serviços e da estruturação da prestação regionalizada até 31 de dezembro de 2025. Anteriormente, o prazo encerrava-se em 31 de março de 2023. É importante ressaltar que a Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento (Aesbe)² estima existirem mais de 1.000 contratos firmados com o Poder Público no setor de saneamento básico em situação irregular, seja por estarem vencidos, seja pelo fato de os respectivos prestadores terem sido incapazes de comprovar, até o momento, sua capacidade econômico-financeira.

Conforme demonstrado, os novos decretos do saneamento publicados em 2023 atenderam a algumas expectativas do mercado e surpreenderam em relação a outras. Nesse sentido, tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Decreto Legislativo nº 98/2023 (PDL 98/2023) e outros projetos apensados ao PDL 98/2023, que objetivam suspender trechos dos Decretos nºs 11.466/2023 e 11.467/2023. O PDL 98/2023 foi aprovado na Câmara dos Deputados e seguiu para a análise do Senado Federal. Contudo, o governo federal e os congressistas negociaram um acordo segundo o qual a tramitação do referido PDL seria suspensa com a publicação dos novos decretos de julho.

De todo modo, o importante é que tais diplomas sejam utilizados não em benefício dos atuais prestadores dos serviços, mas da população. Afinal, a meta de universalização do saneamento até 2033, prevista pelo Novo Marco Legal do Saneamento, ainda parece distante, considerando que quase 100 milhões de brasileiros não possuem acesso à coleta de esgoto e aproximadamente 35 milhões de pessoas no país continuam sofrendo com a falta de água potável³.



■ Francisco Werneck Maranhão
Sócio
fmaranhao@pn.com.br



■ Maria Eugenia de Araujo Vianna
Associada
meugenia@pn.com.br

² FIGUEIREDO, Alexandre Ganan de Brites; TONETO JÚNIOR, Rudinei. Contratos "irregulares" no saneamento básico: risco para os investimentos e comprometimento das metas de universalização. Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento – AESBE, 2023. Disponível em: <https://aesbe.org.br/novo/contratos-irregulares-no-saneamento-basico-risco-para-os-investimentos-e-comprometimento-das-metas-de-universizacao/>.

³ INSTITUTO TRATA BRASIL: GO ASSOCIADOS. Ranking do Saneamento 2023. 2023. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/ranking-do-saneamento-2023/>



Regulamentação da Declaração de Utilidade Pública no âmbito da ANM

A Declaração de Utilidade Pública (DUP) é instrumento conhecido em setores como os de transportes e energia elétrica. Como o nome sugere, trata-se de documento por meio do qual o órgão competente declara a utilidade pública de determinado bem para a prestação de um serviço público.

A Lei nº 13.575/2017, que criou a Agência Nacional de Mineração (ANM), atribuiu também a esse órgão a competência para delimitar áreas e declarar utilidade pública, para fins de desapropriação ou criação de servidão mineral. Apesar disso, pela ausência de regulamentação específica, a emissão de DUP pela ANM ainda não acontece de forma ordenada.

Embora a figura da DUP já tenha sido prevista em resoluções da ANM relativas à delegação de competências entre suas áreas, poucos são os exemplos de DUP emitidas pelas gerências regionais da ANM. De modo geral, as unidades regionais da ANM recusam-se a emitir esse documento em razão da ausência de regulamentação específica, ainda que a legislação deixe claro o caráter de utilidade pública das atividades de mineração.

O Decreto-Lei nº 3.365/1941, que trata da desapropriação por utilidade pública, elenca expressamente o aproveitamento de minas e jazidas como hipótese de utilidade pública. O Decreto nº 9.406/2018, que regulamenta o Código de Mineração, também segue a mesma linha, afirmando que um dos fundamentos para o desenvolvimento da mineração é a sua utilidade pública.

Pelo evidente interesse público atrelado às atividades de mineração, e por ser a propriedade dos recursos minerais distinta da propriedade do solo, fica clara a necessidade de regular a emissão da DUP para garantir aos titulares de direitos minerários o acesso necessário ao desenvolvimento de suas atividades. Atenta às demandas do setor, a ANM incluiu o tema em sua Agenda Regulatória, tendo recebido contribuições do setor mineral com o objetivo de elaborar a minuta de resolução a regular o tema.

A ANM deve, ainda, regulamentar de que forma fará a análise da adequação e necessidade das áreas requeridas pelos titulares dos direitos minerários para emissão da DUP

Alguns desafios deverão ser considerados pela ANM ao elaborar a tão aguardada resolução, como as hipóteses para emissão da DUP, o momento em que isso ocorreria, o procedimento a seguir para delimitação de áreas e o prazo para emissão da DUP.

Idealmente, e por força da disposição da Lei nº 13.575/2017 que menciona a declaração de utilidade pública tanto para fins de desapropriação quanto de servidão mineral, a DUP substituiria o laudo de

servidão conhecido pelo setor, emitido em consonância com o que prevê o art. 59 do Código de Mineração. A existência de um documento único simplificaria os procedimentos da ANM, e a substituição do laudo de servidão por um documento mais conhecido facilitaria a interlocução não somente com o Poder Judiciário, mas também com os próprios superficiários, na busca de composições amigáveis para assegurar o direito de acesso do titular de direitos minerários às áreas necessárias para a execução de suas atividades.

O supramencionado art. 59 do Código de Mineração elenca situações em que será possível a constituição de servidão mineral, como, por exemplo, construção de oficinas, abertura de vias ou captação de água. Caberá à ANM, em seu exercício regulatório, reconhecer o caráter exemplificativo desse rol.



Sendo a atividade de mineração considerada de utilidade pública, e não a abertura de vias, bota-fora de materiais ou demais possibilidades descritas no art. 59 do Código de Mineração, quaisquer atividades a ela relacionadas e que sejam indispensáveis para sua realização devem poder ser objeto de DUP.

Uma hipótese que não está listada no art. 59 do Código de Mineração, por exemplo, e que deve ser atendida pela regulamentação, é constituição de servidão na área da Zona de Autossalvamento (ZAS) de barragens, em que é proibida a existência de comunidades. Facilitar a constituição de servidão na área da ZAS de barragens em construção, por meio da emissão de DUP nessas circunstâncias, não somente garante a viabilidade das atividades de mineração, como também auxilia o titular de direitos minerários a cumprir com obrigações legais relativas a populações na ZAS e, acima de tudo, protege as comunidades dessas localidades.

Outro ponto a ser considerado pela ANM é o momento ideal para a emissão da DUP. Embora a servidão mineral esteja relacionada à fase de concessão de lavra, o acesso às áreas é necessário antes disso, e comumente torna-se condicionante para a própria concessão da lavra. Isso ocorre porque o órgão ambiental, ao examinar a emissão da licença de instalação (sem a qual não há concessão de lavra), pode exigir a comprovação do acesso antes da emissão da licença. Se não for possível fazer essa comprovação, não será possível obter a licença de instalação e, conseqüentemente, a própria concessão da lavra.

A ANM deve, ainda, regulamentar de que forma fará a análise da adequação e necessidade das áreas requeridas pelos titulares dos direitos minerários para emissão da DUP. Atualmente, o processo para emissão do laudo de servidão inclui a vistoria *in loco*, que é custosa à própria ANM, e que adiciona algum tempo ao período de espera do titular de direitos minerários pelo laudo de servidão.

A tecnologia atual permite a vistoria de forma mais eficaz e célere, por exemplo, por satélites ou com o emprego de *drones*. A ANM já possui, inclusive, regulamentação sobre a aceitação de dados obtidos por aerolevanteamento desse tipo, e pode implementar métodos de vistoria mais modernos também ao tratar da emissão de DUP.

Por último, a ANM deverá ter atenção aos prazos para emissão da DUP. Como um documento muitas vezes indispensável à realização das atividades de mineração, e do qual dependem investimentos importantes para o País, não é viável que se espere anos até uma decisão da ANM sobre a sua emissão. A regulamentação do tema deverá trazer prazos claros e procedimentos simplificados para a emissão da DUP, como forma de garantir previsibilidade e segurança jurídica ao setor.



■ Carlos Vilhena
Sócio
cvilhena@pn.com.br



■ Marina Bertucci
Ferreira
Associada
mbertucci@pn.com.br

A indefinição da cobrança do ICMS sobre TUSD e TUST e as perspectivas para o julgamento da ADI 7195 no STF

Atualmente, o setor elétrico brasileiro é composto por várias empresas independentes, dedicadas à geração, transmissão, distribuição e comercialização da energia elétrica. Os consumidores desse serviço, por sua vez, são segregados em duas categorias distintas: são denominados como *livres* os consumidores que podem optar pela contratação de um fornecedor específico de energia elétrica, enquanto os consumidores *cativos* são aqueles que recebem a energia diretamente de empresa distribuidora, sem possibilidade de contratação ou negociação de preço.

A especificidade da indústria também é refletida na esfera tributária. Além de a energia elétrica ser considerada mercadoria para fins de incidência do ICMS, as empresas concessionárias são remuneradas por meio de duas tarifas distintas, a TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) e a TUST (Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão).

Atualmente, há grande divergência na jurisprudência quanto à composição da base de cálculo dessas tarifas. De forma bastante resumida, defende-se, de um lado, que ambas, TUSD/TUST, compõem o preço final da operação de fornecimento de energia elétrica e, por isso, devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS. O argumento contrário, porém, sinaliza que a base de cálculo do ICMS corresponde tão somente ao valor da energia elétrica efetivamente consumida pelo adquirente, não podendo comportar, portanto, a inclusão das tarifas TUSD/TUST.

A possibilidade de exclusão das tarifas TUSD/TUST da base de cálculo do ICMS aguarda apreciação do Superior Tribunal de Justiça desde 2017, na sistemática dos recursos repetitivos da controvérsia (Tema Repetitivo 986). No mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal afastou a existência de repercussão geral na discussão, por considerar que a controvérsia teria natureza infraconstitucional (Tema 956 da Repercussão Geral).

De todo modo, a decisão atualmente vigente na ADI 7195 pode refletir-se no aumento dos custos inerentes às etapas da distribuição de energia, pois as tarifas em questão passam a compor o preço final da operação da saída da mercadoria

Em 2022, a questão parecia ter sido dirimida quando o Governo Federal editou a Lei Complementar (LC 194), cuja redação expressamente determinou a exclusão das tarifas TUSD/TUST da base de cálculo do ICMS.

Um novo capítulo, porém, foi inaugurado em fevereiro deste ano, quando, na ADI 7195, o Supremo Tribunal Federal referendou a medida cautelar concedida pelo ministro Luiz Fux, relator, e suspendeu a eficácia dos dispositivos legais da LC 194 que retiravam as

tarifas TUSD/TUST da base de cálculo do ICMS. O raciocínio do Plenário decorreu do entendimento de que, ao isentar os contribuintes da tributação de tais tarifas, a União Federal invadiu a competência tributária dos estados-membros, situação que identificaria verdadeira violação ao pacto federativo. Vejam que a LC 194 trouxe novo elemento, de caráter constitucional, para a discussão, de modo que o STF reviu sua posição anterior de que esse tema seria exclusivamente infraconstitucional.



A decisão proferida pelo STF na ADI 7195 atendeu aos anseios dos estados brasileiros, que fundamentam seu direito sobretudo em argumentos consequencialistas, voltados aos impactos econômicos da medida, que significaria uma grande perda em suas arrecadações.

Amparados pela LC 194, alguns estados brasileiros chegaram a editar normas específicas que autorizavam a exclusão de tais tarifas da base de cálculo do ICMS. Porém, a suspensão da eficácia dos dispositivos da LC 194 pode significar, na prática, que os estados podem cobrar o imposto estadual com a inclusão dessas tarifas.

Agora, a União Federal e os estados tentam costurar um acordo para dirimir a composição das tarifas de energia elétrica, a partir da compilação dos itens que integram os serviços de transmissão, distribuição e encargos, a fim de levarem uma sugestão ao Congresso Nacional.

De todo modo, a decisão atualmente vigente na ADI 7195 pode refletir-se no aumento dos custos inerentes às etapas da distribuição de energia, pois as tarifas em questão passam a compor o preço final da operação da saída da mercadoria. Na prática, isso pode significar o repasse desses encargos aos consumidores finais, livres ou cativos, por meio do aumento do preço da energia elétrica, cujo serviço é classificado como essencial e, por isso, deve ser prestado de forma adequada, eficiente e contínua.



■ Andréa Mascitto
Sócia
amascitto@pn.com.br



■ Nayanni Enelly
Vieira Jorge
Associada
njorge@pn.com.br

Os projetos de hidrogênio verde, ambiente regulatório e benefícios fiscais

Ambiente regulatório em desenvolvimento

O Acordo de Paris, ratificado pelo Brasil em 2015, traz, entre as suas metas, a descarbonização das matrizes energéticas pelos seus signatários, o que impulsiona o investimento em energias renováveis no mundo todo. É o caso do hidrogênio verde (H2V), subproduto da eletrólise de água, gerada a partir de fontes de energia renovável, como a eólica e a solar.

