RHEIN SCHIRATO MEIRELES

O SETOR DE INFRAESTRUTURA EM 2020 E 2021

ANÁLISE RETROSPECTIVA DOS PRINCIPAIS MARCOS DE 2020 E REFLEXÕES SOBRE AS PERSPECTIVAS DO SETOR PARA O ANO DE 2021

23 de dezembro de 2020

O SETOR DE INFRAESTRUTURA EM 2020

O ano de 2020 representou um período repleto de desafios sentidos por toda a sociedade brasileira, marcado, principalmente, pelo advento da pandemia da COVID-19. O setor de infraestrutura não é exceção. Fez-se necessária a mobilização dos setores público e privado para a superação das consequências adversas desta grave emergência de saúde pública.

Em meio aos esforços voltados à contenção da crise ocasionada pela COVID-19, despontaram diversas iniciativas voltadas à modernização da infraestrutura brasileira durante o ano de 2020. Contudo, permanecem diversos desafios a serem enfrentados ao longo do ano de 2021.

Neste momento de encerramento e de início de um novo ciclo, o Rhein Schirato Meireles Advogados apresenta este informativo, contendo as principais medidas que afetaram o setor de infraestrutura no Brasil durante o ano de 2020 e as perspectivas para o setor para o ano seguinte, a fim de manter nossos clientes e parceiros devidamente informados e preparados para os desafios que certamente nos aguardam.

Vitor Rhein Schirato - vitor.schirato@rheinschiratomeireles.com.br
Renata Meireles - renata.meireles@rheinschiratomeireles.com.br

Luiza Nunes
Beatriz Sousa
Natalie Melamed Gemio
Alexandre Mundim
Gabriel Schroeder
Gabriella Oliveira Castro
Marina Cortese
Luís Romero Stopatto Reis
Daniela Uehara

RHEIN SCHIRATO MEIRELES

RETROSPECTIVA 2020

Legislação e jurisprudência que impactaram o setor de infraestrutura durante o ano de 2020

SANEAMENTO BÁSICO

Novo Marco Legal do Saneamento

Uma das grandes novidades em termos de legislação em 2020 foi o chamado "Novo Marco Legal do Saneamento Básico". Depois de quase um ano de tramitação, finalmente foi editada a Lei Federal nº 14.026/2020, atualizando diversas disposições da Lei Federal nº 11.455/2007. Assim, em termos de legislação brasileira, por mais que o lapso temporal relativamente curto entre as duas leis pudesse gerar questionamentos sobre a pertinência de sua reanálise pelo Congresso Nacional, fato é que a ausência de melhorias estruturais no setor de saneamento fez com que a Lei Federal nº 14.026/2020 trouxesse para si uma meta audaciosa: universalizar o saneamento no Brasil até 31 de dezembro de 2033, garantindo que 99% da população tenha acesso a água potável e 90% da população conte com coleta e tratamento de esgoto.

Desta forma, dentre as inúmeras mudanças implementadas pela nova lei, pode-se citar: (i) o estabelecimento de contratos de concessão como a regra (concorrência); (ii) a possibilidade de prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento; (iii) a definição da titularidade municipal do serviço de saneamento básico como sendo a regra (será estadual nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, conforme definido em lei complementar estadual); (iv) a possibilidade de se implementar a gestão associada do saneamento pela União, Estados e Municípios por meio de consórcios públicos ou convênios de cooperação; e (v) a limitação das subdelegações do objeto contratado ao patamar máximo de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato.

Ademais, analisando-se a Lei Federal nº 14.026/2020, fica claro que, para operacionalizar um arranjo institucional apto a alcançar a meta de universalização do saneamento básico, a referida lei tem como um de seus pilares aumentar a presença do setor privado na área do saneamento. Nesse sentido, as duas maiores mudanças proporcionadas pelo "Novo Marco Legal do Saneamento Básico" são: a vedação da prestação de serviços públicos de saneamento por contrato de programa e a impossibilidade de prorrogação dos contratos existentes – o que fomenta a participação de novos players no setor – e, ainda, a definição da Agência Nacional de Águas (ANA) como órgão regulador de referência em questões relacionadas ao tema, de modo a impulsionar a padronização da regulação e, consequentemente, reduzir a complexidade e os custos com *compliance* regulatório dos agentes que operam no setor.

PORTOS

Atualização da Lei dos Portos

Embora conte com apenas dezesseis artigos, a Lei nº 14.047, aprovada em agosto de 2020, implementou uma considerável reforma na Lei nº 12.815/2013, a chamada Lei dos Portos. Nesse sentido, além de reafirmar o caráter essencial das atividades portuárias e prever medidas essenciais para enfrentamento da pandemia da COVID-19 no setor, o grande marco da nova Lei foi, indubitavelmente, prever dispositivos que flexibilizam e desburocratizam a gestão de portos públicos, de modo a atrair novos investimentos e fomentar a participação do setor privado.

Desta forma, dentre as suas principais alterações, pode-se citar: (i) a fixação da liberdade de preços e do estímulo à concorrência como diretrizes à exploração de operações portuárias; (ii) a exclusão da obrigatoriedade nos contratos de arrendamentos portuários de cláusulas que versem sobre critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, sobre os direitos e deveres dos usuários e, ainda, sobre a adoção e o cumprimento das medidas de fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas; e (iii) a previsão de que contratos celebrados entre a Concessionária e terceiros, inclusive os que tenham por objeto a exploração das instalações portuárias, serão regidos por normas de direito privado - derrogando a necessidade de que tais ajustes sejam precedidos de licitação -, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o Poder Concedente, sem prejuízo das atividades regulatória e fiscalizatória da ANTAQ.