Seguindo a tendência mundial, e considerando a alta capacidade de produção de energias renováveis, o Brasil tem adotado medidas para o desenvolvimento da produção de H2V, como a Política Nacional de Combustíveis, a RenovaBio, criada com objetivo de cumprir os termos do Acordo de Paris.

Nesse cenário, foi instituído o Programa Nacional do Hidrogênio, pela Resolução nº 6/2022, com a finalidade de fortalecer o H2V no setor energético nacional a partir do desenvolvimento de políticas públicas. Além disso, o Ministério da Ciência publicou as Portarias MCTI nº 6.100/2022 e nº 6.101/2022, para instituir a Iniciativa Brasileira do Hidrogênio e o Sistema Brasileiro de Laboratórios de Hidrogênio.

No âmbito legislativo federal, o Projeto de Lei nº 725/2022, que trata da adoção de quantidades mínimas de H2V na rede de gasodutos a partir de 2032; e o Projeto de Lei nº 1878/2022, que regulamenta os procedimentos de fiscalização e produção de H2V, estão em trâmite perante o Congresso Nacional.

Os estados brasileiros também têm desenvolvido projetos sobre o tema, entre os quais podemos mencionar (i) a construção da primeira planta de produção de H2V no Brasil, na Bahia; (ii) o Programa IH2, realizado pela Aliança Brasil-Alemanha de Hidrogênio Verde; e (iii) a parceria entre a Casa dos Ventos e COMERC para a produção de H2V, no Ceará.

Na esfera legislativa estadual, Ceará, Bahia, Goiás, Santa Catarina, Paraíba e Pernambuco já editaram normas¹ que instituem a política pública estadual para incentivar o uso do H2V. Além disso, estão em trâmite projetos de lei no Paraná, em Minas Gerais, no Maranhão e Mato Grosso que também irão implementar políticas estaduais relacionadas ao H2V².

1 Decreto Estadual nº 34.733/202; Decreto Estadual nº 21.200/2022; Lei Estadual nº 21.767/2023; Lei nº Estadual nº 18.330/2022; Lei nº Estadual nº 12.345; e Lei nº 17.816/2022.

2 Projeto de Lei nº 53/2023, Projeto de Lei nº 3.043/2021, Projeto de Lei nº 449/2022 e Projeto de Lei nº 1.032/2021

Os benefícios fiscais federais aplicáveis aos projetos de H2V

Embora o H2V seja uma fonte de energia renovável recente, ele vem ganhando destaque e chamando a atenção de governos, indústrias e investidores. Em razão disso, tem-se observado a instituição de políticas fiscais visando diminuir o custo de produção do H2V e aumentar a competitividade do Brasil no mercado internacional.

No âmbito federal, não há nenhum benefício fiscal destinado especificamente ao H2V. Contudo, há incentivos destinados à produção de energia renovável, os quais poderão ser aplicados a projetos de produção de H2V.

Nessa linha, os benefícios fiscais da Sudam e da Sudene destinam-se a pessoas jurídicas que mantêm empreendimentos, respectivamente, na Amazônia Legal³ e na Região Nordeste⁴, no norte de Minas Gerais e do Espírito Santo, podendo ser aplicados a projetos de implantação, ampliação, modernização e diversificação de projetos de H2V. Os benefícios fiscais aplicáveis são a redução de 75% no IRPJ calculado com base no lucro de exploração e a retenção de 30% do IRPJ devido (acrescido de 50% pelo contribuinte) como depósito para reinvestimento em projetos de modernização ou compra de equipamentos.

Além disso, o benefício fiscal do Reidi assegura a desoneração da implantação de projetos de H2V. O benefício fiscal do Reidi consiste na suspensão da incidência de PIS/Cofins sobre as receitas decorrentes da aquisição e/ou locação de máquinas, aparelhos, instrumentos, equipamentos, materiais de construção, além da prestação de serviços destinados à utilização ou incorporação nas obras de infraestrutura.

Por fim, o benefício fiscal do Ex-Tarifário permite a redução temporária das alíquotas do I.I. e do IPI incidentes na importação de bens de capital sem equivalente nacional. Portanto, as empresas interessadas na implementação de projetos de produção de H2V poderão utilizar o referido regime para importar máquinas, equipamentos e suas respectivas peças/partes para serem utilizados na produção do H2V.

3 Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Rondônia, Roraima, Tocantins, Pará e oeste do Maranhão.

4 Maranhão, Ceará, Piauí, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia.



Os benefícios fiscais estaduais aplicáveis aos projetos de H2V

Os principais investimentos em plantas de H2V estão concentrados no Ceará, em Pernambuco, no Piauí e Rio de Janeiro⁵. Sendo assim, no âmbito estadual, esses estados têm promovido alterações legislativas para instituir incentivos fiscais voltados ao fomento de investimentos e produção de H2V.

No estado da Bahia, por exemplo, foi concedido diferimento do ICMS nas saídas internas de energia gerada por fontes renováveis, destinadas a estabelecimento industrial produtor de H2V. O diferimento se encerra na saída subsequente da mercadoria ou do produto resultante de sua industrialização.

Os estados do Ceará e Piauí, por sua vez, concederam o diferimento do ICMS na entrada interestadual em estabelecimento situado em ZPE de energia a ser utilizada no processo produtivo de H2V. Anote-se que não será exigido o pagamento do ICMS quando o diferimento for encerrado em virtude da exportação do produto. Além disso, estabeleceram a previsão de que o estabelecimento gerador ou distribuidor de energia elétrica, situado em outra unidade federada, está desobrigado da retenção do ICMS-ST incidente sobre a entrada de energia elétrica nesses estados, quando esta for destinada a estabelecimento produtor de H2V situado em ZPE.

Os demais estados onde foram identificados investimentos em plantas de H2V⁶ possuem benefícios fiscais de ICMS destinados a projetos de geração de energia renovável, que incluem isenção, redução da base de cálculo ou diferimento do ICMS devido em operações de aquisição de bens destinados à geração de tal energia. Cabe mencionar que tais estados já se manifestaram no sentido de que estão avaliando a possibilidade de instituir incentivos fiscais específicos para operações com H2V.

⁵ https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11291/1/td_2787_web.pdf visto em 10.5.2023.

⁶ Pernambuco, São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul e Piauí.

O futuro dos benefícios fiscais dos projetos de H2V

Diante do acima exposto, é possível observar que os incentivos fiscais aplicáveis a operações com H2V ainda são incipientes. Nesse cenário, acreditamos que a criação de zonas especiais nos hubs de H2V, com incentivos fiscais de caráter regional, estadual e/ou municipal, deverá incentivar o investimento do setor privado em projetos para sua produção.

Tais incentivos fiscais deverão desonerar não apenas a cadeia da energia elétrica utilizada na produção do H2V, como também as operações envolvidas na implementação dos projetos de produção de Hidrogênio Verde no país e, por fim, sua comercialização.

Não há dúvidas de que o Brasil está em uma posição privilegiada para se tornar uma das principais economias em H2V no mundo. Para isso, é essencial que o governo, em todas as suas esferas de atuação, adote medidas eficientes no sentido de reduzir os custos de produção do H2V e, portanto, estimular a sua produção no Brasil, sendo os benefícios fiscais verdadeiros instrumentos de política pública capazes de alavancar o crescimento dessa indústria em nosso país.

Causa preocupação, no entanto, que, em meio aos debates travados perante o Congresso Nacional acerca da reforma tributária, haja severas críticas à concessão de benefícios fiscais setoriais, tendo em vista que a criação de um regime tributário diferenciado para essa indústria é medida de todo conveniente, sob pena de o Brasil continuar a ser, em matéria de H2V, o país de um futuro que nunca chega.



■ Emir Oliveira
Sócio
enoliveira@pn.com.br



■ Cora Mendes
Associada
cmendes@pn.com.br



■ Júlia Mello Leitão
Moreira de Carvalho
Associada
jcarvalho@pn.com.br

A posição do STF acerca da imunidade tributária recíproca do IPTU

A Constituição Federal assegura aos municípios a competência para a instituição do IPTU. Ocorre que Constituição Federal também estabelece que a União Federal, os estados, o Distrito Federal e os municípios não podem instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros, sob pena de violação à imunidade tributária recíproca.

Diante da referida imunidade tributária assegurada pela Constituição Federal, há uma frequente discussão levada à apreciação dos tribunais de nosso país acerca da possibilidade de cobrança do IPTU de bens de propriedade da União Federal, o que tem gerado grande insegurança jurídica.

[...] entendimento firmado pela maioria do plenário do Supremo Tribunal Federal considerou que a regra de imunidade tributária recíproca não poderia ser aplicada para afastar a incidência do IPTU com relação a bem imóvel utilizado na exploração de atividade econômica com fins lucrativos

A validação da imunidade tributária recíproca pelo Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal afastou a incidência do IPTU sobre imóvel que se encontrava em posse de uma concessionária de serviços públicos de transporte ferroviário, por entender que a imunidade alcançaria as suas atividades¹. Nessa ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as atividades da concessionária estariam abarcadas pela imunidade tributária recíproca por serem precípuas do Estado, o que impediria a oneração pelo IPTU dos imóveis utilizados na prestação de serviços públicos.

No mesmo sentido, os ministros do Supremo Tribunal Federal firmaram entendimento no sentido da necessidade de interpretação ampla das atividades desenvolvidas por concessionária de área portuária que tem o direito de utilizar e/ou explorar bens públicos². Isso, porque, em sendo público o escopo da sua prestação de serviços, poderia gozar da imunidade tributária recíproca, não podendo ser compelida ao recolhimento do IPTU exigido pelos municípios.

¹ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.009.682.

A rejeição da imunidade tributária recíproca pelo Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal já analisou, também, se a regra da imunidade tributária recíproca seria suficiente para afastar a incidência do IPTU de imóveis de propriedade da União Federal utilizados na exploração de atividade econômica desenvolvida em regime de concorrência e totalmente voltada ao lucro privado³.

Contudo, o entendimento firmado pela maioria do plenário do Supremo Tribunal Federal considerou que a regra de imunidade tributária recíproca não poderia ser aplicada para afastar a incidência do IPTU com relação a bem imóvel utilizado na exploração de atividade econômica com fins lucrativos.

O principal aspecto debatido pelos ministros do Supremo Tribunal Federal foi a circunstância de o bem público deixar de ser empregado no desenvolvimento da missão constitucional do ente federado (*i.e.*, prestação de serviço público atribuído ao poder público), o que poderia ser entendido com um desvio de finalidade.

Nessa linha, os ministros do Supremo Tribunal Federal afastaram a imunidade tributária recíproca por verificarem que haveria prevalência da finalidade lucrativa em detrimento do interesse público, razão pela qual a busca primordial pelo lucro seria incompatível com uma proteção constitucional prevista para salvaguarda do pacto federativo.

O entendimento de que a posse de bens públicos por particular com ânimo de propriedade justificaria a recusa à aplicação da imunidade tributária recíproca também foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que, diferentemente dos contratos com duração menor, a posse exercida pelos particulares de bens públicos seria uma “quase-propriedade” devido ao usual longo tempo contratual.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal justificou o afastamento da imunidade tributária recíproca em razão da violação à livre concorrência, posto que, no caso de particulares atuando no livre mercado, a utilização de bens públicos sem tributação representaria verdadeira condição de favorecimento se comparada à utilização de bens privados com tributação.

Os riscos na fruição da imunidade tributária recíproca do IPTU

O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente aplicado a imunidade tributária recíproca aos casos em que se demonstra que os bens públicos em posse de concessionárias são utilizados na exploração de serviços públicos, por se entender que o tratamento tributário mais benéfico alcançaria as atividades precípua dos entes federativos.

Contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se demonstrado contrária à aplicação da imunidade tributária recíproca aos casos em que os bens públicos forem utilizados na exploração de atividade econômica, em regime de livre concorrência, com finalidade lucrativa, por se entender que tal prática caracterizaria verdadeiro desvio de finalidade.

Diante de tal posicionamento, para fins de delimitação do real alcance da imunidade tributária recíproca do IPTU, faz-se necessário entender a natureza das atividades exercidas pelas concessionárias, na medida em que se forem classificadas como serviços públicos, maiores serão as chances de se evitar a cobrança pelos municípios. Por outro lado, quanto mais se aproximarem da mera exploração de atividade econômica, em regime de livre concorrência e com finalidade lucrativa, menores as chances de prevalecer a imunidade tributária recíproca de IPTU.



■ Emir Oliveira
Sócio
enoliveira@pn.com.br



■ Bruno Russo Piquet
de Alcantara
Associado
bpiquet@pn.com.br

³ Recursos Extraordinários nºs 594.015 e 601.720.

■ Questões imobiliárias em projetos de infraestrutura

Não é novidade que existem diversas restrições ao investimento estrangeiro em imóveis rurais. Desde 2010, com a publicação do “*Parecer da Advocacia-Geral da União nº LA 01, que aprovou o Parecer da Controladoria-Geral da União e da Advocacia-Geral da União nº 01/2008-RVJ*”, os órgãos da Administração Pública foram instruídos a observarem as restrições contidas na Lei nº 5.709/1971 para transações realizadas com imóveis rurais.

A Lei em questão (Lei nº 5.709/1971), conforme regulada pelo Decreto nº 74.965/1974, prevê, de forma geral, uma série de restrições à aquisição e ao arrendamento de imóveis rurais no Brasil por pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil e por pessoas físicas estrangeiras, entre as quais, (i) autorização prévia pelas autoridades competentes, incluindo o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e (ii) limitação à área rural total do imóvel a ser adquirido pelo estrangeiro, que não poderá exceder 25%, sendo que os estrangeiros de mesma nacionalidade não poderão ser proprietários de mais de 10%, em cada caso, da área de superfície de um município.

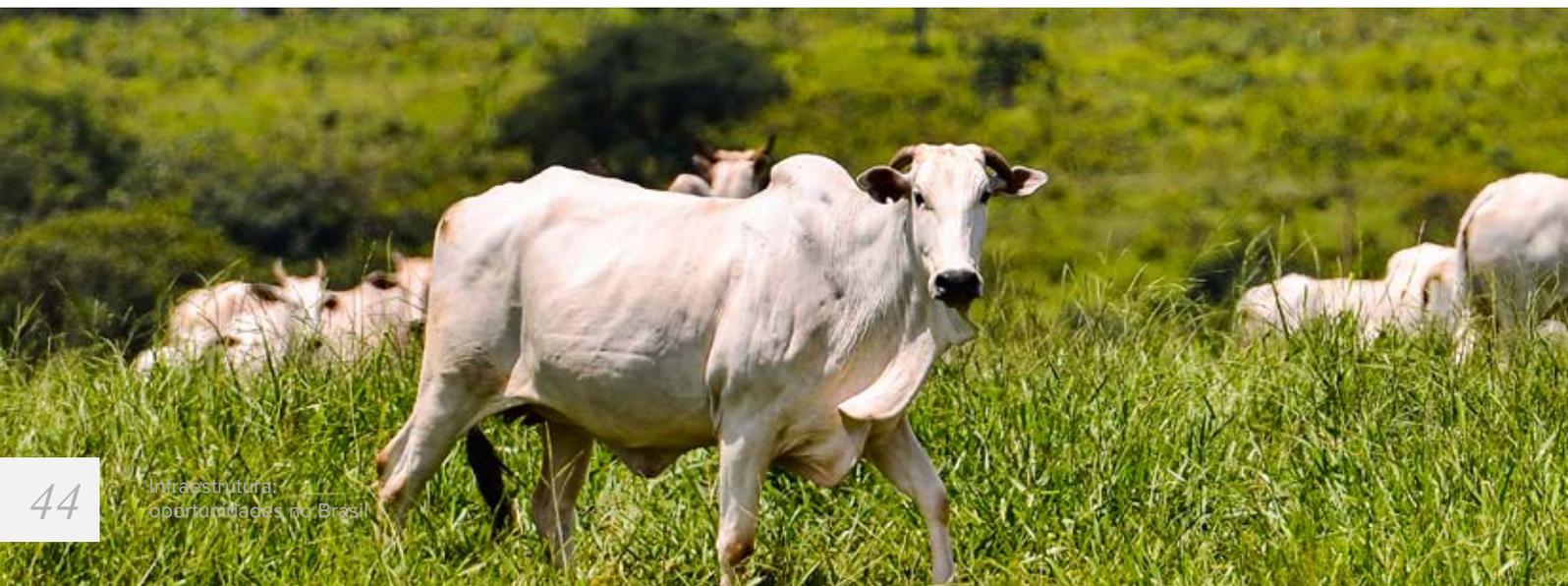
Se os imóveis em questão situarem-se na faixa de fronteira, assim considerada uma faixa de até 150 km de largura ao longo da fronteira terrestre brasileira, outras aprovações poderão ser necessárias, incluindo o assentimento prévio pelo Conselho de Defesa Nacional.

Importante ressaltar que tais restrições são também aplicáveis às operações societárias que resultem em um estrangeiro detendo controle acionário de sociedades que detenham imóveis rurais no Brasil, como, por exemplo, no caso de incorporações e aquisições, alterações no controle societário ou se uma empresa brasileira tornar-se estrangeira.

As transações que violem as disposições da Lei nº 5.709/1971 são consideradas nulas, resultando na obrigação de desfazimento da operação.

Na medida em que os projetos de infraestrutura, em grande parte, desenvolvem-se sobre áreas rurais no Brasil, e uma vasta maioria de investidores e operadores são estrangeiros, esses projetos acabam sendo afetados pelas restrições acima citadas.

Diante das dificuldades em obter-se as aprovações necessárias perante os órgãos competentes, especialmente em vista da demora envolvida, é comum buscar-se estruturas alternativas para viabilizar a exploração dos imóveis para os projetos pretendidos, em observância às restrições legais aplicáveis.



Além disso, em muitos projetos não se verifica como elemento essencial o desenvolvedor possuir propriedade plena do imóvel, de modo que estruturas alternativas que permitem a mera ocupação/exploração do imóvel mostram-se suficientes.

Os projetos de infraestrutura costumam envolver questões de interesse público e tendem a gerar benefícios na manutenção e preservação dos serviços públicos envolvidos - estimulando o desenvolvimento no setor, a geração de emprego e a circulação de riquezas – e, em regra, não possuem finalidade estritamente agrícola, isto é, exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, argumentos que podem auxiliar no sentido de tentar afastar ou diminuir o impacto das restrições específicas da Lei nº 5.709/1971.

Nesse sentido, diversas alternativas jurídicas podem ser exploradas, incluindo estruturas societárias, imobiliárias, entre outras.

De qualquer modo, é recomendável que seja feita sempre uma análise específica de cada caso concreto para identificar a melhor alternativa jurídica a ser utilizada, visando dar maior segurança jurídica aos *players* envolvidos.

Por fim, ressalta-se que as restrições sobre imóveis rurais são, ainda, objeto de grande discussão. Além de projetos de lei (ainda em tramitação e não aprovados), recentemente o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) pediu a suspensão de todos os processos judiciais que tratassem da compra de imóveis rurais por empresas controladas por estrangeiros, como *amicus curiae* da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 342¹ e da Ação Cível Originária nº 2.463². Em decisão liminar publicada em 26 de abril de 2023, o ministro André Mendonça aceitou o argumento da OAB; porém, em 5 de maio de 2023, o Supremo Tribunal Federal derrubou essa decisão. Nesse sentido, é importante o constante acompanhamento sobre o tema, tendo em vista eventuais consequências jurídicas que podem impactar o setor de infraestrutura.



■ Luciano Rossi
Sócio
lrossi@pn.com.br



■ Martina Zajakoff
Associada
mzajakoff@pn.com.br



■ Julia Hall-Nielsen
Fraige
Associada
jfraige@pn.com.br

1 A Sociedade Rural Brasileira busca, por meio desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, que seja reconhecida a não recepção, pela Constituição Federal, do artigo 1º, § 1º, da Lei nº 5.709/1971 - que impõe restrição à aquisição de terras rurais por empresas nacionais de capital estrangeiro.

2 O processo envolve a possibilidade de aquisição de propriedade rural, no Brasil, por pessoas jurídicas brasileiras cuja maioria do capital social pertença a estrangeiros residentes no exterior ou com sede em outro país, de autoria da União e do INCRA.



Atual panorama da regulamentação do uso de precatório como moeda de pagamento

As Emendas Constitucionais nºs 113 e 114, promulgadas em dezembro de 2021, trouxeram significativas alterações às regras relacionadas ao pagamento dos precatórios.

Entre outros pontos, a Emenda Constitucional nº 113/2021 trouxe uma novidade bastante promissora ao setor de infraestrutura e direito público, qual seja, a possibilidade de o credor de precatório utilizar-se de tais créditos líquidos e certos para a quitação de débitos e/ou obrigações perante o Poder Público (art. 100, § 11, da Constituição), como, por exemplo, a quitação de outorga de delegações de serviços públicos e demais espécies de concessão negocial.

Apesar de a norma constitucional afirmar expressamente que essa possibilidade é uma faculdade do credor do precatório e que tal norma possuiria autoaplicabilidade para a União (*i.e.*, eficácia plena no âmbito federal), foram editados diversos atos normativos com o fim de regulamentar os trâmites internos dos entes públicos envolvidos na análise e aceitação dessa forma de pagamento, a saber:

NORMA	PUBLICAÇÃO	EMENTA	VIGÊNCIA
Portaria nº 9.650, de 3.11.2022, do Ministério da Economia (ME).	7.11.2022	Estabelece procedimentos para a oferta de créditos para compra de imóveis públicos de propriedade da União, na forma prevista no art. 100, §11, II da Constituição.	Não consta revogação expressa.
Decreto Federal nº 11.249, de 9.11.2022, da Presidência da República (PR).	10.11.2022	Dispõe sobre o procedimento de oferta de créditos líquidos e certos decorrentes de decisão judicial transitada em julgado, nos termos do disposto no § 11 do art. 100 da Constituição	Não consta revogação expressa. Parcialmente alterado pelo Decreto nº 11.526, de 12.5.2023, da PR (mencionado abaixo).
Portaria Normativa nº 73, de 12.12.2022, da Advocacia-Geral da União (AGU).	15.12.2022	Dispõe sobre os requisitos formais, a documentação necessária, a possibilidade de exigência de prestação de garantias e o procedimento, a ser observado pelos órgãos da Advocacia-Geral da União e pela administração pública direta, autárquica e fundacional, de oferta de créditos líquidos e certos, decorrentes de decisão judicial transitada em julgado, para fins do art. 100, § 11, da Constituição Federal.	Norma revogada pela Portaria Normativa nº 87, de 14.3.2023, da AGU (mencionada abaixo).
Portaria nº 10.702, de 16.12.2022, do ME.	19.12.2022	Dispõe sobre os procedimentos financeiros necessários à utilização de créditos líquidos e certos decorrentes de decisões transitadas em julgado, nos termos do disposto no § 11 do art. 100 da Constituição e no Decreto nº 11.249, de 9.11.2022.	Não consta revogação expressa.
Resolução nº 482, de 19.12.2022, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).	19.12.2022	Atualiza a Resolução CNJ nº 303/2019, que dispõe sobre a gestão dos precatórios e respectivos procedimentos operacionais no âmbito do Poder Judiciário.	Não consta revogação expressa.
Portaria nº 10.826, de 21.12.2022, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).	22.12.2022	Regulamenta, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, os requisitos formais, a documentação necessária e os procedimentos a serem observados uniformemente para a utilização de créditos líquidos e certos decorrentes de decisões transitadas em julgado para quitação de débitos inscritos em dívida ativa da União, na forma do art. 100, § 11, da Constituição.	Não consta revogação expressa.
Portaria Normativa nº 87, de 14.3.2023, da AGU.	15.3.2023	Revoga a Portaria Normativa AGU nº 73, de 12.12.2022, (...) e institui Grupo de Trabalho para elaborar para o Advogado-Geral da União proposta de ato normativo que sucederá a Portaria Normativa revogada.	Não consta revogação expressa.
Decreto nº 11.526, de 12.5.2023, da PR.	15.5.2023	Altera o Decreto nº 11.249, de 9.11.2022, que dispõe sobre o procedimento de oferta de créditos líquidos e certos decorrentes de decisão judicial transitada em julgado, nos termos do disposto no § 11 do art. 100 da Constituição.	Não consta revogação expressa.



Apesar de a maioria dos atos normativos mencionados ao lado permanecerem vigentes até o presente momento, a edição e posterior revogação do ato normativo da AGU, somadas às declarações do Governo Federal sobre o tema, têm gerado insegurança jurídica e desestimulado a utilização dos precatórios como moeda de pagamento.

O assunto tem gerado bastante repercussão no setor aeroportuário, no qual concessionárias vencedoras da 7ª rodada de concessões de aeroportos divulgaram publicamente a intenção de utilizar precatórios como moeda de pagamento de suas respectivas outorgas iniciais, particularmente considerando a sinalização positiva da Agência Nacional da Aviação Civil à época da divulgação do edital, conforme ata de esclarecimentos. A despeito de tal manifestação, outros órgãos do Governo Federal apresentaram resistência. A AGU chegou, inclusive, a determinar a suspensão da análise de pedidos formulados por empresas interessadas em utilizar os precatórios até que o referido órgão edite nova regulamentação sobre o tema.



■ Caroline Guazzelli Queiroz Gomes
Sócia
cqueiroz@pn.com.br

Mais recentemente, a AGU divulgou uma proposta de nova regulamentação via consulta pública para ouvir o mercado antes da edição final da nova norma regulamentadora. Diversos interessados enviaram contribuições ao texto da norma proposta, mas até o fechamento desta edição tal norma não havia sido publicada, pois estava ainda em discussão entre o Ministério da Fazenda, a AGU e outros órgãos.

Sem prejuízo disso, diante da autoaplicabilidade da norma constitucional, ao menos no âmbito federal, a eventual regulamentação da AGU não deve ser tida como condição absoluta para que os entes públicos federais cumpram diretamente o texto constitucional e aceitem os precatórios como moeda de pagamento, em consonância com a própria Constituição Federal e outras normas infraconstitucionais já editadas sobre o tema. Eventuais impasses burocráticos criados arbitrariamente por entes públicos federais estarão sujeitos a mandados de segurança e/ou outras medidas judiciais e administrativas cabíveis, a serem avaliadas caso a caso.



■ Fernando Rissoli Lobo Filho
Associado
flobo@pn.com.br

Seguro-garantia em obras vultosas de infraestrutura: tendência do Poder Público e diferencial de empresa em licitação

A Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) ampliou de 10% para 30% o percentual segurável de contratos de infraestrutura para obras vultosas em licitações (seguro-garantia). Além disso, previu a possibilidade de cláusula *step in*, para a seguradora assumir a execução e concluir o objeto do contrato que restar inacabado por inadimplemento da empresa vencedora da licitação.

Esse movimento legislativo acontece em paralelo à ampliação da liberdade de segurado e seguradora moldarem os contratos às suas necessidades em cada caso – não se aplica mais o clausulado padronizado (art. 4º da Resolução CNSP nº 407/2021 e art. 34 parágrafo único da Resolução 662/2022 SUSEP)¹.

A negociação detalhada de seguro-garantia de grandes riscos, especialmente em contexto de obras públicas vultosas, torna-se, assim, questão essencial para todo o mercado de infraestrutura, crédito e securitário.

A tendência esperada é de que o Poder Público exija seguro-garantia em seus editais de obras vultosas de infraestrutura com cada vez maior frequência como requisito eliminatório em licitações:

- i. obras vultosas são aquelas de valor superior a R\$ 200 milhões (art. 6, XXII da Nova Lei de Licitações), e a possibilidade de assegurar até 30% representa uma significativa diluição de risco em cada licitação;
- ii. a cláusula *step in* permite incluir na apólice duas formas de execução da garantia pela seguradora: pagar o valor em dinheiro ou assumir o dever perante o Poder Público de assumir a execução e concluir a obra vultosa licitada;
- iii. para o Poder Público, além da garantia de indenização ou do *step in*, também importa que a aceitação inicial do grande risco por uma seguradora seja um selo de qualidade para a empresa na licitação, além de a seguradora atuar como um fiscalizador a mais da empresa e obra – a exemplo das situações verificadas nos EUA, quando da implementação em larga escala desse tipo de seguro para obras públicas, décadas atrás².

¹ CNSP é Conselho Nacional de Seguros Privados; e SUSEP é Superintendência de Seguros Privados – duas autoridades públicas do setor regulado de seguros.

² A seguradora terá de assinar o contrato licitado como interveniente-anuente e poderá acessar instalações onde o projeto será executado e acompanhar a execução do contrato (art. 102 da Nova Lei de Licitações).



Em complemento, o seguro-garantia em grandes obras pode ser contratado, não apenas para a obra em sua totalidade, mas, também, para etapas ou fases (art. 2º da Circular 662/2022 da SUSEP), permitindo que ocorra um encadeamento de seguros, se isso se mostrar mais conveniente às partes em cada caso.

Diante dessas novidades legislativas e importância de obras vultosas de infraestrutura para a economia, compreender o funcionamento e as possibilidades dessa garantia e construir relações consistentes e prévias com seguradoras a respeito desse tipo de seguro tenderá a ser, cada vez mais, um diferencial em licitações que envolvam obras de mais de R\$ 200 milhões.

A relevância financeira e social do tema e sua complexidade estratégica criam uma série de desafios aos gestores, empresas e seguradoras, para ponderarem sobre redação de cláusulas de apólice, modos de fiscalização da seguradora, regras para eventual regulação conjunta de sinistros, os valores de prêmio e de indenização para cada tipo de evento coberto e contragarantias da empresa à seguradora, entre outras questões.

Vale também observar que, além do próprio seguro-garantia previsto como elemento essencial para determinados certames, do ponto de vista de gestão do empreendimento e do financiamento desse empreendimento, outra gama de seguros complexos pode ser cogitada, permitindo às partes uma melhor gestão e alocação de diversos riscos seguráveis.

Nesse cenário, o meio de obtenção de informações qualificadas e de prevenção de problemas e litígios futuros é, desde antes dos primeiros contatos de planejamento e negociação, contar com análise especializada de negociação e contratação de produtos securitários. É salutar que as partes de grandes empreendimentos exerçam a maior liberdade de negociação de condições contratuais atualmente permitida pelo regulador, a fim de adaptar seus contratos e seguros caso a caso.



■ Diógenes Gonçalves
Sócio
dgoncalves@pn.com.br

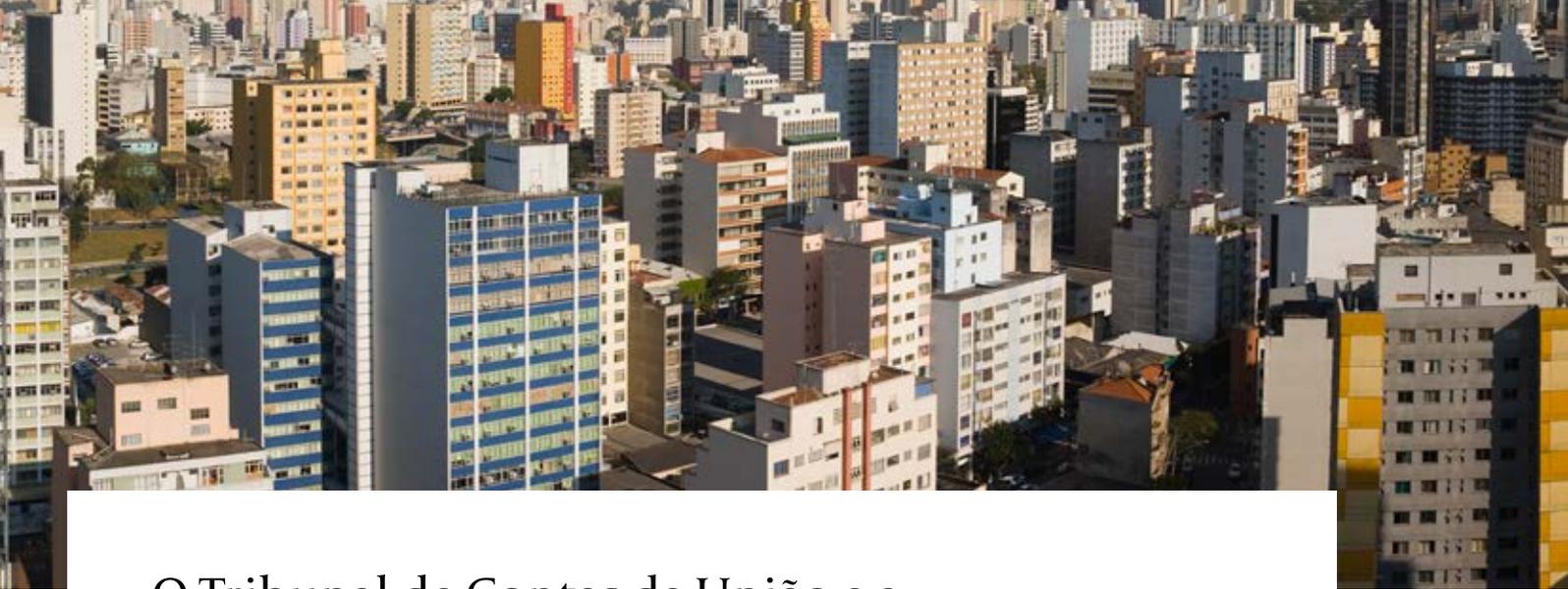


■ Carlos Eduardo
Azevedo
Sócio
ceazevedo@pn.com.br



■ Raíssa Lilavati Barbosa
Abbas Campelo
Associada
rcampelo@pn.com.br





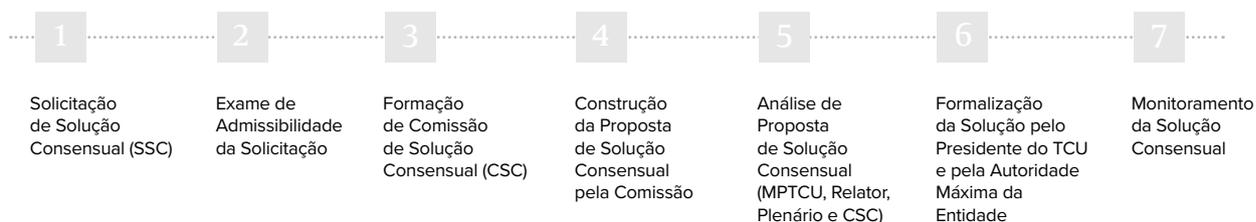
O Tribunal de Contas da União e a Administração Pública Consensual

O Tribunal de Contas da União (TCU) deu início a um novo capítulo no exercício do controle externo no Brasil em 22 de dezembro de 2022, quando publicou sua Instrução Normativa nº 91 (IN nº 91/2022). Com o objetivo expresso de auxiliar gestores públicos e setor privado a encontrar alternativas para solução de problemas de interesse da Administração Pública, o TCU criou o instrumento de Solicitação de Solução Consensual (SSC) - procedimento de solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos envolvendo entidades da Administração Pública Federal. Já no início de 2023, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) submeteu duas SSCs relevantes para o setor ferroviário, a primeira delas a respeito da indenização devida pela devolução do trecho ferroviário entre Presidente Prudente e Presidente Epitácio (São Paulo) e a segunda, sobre a prorrogação antecipada do contrato de concessão da Concessionária Rumo Malha Paulista¹.

Sem pretensão de esgotar as minúcias da IN nº 91/2022, apresentamos, em linhas gerais e no gráfico ao lado, o procedimento estabelecido pelo TCU. A SSC pode ser requerida pelo ministro relator de processo em tramitação no TCU, mas o novo instrumento não se limita a procedimentos já submetidos à apreciação do Tribunal. Dirigentes máximos de agências reguladoras federais também podem requerê-la, assim como todos os legitimados a formular consulta ao TCU, a exemplo do presidente da República, dos ministros de estado e do advogado-geral da União. A solicitação é objeto de análise prévia de admissibilidade pela recém-criada Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), e de exame do presidente do TCU quanto à conveniência e oportunidade em admiti-la. Somente então será formada uma Comissão de Solução Consensual (CSC) para elaborar uma proposta de solução consensual ao caso concreto. A CSC será composta por um membro da SecexConsenso, um representante da unidade de auditoria do TCU especializada na matéria da controvérsia, e um representante de cada órgão da Administração Pública Federal que requereu a SSC, podendo ser admitidos eventuais representantes de particulares envolvidos na controvérsia. Uma vez constituída, a CSC tem 90 dias, prorrogáveis por mais 30, para elaborar a proposta de solução a ser avaliada pelo Ministério Público junto ao TCU e, posteriormente, pelo relator sorteado para o processo de SSC. A solução deverá, então, ser submetida à apreciação do plenário do TCU, a quem compete recusar, aceitar ou sugerir alterações. As eventuais alterações sugeridas deverão ser avaliadas pela CSC, e sua discordância implica o arquivamento do processo. Acatada a solução, sua formalização se dá por meio de termo, a ser fiscalizado via procedimento de monitoramento do TCU.

A implementação da SSC reforça o movimento da legislação brasileira de prestígio à consensualidade na solução de controvérsias, em especial naquelas envolvendo a Administração Pública

¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU Investe em Soluções Consensuais de Conflitos para Temas de Grande Relevância. Secom, 10 de fevereiro de 2023.



A implementação da SSC reforça o movimento da legislação brasileira de prestígio à consensualidade na solução de controvérsias, em especial naquelas envolvendo a Administração Pública. A IN nº 91/2022 figura ao lado de outros marcos normativos com essa mesma inspiração, como a Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem para reconhecer expressamente a possibilidade da participação da Administração Pública, a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2014), que trata da autocomposição no âmbito da Administração Pública, além da própria Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), que dispôs sobre a possibilidade de uso dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

A SSC também segue a tendência da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) para permitir à autoridade administrativa que celebre compromissos para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público, além do seu regulamento (Decreto nº 9.830/2019), segundo o qual a atuação de órgãos de controle – como o TCU – deverá privilegiar ações de prevenção antes dos processos sancionadores.

Apesar disso, a iniciativa tem recebido críticas sob o argumento de que extrapola os limites da atividade de controle². Seja como for, fato é que a novidade da SSC tem a possibilidade de criar – para o futuro próximo – uma miríade de oportunidades para solucionar controvérsias no setor de infraestrutura.



■ Marcelo Bernardes
Sócio
mbernardes@pn.com.br



■ Márcio Bellora Saraceni
Associado
msaraceni@pn.com.br



■ Lucas Mayon
Associado
lmayon@pn.com.br

² GONÇALVES, Marcelo. Desafios da expansão das competências pelo TCU. Consultor Jurídico, 6 de março de 2023; PEREIRA, Gustavo. Solicitação de Solução Consensual: Como Vai Funcionar na Prática? Jota, 8 de março de 2023.



Infraestrutura aeroportuária e defesa da concorrência: perspectivas recentes de julgados do Cade envolvendo cartel em licitação e abuso de posição dominante

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), autoridade antitruste brasileira, tem analisado atentamente o setor de infraestrutura em seus procedimentos administrativos, de forma a assegurar a competitividade entre as empresas e a prestação de serviços em geral – especialmente em setores com poucos *players* e que possuem caráter essencial. Nesse sentido, dois casos analisados em 2022 pelo Cade demonstram que a autoridade tem sido cautelosa nos exames dos mercados relevantes envolvidos nas investigações.

Em novembro de 2022, o Tribunal do Cade multou Air BP, Vibra (antiga BR Distribuidora) e Raízen, distribuidoras de combustível de aviação, em R\$ 122 milhões pelas práticas de (i) recusa de contratar e (ii) imposição de barreiras à entrada e restrições ao desenvolvimento de um concorrente [Processo Administrativo nº 08700.001831/2014-27]. A investigação antitruste foi iniciada em 2014, depois que a Gran Petro, também distribuidora de combustível, apresentou uma denúncia perante a Superintendência-Geral do Cade alegando (i) a recusa de concorrentes em ceder espaço nas instalações de distribuição primária de querosene de aviação (QAV) nos arredores da refinaria Replan e (ii) a criação de dificuldades de acesso à infraestrutura essencial no Aeroporto Internacional de Guarulhos pela concessionária (GRU Airport) e pelas três distribuidoras acusadas.

O Tribunal do Cade concluiu que os três distribuidores investigados tinham uma posição dominante coletiva no mercado de distribuição de combustível de aviação no Aeroporto Internacional de Guarulhos

De acordo com o Tribunal do Cade, os critérios aplicados pelos membros do *pool* de distribuidoras para avaliar as propostas de entrada nas instalações de distribuição devem ser razoáveis e suficientes para justificar a recusa em negociar com um novo distribuidor de combustível. Esses critérios devem ser objetivos, não discriminatórios e objetivamente definidos, tais como, as características legais, operacionais e financeiras do candidato. Nesse contexto, Gran Petro alegou que havia solicitado sua entrada no *pool* em três momentos diferentes, sendo que todos eles foram recusados pelos três acusados sem uma razão clara e objetiva.

O Tribunal do Cade concluiu que os três distribuidores investigados tinham uma posição dominante coletiva no mercado de distribuição de combustível de aviação no Aeroporto Internacional de Guarulhos. O *pool* foi considerado pelo Cade como uma infraestrutura essencial para a operação na área, uma vez que, sem acesso ao *pool*, a Gran Petro não poderia fornecer plenamente os serviços de distribuição de combustível dentro das instalações do Aeroporto Internacional de Guarulhos. A recusa injustificada do *pool* em conceder acesso a essas instalações foi considerada um exercício abusivo da posição dominante coletiva detida pelas empresas condenadas.

A decisão confirmou o entendimento do Tribunal do Cade de que as práticas de recusa de negociação e as imposições de barreiras à entrada devem ser examinadas no Brasil sob a regra da razão, com uma avaliação completa do poder de mercado e das justificativas para as condutas. A decisão também indica o importante papel do Cade para certificar o acesso a estruturas imprescindíveis para a operação de empresas no setor de infraestrutura, afetando cadeias relevantes de produção e distribuição – no caso, de combustíveis.



Também em 2022, o Cade condenou cinco empresas e seis pessoas físicas pela prática de cartel em licitação realizada pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), com multas totalizando cerca de R\$ 4,7 milhões [Processo Administrativo nº 08700.007278/2015-17]. A investigação antitruste foi iniciada em 2017, a partir de representação do Superintendente de Gestão de Risco e Compliance da Infraero por meio do Ofício ao Cade. A representação alegava que as empresas Alimentare, Ventana, Confraria André, Boa Viagem e Delícias da Vovó teriam praticado um conluio para bloquear os pregões presenciais promovidos pela Infraero para concessão de uso de áreas de exploração comercial e áreas de lanchonete e cafeteria nos aeroportos das cidades de Campo Grande/MS, São Paulo/SP (Congonhas), Florianópolis/SC, Maceió/AL, Recife/PE e São José dos Pinhais/PR.

O Tribunal do Cade examinou documentos relativos a sete pregões presenciais, ocorridos entre maio e novembro de 2014, que indicavam que as empresas coordenaram a participação nas licitações da Infraero. Para isso, as empresas investigadas adotavam estratégias de (i) supressão de propostas por meio da abdicação de lances e não cadastramento de representantes aptos a oferecer lances e (ii) bloqueios em pregão presencial, com a participação reduzida de empresas, ausência ou reduzido número de lances, ou mesmo lances com preços similares. Os documentos dos autos evidenciavam a prática anticompetitiva, ao identificar a similitude nas declarações dos licitantes, proximidade entre os preços propostos, prevalência de empresas específicas como vencedoras dos pregões, presença de sociedades recentemente fundadas com sede no mesmo local, e licitantes com sócios em comum, tendo também administração composta por núcleos familiares.

Além da aplicação de multas, o Tribunal do Cade também decidiu aplicar sanções não pecuniárias. As empresas foram proibidas de participar de licitações públicas junto à Administração Pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal pelo prazo de cinco anos. Além disso, foram expedidos ofícios com cópia da decisão da autoridade antitruste para os Ministérios Públicos Federal e Estadual em Campo Grande/MS, São Paulo/SP, Florianópolis/SC, Maceió/AL, Recife/PE e São José dos Pinhais/PR, para ciência das autoridades, eventual propositura de ação para ressarcimento de danos à coletividade e adoção de providências na seara penal.

A decisão demonstrou que a prática de aplicação de sanções não pecuniárias pelo Cade é cada vez mais comum, principalmente no que tange ao envio dos autos para outras autoridades e agências reguladoras – denominada “responsabilização 360º”. Tais sanções também demonstram a diligência da autoridade antitruste com relação a práticas que impactam a coletividade e extensivamente prejudicam a concorrência, na medida em que as sanções permitem que os danos sejam conhecidos e possam ser ressarcidos.

Também é possível verificar que o setor de infraestrutura — por envolver, além de elevadas participações de mercado, ativos muitas vezes específicos e necessários à atividade econômica e ao desempenho de determinados agentes econômicos na área de concessão ou espaço de atuação em questão — pode suscitar preocupações concorrenciais adicionais, a requerer pronta atenção das empresas investidoras.



■ René G. S. Medrado
Sócio
rmedrado@pn.com.br



■ Amanda Athayde L M Riveira
Consultora
aathayde@pn.com.br



■ Leticia Vieira de Melo
Associada
lvmeo@pn.com.br



Perspectivas sobre as principais privatizações federais e estaduais

Como parte do jogo democrático, a cada quatro anos, a troca dos governos federal e estaduais permite e, muitas vezes, impõe mudanças de perspectivas em relação à função e ao tamanho do Estado. Com isso, entre outras consequências, é natural algum impacto nos processos existentes ou potenciais de desestatização, em especial os de privatização. Tais impactos podem servir para confirmar ou reforçar processos iniciados nos governos anteriores, ou para interromper esses planos. Nesse contexto, temos cenários um pouco distintos quando comparamos hoje a União e alguns dos maiores estados da federação.

No âmbito da União, foi anunciado que a maior parte dos planos de privatização iniciados pelo governo anterior não será mantida. Isso não foi apenas declarado em campanha, mas já colocado em prática, como evidencia o Decreto nº 11.478/2023, pelo qual a Presidência da República, em consonância com o recomendado pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos (CPPI), excluiu do Programa Nacional de Desestatização (PND) diversas empresas públicas cujo processo de privatização já havia sido iniciado, tais como, os Correios e a Empresa Brasileira de Comunicação (EBC). Esses projetos desestatizantes voltam, assim, para a estaca zero.

Chama a atenção, contudo, no âmbito federal, a ausência da Autoridade Portuária de Santos no referido decreto, o que significa dizer que o processo de privatização do Porto de Santos, da maneira como modelado no governo anterior – qual seja, transferência do controle acionário da companhia associada à outorga do serviço público portuário por 35 anos –, não foi, por ora, descartado pelo atual governo. Há, ainda, óbices relevantes para o prosseguimento da possível desestatização do maior complexo portuário da América Latina. Em primeiro lugar, e como etapa necessária do processo, a manifestação do TCU a respeito dos termos econômicos, financeiros e jurídicos da privatização, incluindo a aprovação

das minutas de edital e contratos a serem celebrados com eventual comprador do Porto de Santos. Tal análise está pendente desde dezembro de 2022, quando o julgamento pelo órgão auditor foi adiado pela primeira vez. Já naquela sessão, houve debates sobre possíveis sugestões de alterações a serem realizadas na modelagem da privatização, indicando que a aprovação de tal órgão não seria simples. Em segundo lugar, o próprio governo federal precisa definir se deseja o prosseguimento da privatização – em março, após declarações públicas do governo contrárias à desestatização do Porto de Santos, em especial do atual Ministro de Portos e Aeroportos, o próprio TCU resolveu suspender sua análise para que a União pudesse se manifestar oficialmente sobre o assunto. Em algum momento, no curto prazo, portanto, o governo federal precisará definir se leva a cabo o adiantado processo de privatização do Porto de Santos ou se, na linha do amplamente defendido pelo seu atual Ministro de Portos e Aeroportos, abandona o projeto. De toda maneira, ainda que sigam adiante, é de se esperar a proposição e negociação de algumas alterações às regras constantes dos documentos submetidos ao TCU.

No âmbito estadual, é aguardada maior movimentação na alienação de participações em controladas estatais. O Estado de São Paulo concentra duas das principais empresas cuja privatização já foi iniciada, a Sabesp e a EMAE. Apesar de ambos os processos estarem nas fases preliminares de estudos de viabilidade – a Sabesp já com contrato vigente com o IFC, agência vinculada ao Banco Mundial, e a EMAE com o Consórcio Nova EMAE Genial –, os sinais políticos do poder executivo paulista são claros em favor do avanço desses processos, se possível com projetos concluídos (ou ao menos bem adiantados) antes das eleições municipais de 2024. Entretanto, há resistência a ambos os projetos na Assembleia Legislativa, além de percalços procedimentais já enfrentados em etapas anteriores no Tribunal de Contas do Estado, que inclusive chegou a suspender a licitação para contratação dos assessores técnicos para os estudos da privatização da EMAE no início do ano.



O projeto de privatização da Sabesp possui, ainda, desafios adicionais. O primeiro deles diz respeito à existência noticiada de cláusulas de alteração de controle em contratos de prestação de serviços de saneamento celebrados com municípios relevantes de São Paulo. Dessa maneira, eventual alienação do controle acionário da Sabesp poderá ser causa de término de tais contratos pelos municípios, impactando diretamente o faturamento futuro da Sabesp e, com isso, a atratividade da empresa para potenciais investidores, o que deve se refletir no preço oferecido. Para afastar esse risco, é esperado que o governo do estado negocie com algumas dessas principais prefeituras ajustes prévios aos contratos ou *waivers* específicos antes do leilão. O segundo desafio afeta não apenas a Sabesp, mas também outras empresas de saneamento que estão na mira de projetos de desestatização, incluindo a Copasa, em Minas Gerais, e a Sanepar, no Paraná. Trata-se de incertezas – no momento apaziguadas - relacionadas ao Marco do Saneamento, como visto na queda de braço entre o executivo federal e o Congresso Nacional no início do ano, o que também poderia prejudicar a atratividade para o capital privado das empresas de saneamento.

Em Minas Gerais, além da Copasa, o executivo mineiro manifesta interesse na privatização da companhia de energia elétrica Cemig. Os eventuais processos de desestatização da Copasa e da Cemig estão, contudo, em fases preliminares, ainda sem uma perspectiva de andamento efetivo no curto prazo. Vale lembrar que a venda dessas empresas em Minas Gerais deverá passar, ainda, por uma negociação complexa com a assembleia legislativa. Isso, porque a Constituição estadual de Minas Gerais requer um quórum qualificado de aprovação de três quintos dos deputados para alienação de certas estatais e, ainda, a aprovação de tal operação em referendo popular. Tais aprovações – e/ou eventuais alterações à Constituição estadual, como parece ser o caminho preferido pelo atual governador –, não são questões simples e demandam capital político significativo. Há, de toda forma, a possibilidade menos complexa de venda de parte dos diversos ativos que estão sob o guarda-chuva da Cemig, que concentra atividades de geração, transmissão e distribuição de energia e gás.

A Copel, no Paraná, concluiu recentemente sua bem sucedida privatização. No processo de privatização da Copel, chama a atenção o dispositivo constante do artigo 3º, § 1º, I, a, da Lei Estadual que autorizou a desestatização. Trata-se de requisito determinando a alteração de estatuto social da Copel a fim de prever a vedação para que acionistas ou grupo de acionistas votem em número superior a 10% de ações da Copel – o que foi de fato refletido no art. 6º do estatuto social reformado da Copel. Hoje, apenas o Estado do Paraná e o BNDESPAR possuem ações acima de tal quantidade. Como muitos sabem, esse é um mecanismo praticamente idêntico àquele adotado na privatização da Eletrobras, sendo justamente o ponto mais questionado pelo atual governo federal sobre aquele processo, inclusive com o ingresso de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIN).

A tentativa de reverter ou alterar a privatização da Eletrobras já exitosamente concluída – que contou com aval legislativo federal, deliberações societárias e aprovação dos órgãos federais de controle, sem contar a supervisão pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) – prejudica não apenas aquele processo: a ameaça à segurança jurídica é imediata e prática, podendo ter consequências na privatização da Copel. Espera-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal rapidamente analise e rejeite os méritos dessa ADIN, a fim de afastar as incertezas jurídicas sobre o assunto, que é objeto de permissão específica da “Lei das SA”, e já adotado noutras companhias abertas brasileiras.

Cobra-se, correta e legitimamente, que os processos de privatização busquem assegurar a devida valorização do bem público alienado, além de promover ganho de eficiência e melhoria dos serviços à população. E é isso que se pretende garantir com os complexos processos de privatização que temos visto pelo País, geralmente com a participação de diferentes poderes, além da supervisão do órgão auditor (tribunais de contas). Observados diligentemente tais ritos, como parece ter sido os casos da Eletrobras e da Copel, é natural e lógico esperar que seja respeitada, e confirmada nos tribunais, a segurança jurídica dessas transações e, portanto, dos participantes – o que inclui o ente desestatizante, os investidores compradores, e a própria companhia desestatizada e seus demais acionistas (*free float*).



■ João Marcelo G. Pacheco
Sócio
jmpacheco@pn.com.br



■ Renato Grecco
Associado
rgrecco@pn.com.br

Atuação recente do Cade no controle prévio de operações nos setores de infraestrutura

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem procurado exercer papel importante na promoção da concorrência em setores de infraestrutura, em razão das suas principais competências definidas na Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência): (i) investigar condutas colusivas entre concorrentes e condutas unilaterais de agentes econômicos com participação de mercado acima de 20% e, se for o caso, aplicar punições aos infratores (função repressiva); (ii) analisar e aprovar, ou não, as operações de fusão, aquisição e *Joint Venture* (JV), os chamados atos de concentração econômica (função preventiva); e (iii) disseminar a cultura da livre concorrência (função educativa ou de advocacia).

No que tange à função preventiva, o Cade tem analisado importantes operações de fusão, aquisição e *Joint Venture* em que os grupos econômicos das partes envolvidas tenham auferido faturamentos brutos superiores a R\$ 750 milhões e R\$ 75 milhões.

Ao analisar previamente esses atos de concentração, o Cade tem se esforçado para identificar quais operações podem vir a eliminar a concorrência em uma parte significativa dos mercados relevantes afetados, para bloqueá-las; e quais operações são estritamente necessárias para atingir objetivos como: aumentar a produtividade ou a competitividade, melhorar a qualidade dos bens ou serviços, propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, repassando aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes das operações.

A relevância do Cade para o setor de infraestrutura pode ser constatada pelo fato de que, em 2022, foram submetidas 660 operações à autarquia para aprovação prévia, com valor total de R\$ 1,5 trilhão, sendo que dois dos principais setores com o maior número de operações submetidas foram relacionados à infraestrutura: geração de energia elétrica e extração de petróleo e gás natural.

Na frente de advocacia da concorrência, o Cade publicou recentemente estudos sobre setores específicos, como é o caso dos Cadernos sobre a Indústria Siderúrgica, Mercados de Distribuição e Varejo de Combustíveis Líquidos, Mineração e de Telecom. Além disso, o Cade tem procurado pautar a sua atuação com base nos acordos de cooperação firmados com agências reguladoras, como Anatel, ANAC e ANP, e com outros órgãos de suma importância para a infraestrutura do Brasil, como é o caso do BNDES. Tais acordos preveem a cooperação técnica para acesso a dados e estudos dos setores regulados, para permitir que as decisões do Cade sejam tomadas a partir do melhor conhecimento possível sobre tais setores, ao mesmo tempo que preservam a autonomia de tais agências e do Cade em seus processos decisórios.

Na análise da operação envolvendo a aquisição da Gaspetro pela Compass, por exemplo, o Tribunal do Cade analisou recurso da ANP contra a decisão da Superintendência-Geral da Cade, que havia aprovado sem restrições a operação, mas concluiu que a operação não apresentava preocupações concorrenciais e atendia a obrigações assumidas pela Petrobras em acordo firmado com o Conselho, em 2019, para promover a concorrência no mercado de gás natural.



Também em 2019, o Cade obteve outro compromisso da Petrobras voltado a aumentar a concorrência no mercado nacional de **refino**, por meio do qual a Petrobras concordou em alienar oito refinarias, incluindo os ativos relacionados a transporte de combustível. Tais medidas permitiram a entrada de agentes privados, capazes de incentivar a concorrência no mercado e, pelo que foi mencionado por representantes do Cade, foram adotadas a partir de informações obtidas a partir do convênio firmado com a ANP.

No caso da compra de ativos da Oi Móvel pela Tim, Claro e Vivo (operação aprovada com restrições em fevereiro de 2022), o Cade levou em consideração as condicionantes impostas no mês anterior pela Anatel e a regulamentação setorial na imposição dos chamados remédios antitruste, ou seja, as condições para autorização da operação, compreendendo desinvestimentos e regras de governança para os ativos adquiridos por Tim, Claro e Vivo.

Nesse contexto atual de foco do Cade nas questões concorrenciais próprias dos setores de infraestrutura, faz sentido que as empresas fiquem ainda mais atentas na avaliação com cuidado dos contratos que possam vir a ser considerados de notificação obrigatória ao Cade, como por exemplo:

- os “contratos associativos”, que, para o Cade, são os contratos firmados por partes que sejam concorrentes no mercado objeto do contrato e que tenham todas as seguintes características: duração igual ou superior a dois anos, estabelecimento de empreendimento comum para explorar atividade econômica e compartilhamento de riscos e resultados;
- os acordos de *RAN sharing* que preencham os requisitos acima;
- os acordos de compartilhamento de voos (*code share agreement*) em que as partes compartilhem riscos e resultados e quando as rotas objeto do acordo sejam substituíveis entre si e;
- os contratos de formação de consórcios.

Em todos os tipos de contratos supracitados, as partes envolvidas devem ser cautelosas nas trocas de informações que não sejam necessárias à condução dos negócios jurídicos firmados, dado que o compartilhamento de informações concorrenciaismente sensíveis é um dos principais focos de atuação do Cade no momento, em razão da percepção de que tal troca pode vir a limitar a concorrência ou uniformizar comportamentos, a partir da redução da incerteza sobre o comportamento do rival.

Assim, continua sendo bastante importante a avaliação dos contratos firmados por empresas atuantes nos setores de infraestrutura também sob a ótica da Lei de Defesa da Concorrência, para evitar investigações relacionadas a trocas de informações concorrenciaismente sensíveis ou a condições comerciais, investigações essas que podem não só atrasar as operações, mas também gerar pagamentos de multas e anulações de contratos.



■ Leonardo Rocha e Silva
Sócio
lrochaesilva@pn.com.br



■ José Rubens Battazza lasbech
Associado
jiasbech@pn.com.br

Seguro de transporte, a Medida Provisória 1.153/2022 e sua conversão em lei: o que muda para o setor de transportes?

O transporte de cargas é cotidiano e essencial em toda obra de infraestrutura (e.g., transporte de maquinário, de material, de itens e peças essenciais da estrutura, etc.). Considerando a obrigação legal de contratação de seguro para carga e/ou de responsabilidade civil em transportes rodoviários¹, o contrato de seguro está presente e impacta os custos de construção e a gestão de infraestrutura. Por esse motivo, a adequada contratação do seguro é uma importante ferramenta de gerenciamento do risco e do custo, assim como a garantia de uma proteção que atenda às necessidades da atividade e às expectativas das partes contratantes.

Por esses motivos, fatores que possam alterar a normatização do seguro para transporte, principalmente de modo sistêmico e relevante, devem ser considerados no planejamento voltado à infraestrutura.

Um exemplo desses fatores foi a discussão no setor em torno das mudanças originalmente propostas pela Medida Provisória nº 1.153/2022 (MP): é comum que, no contexto de gestão de grande movimentação de cargas, o dono da carga contrate apólice de seguro de transporte que abarque condições a benefício do transportador, desde que este se adeque às exigências de mitigação de riscos sugeridas pela seguradora. Nesse contexto, havia possibilidade de a cobertura obrigatória de responsabilidade civil do transportador também ser viabilizada pelo dono da carga. Contudo, a redação original da MP previu que a contratação do seguro de responsabilidade civil do transportador seria de contratação exclusiva do transportador (alteração da MP ao art. 13 da Lei nº 11.442/2007).

A discussão seguirá impactando os setores direta e indiretamente relacionados ao transporte de cargas, incluindo infraestrutura

Essa alteração aparentemente pequena modificaria toda a dinâmica de contratação anterior, com custos de adaptação daí decorrentes, e argumentos de parte a parte:

- i. por um lado, parcela dos donos de carga receava por falhas de entrega de seus produtos, dado que os transportadores poderiam não mais se submeter às políticas de gerenciamento de riscos já conhecidas pelos donos de carga. A consequência seria não apenas de prejuízos financeiros aos donos de carga, como também reputacionais perante seus clientes, além de as eventuais falhas serem especialmente preocupantes quando as cargas sejam consideradas perigosas. Tudo isso traz um sério impacto à cadeia logística, aos custos e à dinâmica de melhor atendimento aos clientes e à cadeia produtiva;
- ii. por outro lado, parcela dos transportadores incomodava-se com o status quo, que, em caso de prestação de serviço de transporte simultaneamente a diversos donos de carga, impunha aos transportadores diferentes regras e apólices, de gestão e integração complexa. Conforme consta da exposição de motivos da MP, isso dificultaria o gerenciamento de riscos e o eventual recebimento de indenizações e;
- iii. no mercado segurador, a alteração na dinâmica de contratação do seguro de transporte e a diferente exposição a riscos a partir da MP também poderia implicar mudanças de custos e gestão de riscos e mesmo na oferta de seguros.

A questão não era simples e chegou a contar com sugestão do deputado relator da MP na Câmara dos Deputados de exclusão integral da alteração de contratação de seguro: “é necessário debate mais aprofundado sobre o tema [...] [em] processo longo e complexo, incompatível com a celeridade da tramitação das medidas provisórias. [...] no tempo adequado, o tema será discutido e uma solução adequada será encontrada².”

² Parecer de Plenário à Medida Provisória nº 1153 de 2022, pela Comissão Mista da Câmara dos Deputados disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2263902&filename=Tramitacao-MPV%201153/2022>.

¹ Art. 20, “m” do Decreto-Lei 73/1966; art. 13 da Lei nº 11.442/2007



Todavia, na conversão da MP em lei, o texto final da Lei nº 14.599/2023³, que alterou a Lei nº 11.442/2007, apresentou mudanças em relação à MP⁴: (i) a modificação da expressão exclusiva por obrigatória no caput do art. 13 alterado, prevendo como de “contratação obrigatória dos transportes” o Seguro de Responsabilidade Civil do Transportador Rodoviário de Carga (RCTR-C), Seguro de Responsabilidade Civil por Desaparecimento de Carga (RC-DC) e Seguro de Responsabilidade Civil de Veículos (RC-V); e (ii) a nova redação do relevante §1º do art. 13 alterado, com a previsão de que o plano de gerenciamento de risco (PGR) vinculado aos seguros RCTR-C e RC-DC seja estabelecido de comum acordo entre o transportador e a seguradora, mas com a possibilidade de que o dono da carga possa exigir alterações e medidas adicionais, podendo arcar com os eventuais custos e despesas dessas alterações.

As alterações acima, em comparação com o texto original da MP, geram duas principais observações, considerando as recentes discussões levantadas pelo mercado de transporte e pelo mercado segurador: (i) tornam-se obrigatórias as coberturas que antes eram facultativas no âmbito do seguro de responsabilidade civil do transportador (cobertura para desaparecimento de carga e roubo, cobertura para acidentes com veículos terceiros) e (ii) a retirada do termo “exclusiva”, presente na redação original e ausente na lei final promulgada, permite a interpretação de que donos de carga e transportadores podem manter as condições de terem apólices viabilizadas por um ou por outro, conforme as melhores estratégias para cada contrato de transporte, de modo parecido com o que já se praticava por usos e costumes comerciais desenvolvidos antes da nova lei, acrescentando-se à prática as negociações a respeito do PGR vinculado às coberturas por perda e desaparecimento de carga.

A discussão seguirá impactando os setores direta e indiretamente relacionados ao transporte de cargas, incluindo infraestrutura. Por isso, e mais especialmente considerando a imediata vigência das novas regras, é recomendável que os interessados acompanhem a interpretação a ser dada pelo mercado e busquem assessoria especializada a respeito dos efeitos provisórios ou definitivos da MP e os reflexos das alterações legais na negociação, custo, obrigatoriedade e estruturação dos contratos e respectivos seguros de transporte.

Assim, há extrema relevância do seguro de cargas para o desenvolvimento de qualquer empreendimento. O seguro atua na mitigação dos riscos envolvidos nessas operações e, quando bem contratado, tem verdadeiro potencial de mitigar ônus e evitar prejuízos. Com uma assessoria jurídica especializada, as empresas podem avaliar os aspectos jurídicos formadores dos ônus de cada empreendimento e negociar com maior segurança a contratação de apólices adequadas às suas operações.



■ Diógenes Gonçalves
Sócio
dgoncalves@pn.com.br



■ Carlos Eduardo Azevedo
Sócio
ceazevedo@pn.com.br



■ Raíssa Lilavati Barbosa Abbas Campelo
Associada
rcampelo@pn.com.br



■ Nickolas Benjamin S. F. M. de Carvalho
Associado
nbcarvalho@pn.com.br

³ Texto final da lei acessível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14599.htm - acesso em 21.06.2023

⁴ Descritivo de votação, acessível em https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/chamada_Externa.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/votacao/mostraVotacao.asp?ideVotacao=11421

O uso de *dispute boards* em projetos de infraestrutura e o cumprimento de suas decisões

O Comitê de Prevenção e Solução de Disputas, internacionalmente conhecido como *Dispute Board* (DB), é um método de resolução de disputas que tem sido amplamente utilizado em grandes projetos de construção para evitar litígios e proporcionar agilidade na resolução de conflitos que possam surgir durante a execução da obra.

O *Dispute Board* é formado por um comitê, composto geralmente por três profissionais independentes, e pode ser de três tipos: (i) DAB - *Dispute Adjudication Board*, em que a decisão é mandatória e vincula as partes imediatamente e permanece assim até que seja revogada por decisão do judiciário ou arbitragem; (ii) DRB - *Dispute Review Board*, em que a decisão proferida é uma recomendação e não é vinculante para as partes ou; (iii) CDB - *Combined Dispute Board*, em que, via de regra, são apenas recomendações, mas, se uma das partes solicitar e a outra não se opuser, é competente para proferir decisões vinculantes.

O uso de *dispute boards* por países que adotam a *Common Law* é bastante popular e, geralmente, tem um formato estatutário. O primeiro registro do uso desse mecanismo foi em 1960, em Washington, Estados Unidos, em conflitos relacionados com uma Barragem de Fronteira.

Muitos dos países que adotam a *Common Law* preveem em sua legislação o modelo legal de resolução de disputas rápido e vinculante. É o caso, por exemplo, do Reino Unido, de Singapura¹, da Nova Zelândia² e da Malásia³.

No Brasil, a Linha 4 - Amarela do Metrô de São Paulo é considerado o projeto pioneiro da adoção de *dispute boards* no país.

No que se refere à legislação, a primeira menção a Comitês de Prevenção e Solução de Disputas foi na Lei do Município de São Paulo nº 16.873/2018, que 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. No âmbito federal, o uso de *dispute boards* está previsto na nova Lei de Licitações (Lei n.º 14.133/2021).

1 Capítulo 30B da *Building and Construction Industry Security of Payment Act*.

2 *New Zealand Construction Contracts Bill*.

3 *Construction Industry Payment and Adjudication Act 2012*.

Apesar de sua ampla utilização em grandes projetos de infraestrutura, um ponto que vem sendo discutido ao longo dos últimos anos por alguns estudiosos e que é objeto de análise de tribunais arbitrais e judiciais é o cumprimento das decisões proferidas pelos *dispute boards*.

Para a avaliação desse ponto, deve-se, primeiramente, verificar como isso está estabelecido no contrato. As partes podem, por exemplo, estabelecer que a decisão será vinculante e exequível desde a sua emissão.

Na ausência de regulação específica no contrato, deve ser verificada a existência de lei no local de execução que estabeleça alguma regra. Nesse ponto, os países de *Common Law* parecem estar mais acostumados ao conceito de *dispute board*, ao seu efeito vinculante e ao cumprimento de suas decisões, já que a maioria deles possui legislação específica e/ou regulamentação sobre o assunto. Como resultado, os tribunais de *Common Law* têm uma prática mais consolidada quanto ao cumprimento de decisões de *dispute boards* em comparação com aqueles que adotam *Civil Law*.

Nesse sentido, no caso *Macob Civil Engineering Ltd v. Morrison Construction Ltd*⁴, os tribunais ingleses confirmaram que a decisão do julgador “deveria ser cumprida de forma sumária, independentemente de qualquer irregularidade processual, erro ou violação de direitos”⁵.

Outro caso muito relevante sobre o cumprimento de uma decisão não definitiva e vinculante aconteceu em Singapura, conhecido como “Caso Persero”⁶. Nele, o Tribunal Superior de Singapura estabeleceu que as partes “devem dar efeito imediato” à decisão do DAB mesmo que tal decisão não seja final e esteja sujeita a revisão pelo Tribunal Arbitral. Esse entendimento do Tribunal Superior de Singapura está alinhado com o princípio “*pay now, argue later*”, bastante utilizado nos países que adotam a *Common Law*.

No que se refere aos países de *Civil Law*, nos últimos tempos, os tribunais têm evoluído no sentido de adotar posicionamento favorável ao cumprimento imediato das decisões dos *dispute boards*. Os tribunais alemães, por exemplo, já decidiram que os procedimentos de *dispute boards* são exequíveis.

No Brasil, o Conselho de Justiça Federal (CJF) estabeleceu, no seu enunciado 76, que as decisões proferidas por *dispute boards*, quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória (que é o caso do DAB), vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emita nova decisão ou a confirme.

Assim, depreende-se que nos países de *Common Law*, o conceito de execução direta da decisão não-final e vinculante proferida pelo *dispute board* é mais difundido e aplicado. Entretanto, a tendência é de que se desenvolva uma abordagem mais consistente em países de *Civil Law* e, por conseguinte, os tribunais arbitrais e judiciais aumentem sua confiança no cumprimento imediato de tais decisões.



■ Thaís Fernandes
Chebatt
Associada
tchebatt@pn.com.br

4 *Macob Civil Engineering Ltd v. Morrison Construction Ltd*, [1999] BLR 93.

5 Gould, Nicholas, Enforcing a Dispute Board's decision: issues and considerations. *The International Construction Law Review*, 21 September 2012 [2012] ICLR 442, p. 471.

6 PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation – [2010] SGHC 202; [2011] SGCA 33; [2014] SGHC 146 and [2015] SGCA 30.



A evolução de modelos contratuais colaborativos em projetos de infraestrutura

A alocação de riscos para projetos de construção é, na verdade, a alocação do escopo do projeto. Um risco é um evento que pode, ou não, ocorrer antes, durante ou depois da execução do projeto e que, se ocorrer, pode ter um impacto negativo no prazo, custo ou qualidade especificados. A alocação de riscos, portanto, significa a alocação de tarefas e responsabilidades entre as partes do projeto, de modo que, caso ocorra um evento de risco específico, o projeto não sofra consequências severas ou limitadas sobre a data de conclusão, os custos ou a qualidade.

Nos contratos *Engineering Procurement and Construction* (EPC), que são a forma mais comum de contratação para a realização de projetos complexos e de larga escala, o contratante, via de regra, transfere toda a responsabilidade e os riscos relacionados a (i) desenvolvimento e validação do projeto de engenharia; (ii) execução e gerenciamento das obras e eventuais subcontratados; (iii) fornecimento de mão de obra, materiais e equipamentos ao contratado. Além disso, a execução das obras é feita por um preço fixo, assumindo o contratado eventuais riscos relacionados a custos adicionais do projeto.

Ocorre que, apesar de ser um modelo contratual altamente utilizado, o fato de o EPC ter uma estrutura mais engessada de alocação de riscos acaba gerando muitas discussões e disputas em razão de intercorrências durante a execução das obras.

Nesse contexto, a utilização de formas mais colaborativas de contratação tem ganhado espaço em projetos de infraestrutura com o objetivo, justamente, de superar o desalinhamento de interesses associado aos modelos de contratação tradicionais, como é o caso do EPC.

Assim, a contratação colaborativa oferece um mecanismo mais flexível que permite que o escopo do projeto seja dinâmico, que os contratados sejam selecionados com base na sua experiência e capacidade assim como que os riscos sejam alocados à parte que estiver melhor posicionada para gerenciá-los.

Um exemplo de contrato colaborativo é o *Partnering* (Parceria). O conceito de *partnering* é de uma relação de cooperação entre contratante e contratada em que é adotada uma postura de propor soluções conjuntas para os problemas que aparecem no projeto com a intenção de diminuir disputas e solucioná-las assim que elas aparecem, sem que isso vire um conflito. É, geralmente, utilizado para casos de cooperação de longo prazo entre as partes em uma série de projetos, tendo como objetivo melhorar a compreensão e o aprendizado por meio das lições aprendidas no projeto e desenvolver respeito e confiança mútuos.



Além do *partnering*, existe também o *contrato de aliança*, que é o maior exemplo de contratação colaborativa. Ele possui muitas das características dos contratos de *partnering*, mas com a diferença de que é utilizado em contratos individuais, não considerando diversos contratos ou projetos. Além disso, por meio do contrato de aliança, é criada uma estrutura de total colaboração na qual as partes compartilham não apenas ganhos financeiros, mas também as perdas e os riscos, e trabalham juntas para entregar os resultados acordados do projeto.

Os contratos de aliança têm demonstrado particular êxito em projetos no setor do petróleo e, assim como nos contratos de *partnering*, requerem que as partes tenham uma postura de abertura, confiança, honestidade, integridade e de compartilhamento dos riscos para que seja possível desenvolver um ambiente colaborativo e de respeito mútuo, o que é essencial para o sucesso do projeto.

Assim, para se chegar a modelos contratuais mais colaborativos, o principal desafio é mudar a mentalidade das partes, especialmente no que diz respeito à alocação de riscos. Não estamos habituados a compartilhar riscos, mas, sim, a transferi-los para a outra parte, e a forma tradicional de contratos de construção, como é o caso do contrato EPC, corrobora com tal mentalidade. Por essa razão, quando se muda a mentalidade e se começa a pensar no que é melhor para o projeto e não para uma ou outra parte, começa-se a pensar em uma maneira mais colaborativa e, assim, o contrato terá boas chances de ser bem-sucedido.

Portanto, não existe um modelo de contrato perfeito. A escolha do modelo contratual a ser adotado é também uma decisão estratégica, pois dependerá de vários aspectos, como, as peculiaridades do projeto, as partes envolvidas (entidades públicas ou privadas, o poder das partes etc.), entre outros. No entanto, além do contrato, o mais importante é a vontade das partes de realmente entrar em um ambiente de colaboração. Dessa forma, pode-se ter o melhor e mais bem estruturado contrato de colaboração, mas ele não funcionará se a mentalidade das partes não mudar e se insistirem em alocar os riscos para o outro lado.



■ Thaís Fernandes
Chebatt
Associada
tchebatt@pn.com.br



Gestão de questões ESG em projetos de infraestrutura

Considerações ESG (*Environmental, Social, and Governance*) envolvem riscos e oportunidades. São lentes opostas, mas complementares, do mesmo espectro, cabíveis e adequadas em momentos distintos de um projeto de infraestrutura.

Com o crescente foco (i) no desenvolvimento necessário para a transição a uma economia resiliente, adaptada e de baixo carbono como forma de enfrentamento das mudanças climáticas e perda da biodiversidade, (ii) no papel do capital humano para a agenda de desenvolvimento sustentável e (iii) nos impactos ocasionados pela ausência do pilar de sustentação provido pela governança corporativa, mapear e endereçar os riscos ESG é medida indissociável do aproveitamento das oportunidades que esse foco traz.

Ao mesmo tempo que se abrem vias de benefícios, incentivos e priorização ao desenvolvimento de projetos de investimento na área de infraestrutura “*que proporcionem benefícios ambientais ou sociais relevantes*”, como trouxe o Decreto Federal nº 10.387/2020, recentemente, o Decreto Federal nº 11.498/2023 foi expandido para outros setores, de modo que o desafio para os projetos de infraestrutura permanece, globalmente, de enorme escala.

Apenas na seara ambiental, em 2021, relatório conjunto do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (UNEP) do Escritório das Nações Unidas de Serviços para Projetos e da Universidade de Oxford, denominado “Infrastructure for Climate Action”¹, já havia mapeado que o setor é responsável por 79% de todas as emissões globais de gases de efeito estufa e por 88% dos custos de adaptação.

Some-se, ainda, os diferenciais específicos aos projetos de infraestrutura no endereçamento das questões ESG: longo ou médio prazo dos investimentos e implantação do projeto, inter-relação entre o estado da prática quando dessa implementação e a forma de seu desenvolvimento, combinada com os altos custos de uma posterior alteração ou adequação para consecução de novos objetivos. Além disso, há multiplicidade de *stakeholders* envolvidos nos projetos e dificuldade de se integrar mecanismos de transparência interna para decisões informadas ao longo de toda a vida útil do projeto.

Transpondo-se a questão ampla ao mais específico âmbito corporativo, entender as fontes dos desafios e sua relevância entre todos os enfrentados pela empresa, é a primeira etapa que ditará a estratégia ESG do projeto analisado, em qualquer momento de seu ciclo. Entra em cena o papel dos - ainda incipientes ou apenas parcialmente realizados - processos de *due diligence* ESG.

¹ Disponível em: <https://www.unep.org/resources/report/infrastructure-climate-action>

Diferente das mais habituais auditorias técnicas e jurídicas conduzidas pelos investidores, a *due diligence* ESG segue parâmetros de referência voltados não somente à verificação de adequação legal, mas também e, em especial, à definição estratégica de enfrentamento dos temas ESG de efetiva materialidade à empresa e ao projeto considerados. Essa auditoria considera não só o atendimento normativo e os riscos já materializados, mas também as melhores práticas, os padrões voluntários e os impactos transnacionais relacionados, bem como os riscos ainda latentes, cujos impactos são vislumbrados pelos indícios passíveis de averiguação prévia.

Não se trata, no entanto, de exercício teórico ou acadêmico, mas, sim, de uma ação que garante, até mesmo, a comparação das estratégias até então implementadas, com possíveis novas frentes não exploradas, em especial sob a perspectiva de financiamento e de maior ganho econômico alternativo. É o caso, por exemplo, de se averiguar os alinhamentos a atividades passíveis de classificação em taxonomias de títulos verdes, sociais, ou climáticos, como diversas práticas dos setores de energia, transporte, saneamento e construção efetivamente são². Ou, ainda, de análise quanto à possibilidade de geração combinada de ativos ambientais, tais como, os créditos de carbono, pela implementação de medidas de eficiência energética, ou práticas de emissões reduzidas de emissões no setor de transporte, construção e insumos relacionados³, inclusive aquelas passíveis de agregar aspectos de desenvolvimento da comunidade e biodiversidade relacionados⁴.

² Como exemplo: <https://www.climatebonds.net/standard/taxonomy>

³ Como exemplo: <https://verra.org/methodologies-main/#vcs-methodologies>

⁴ Como exemplo: <https://verra.org/programs/ccbs/>

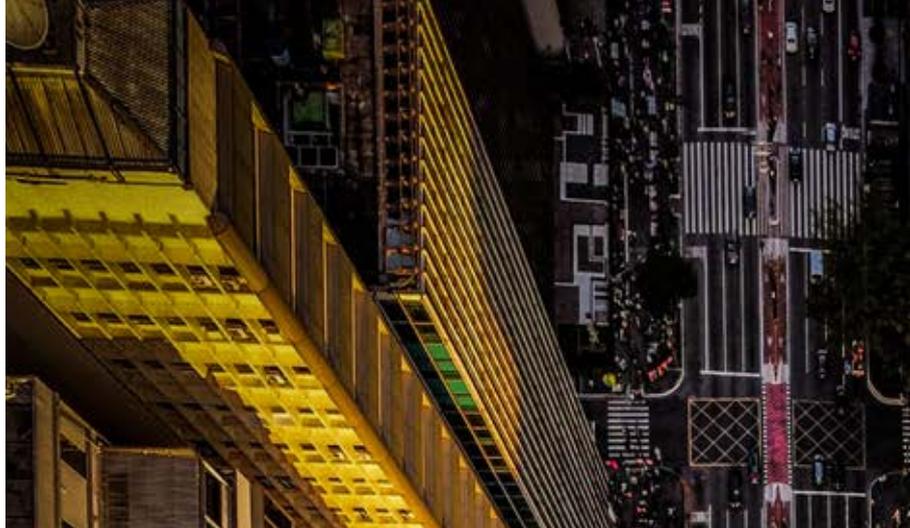
Mais, portanto, que somente minimizar a efetivação de riscos futuros, a efetiva gestão de questões ESG, em especial para as peculiaridades dos projetos na área de infraestrutura, passa por se averiguar o seu melhor encaminhamento também com o olhar das oportunidades, pois sua implementação pode, por si só, ser base para o aproveitamento de incentivos específicos e paralela fonte dissuasiva de custos e perdas, atuais ou futuras.



■ André Vivan
Sócio
avivan@pn.com.br



■ Natalia Azevedo
de Carvalho
Associada
ncarvalho@pn.com.br



Compliance no ramo da infraestrutura

Muitas mudanças ocorreram nos últimos dez anos em relação às questões de *compliance* no Brasil. Foram picos e vales, progressos e retrocessos, especialmente no que diz respeito à pauta político-econômica que permeia o chamado “combate à corrupção”.

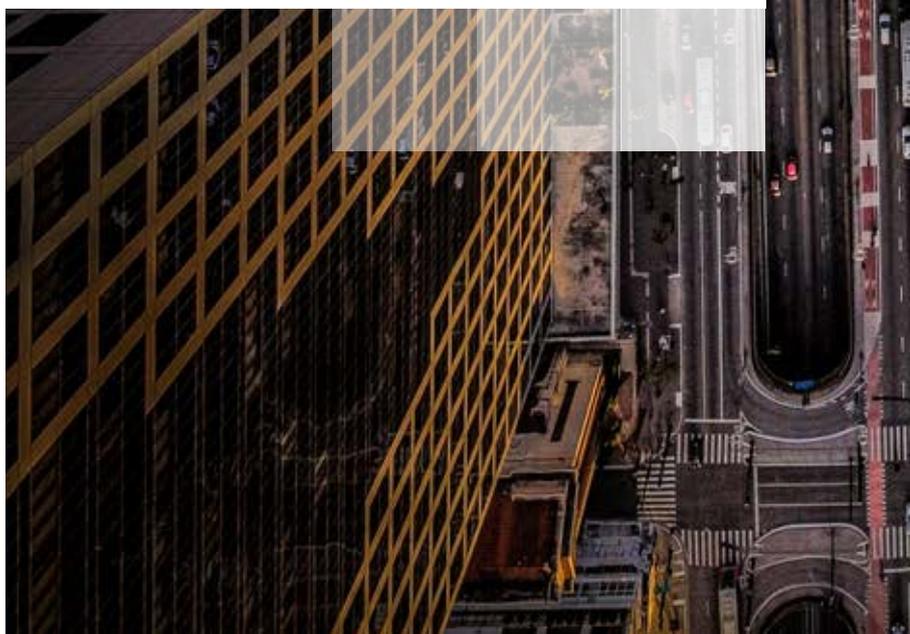
De fato, quando a Lei da Empresa Limpa (ou Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013) foi aprovada pelo Congresso, em agosto de 2013, as poucas normas existentes sobre o tema tinham aplicação muito limitada. Se, em 2013, o termo “*compliance*” ainda era alvo de estudos até mesmo do ponto de vista lexical e a Operação Lava Jato sequer havia sido deflagrada, em 2023, o questionamento é se os programas de *compliance* e as medidas de integridade, que passaram a ser uma realidade das empresas no Brasil, continuarão a ser respeitados e requisitados, considerando o desmanche da Operação Lava Jato, ainda durante o governo Bolsonaro, que culminou na terceira eleição presidencial de Lula.

As empresas do ramo de infraestrutura, principalmente as construtoras (de todos os portes), bem sabem desse percurso. Muitas foram catapultadas para o epicentro da Operação Lava Jato e para outras operações criminais, no contexto de contratações com o poder público – obras relacionadas a estradas, moradias populares, estádios, aeroportos, entre outras.

Fato é que o setor de infraestrutura no Brasil vivia seu ápice: o país estava em crescimento e iria receber eventos esportivos muito relevantes – como as Olimpíadas e a Copa do Mundo. Posteriormente, as operações policiais e processos administrativos e judiciais se misturaram à crise econômica, o que resultou na falência de muitas empresas e na reestruturação de outras tantas. Como herança, visando à prevenção para a não repetição desse cenário, tanto as antigas quanto as novas empresas passaram a voltar seus olhos para o *compliance*. De 2015 em diante, o tema ganhou grande relevância, e a maior parte das empresas do ramo fizeram “seu dever de casa” no sentido de aprimorar ou estabelecer programas de ética e *compliance* robustos e de amplo alcance.

Mais recentemente, com a pandemia de covid-19, o fim da Operação Lava Jato e o mandato presidencial de Lula, passou-se a questionar a importância e necessidade de programas de *compliance* e as medidas de integridade, já que parecem não mais estar na pauta principal do dia. Apesar de as indagações terem sentido, considerando o contexto político, em termos legais, o *compliance* não só “veio para ficar” como tem amadurecido.

Tais iniciativas, que antes eram vistas apenas como sendo facultativas ou que eram adotadas simplesmente visando a uma possível atenuação de eventuais sanções, cada vez mais têm se tornado obrigatórias para setores específicos ou extremamente benéficas, em circunstâncias especiais.





No ramo da infraestrutura, os programas de integridade devem envolver um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de auditoria que visam supervisionar a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta assim como de políticas, com objetivo de identificar e remediar fraudes, irregularidades e atos ilícitos, e são obrigatórios nos casos de contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, conforme definido na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021). Tal lei prevê, ainda, que o desenvolvimento de programa de integridade será utilizado como um dos critérios de desempate no julgamento de propostas de licitação.

De modo semelhante, desde 2020, o Ministério da Infraestrutura, buscando incentivar a adoção voluntária de medidas de integridade pelas empresas, passou a premiar, anualmente, com o “Selo Infra + Integridade” as empresas do setor de infraestrutura de transportes rodoviários que, reconhecidamente, desenvolvam boas práticas de governança, incluindo, integridade, ética, transparência, conformidade, responsabilidade social, sustentabilidade e prevenção à fraude e à corrupção.



Apesar de as indagações terem sentido, considerando o contexto político, em termos legais, o *compliance* não só “veio para ficar” como tem amadurecido

As empresas que obtiverem o selo serão divulgadas pelo Ministério da Infraestrutura e poderão publicá-lo em produtos, documentos, sítios eletrônicos, comerciais e afins, gerando publicidade positiva. A exemplo da sistemática já adotada pela Controladoria-Geral da União em relação ao “Selo Pró-Ética”, apenas as empresas consideradas aptas à obtenção do selo serão divulgadas. O “Selo Infra + Integridade” é mais um importante incentivo recente para que as empresas do setor de infraestrutura implementem programas de *compliance* adequados à legislação vigente e ao seu perfil de risco.

Dessa forma, a despeito dos “altos e baixos” da última década, parece-nos que o *compliance* “veio para ficar” e, especialmente, no ramo da infraestrutura tem sido constantemente estimulado, reconhecido e requisitado por órgãos públicos. Trata-se de elemento de diferenciação entre as empresas para a contratação com entidades públicas e privadas, e para a obtenção de investimentos e recursos, internos e externos.



■ José Alexandre Buaiz Neto
Sócio
jabuaizneto@pn.com.br



■ Natalia Lugero de Almeida
Sócia
nlugero@pn.com.br



■ Luisa A. Mendes Mesquita
Associada
lmesquita@pn.com.br

PINHEIRONETO

ADVOGADOS

SÃO PAULO
Rua Hungria, 1100
01455-906
São Paulo – SP | Brasil
t. +55 (11) 3247-8400

RIO DE JANEIRO
Rua Humaitá, 275
16º andar
22261-005
Rio de Janeiro – RJ | Brasil
t. +55 (21) 2506-1600

BRASÍLIA
SAFS, Qd. 2, Bloco B
Ed. Via Office - 3º andar
70070-600
Brasília – DF | Brasil
t. +55 (61) 3312-9400

PALO ALTO
228 Hamilton Avenue,
3rd floor
Palo Alto CA 94301 | USA
t. +1 (650) 798 5222

TOKYO
1-6-2 Marunouchi,
Chiyoda-ku, 21st floor
100-0005
Tokyo | Japan
t. +81 (3) 3216 7191