Ademais, em se tratando da rigidez típica das contratações do setor e da sua obrigatória submissão à prévia licitação, a Lei nº 14.047/2020 inovou ao prever algumas hipóteses em que a licitação é dispensada. O primeiro caso em que não será exigível prévia licitação para a outorga do objeto diz respeito ao arrendamento de instalação portuária quando existir apenas um único interessado na exploração da área. Nessa hipótese, tendo sido previamente realizado chamamento público pela autoridade portuária para identificar possíveis interessados e estando a exploração em conformidade com o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto, dispensa-se o prévio procedimento licitatório.

Outro exemplo em que a dispensa da obrigatoriedade de licitação se aplica diz respeito ao chamado “contrato de uso temporário”, que é um instrumento jurídico por meio do qual a administração do porto organizado pactua com o interessado na movimentação de cargas (que não tenha mercado consolidado) o uso temporário de áreas e instalações portuárias pelo prazo máximo e improrrogável de 48 meses. Todavia, salienta-se que, por mais que a licitação esteja dispensada, existindo uma multiplicidade de agentes interessados em firmar o contrato temporário, a Lei nº 14.047/2020 prevê a necessidade de realização de processo seletivo simplificado para a escolha do projeto que melhor atenda ao interesse público e do porto em questão, de forma a garantir a isonomia e a impessoalidade na realização do certame.

TRANSPORTE COLETIVO

Extinção da EMTU no Estado de São Paulo

Entre os dias 13 e 14 de outubro de 2020, os deputados da ALESP – Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo – aprovaram o Projeto de Lei nº 529, de autoria da equipe do governador João Doria. O Projeto propôs uma série de ajustes fiscais a fim de cortar gastos da Administração Estadual. Dentre os ajustes aprovados pela Câmara está a extinção da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos - EMTU.

A EMTU foi criada oficialmente pela Lei Estadual nº 1.492, de 13 de dezembro de 1977, sendo responsável pela gerência dos sistemas de ônibus que interligam diferentes cidades de cinco regiões metropolitanas no Estado: São Paulo, Vale do Paraíba e Litoral Norte, Baixada Santista, Sorocaba e Campinas. Cabia à EMTU o gerenciamento do VLT – Veículo Leve sobre Trilhos, do Corredor Metropolitano ABD e do serviço ORCA – Operador Regional de Coletivo Autônomo. Fora isso, também era responsabilidade da EMTU o gerenciamento da Bilhetagem Eletrônica, bem como a inspeção e fiscalização dos ônibus e vans de fretamento que circulam nas regiões metropolitanas.

Vale dizer que, pouco antes da aprovação do projeto, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE – apontou prejuízos financeiros gerados pela EMTU, somados em R$153 milhões em seis anos, redução no patrimônio líquido da empresa, queda de desempenho operacional das concessões dos ônibus metropolitanos, descumprimento de metas de redução de poluição pela frota de coletivos e não cumprimento da expansão dos corredores de ônibus. Em contrapartida, a EMTU afirmou gerar repasses para os cofres públicos, e não custos, e que jamais teriam sido necessários recursos do Estado para pagamento de despesas da empresa.

Pelo projeto de Doria, as atribuições da EMTU devem passar à ARTESP – Agência Reguladora de Transportes do Estado de São Paulo, integrada à Secretaria de Governo.

O Projeto causou polêmica e conseguiu unir correntes diferentes contra a proposta, como Novo, PSL e PT, entre outros. Dentre as críticas verificadas, alegou-se que a ARTESP não teria experiência em gestão de transportes metropolitanos. Além disso, foi apontado possível interesse político do governador, que aumentaria a sua influência no setor, junto aos grandes empresários e demais atores, visto que a ARTESP é vinculada à Secretaria do Governo.

Após longas sessões de discussão no plenário, a maioria de 48 deputados contra 37 deputados optou pela sua aprovação. O PL 529, então transformado na Lei Estadual nº 17.293 de 15 de outubro de 2020, entrou em vigor em 16 de outubro de 2020, data de sua publicação no Diário Oficial. Assim, na forma da Lei Estadual nº 17.293/2020, ficou o Governo do Estado de São Paulo autorizado a promover a extinção da EMTU, bem como a transferência deu suas atribuições à ARTESP.

Estatais e o Exercício do Poder de Polícia: o RE nº 633.782/2020

Em outubro de 2020, o Supremo Tribunal Federal deu importante passo no reconhecimento da delegabilidade do exercício de poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, entendimento sustentado há tempos por parte da doutrina administrativista. A partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.782/MG, que versava acerca da possibilidade do exercício da atividade de policiamento de trânsito, notadamente no que concerne à aplicação de multas, pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTrans, sociedade de economia mista integrante da administração indireta do Município de Belo Horizonte, o Plenário do STF fixou a seguinte tese de repercussão geral: "É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial.".

O voto do Ministro Relator Luiz Fux, seguido por 6 (seis) outros ministros da Corte Constitucional, preocupou-se tanto em arquitetar uma definição sólida de "poder de polícia" coerente com o direito administrativo contemporâneo, quanto em refutar alegações frequentemente sustentadas por aqueles contrários à sua delegação, denominando-as de "pilares argumentativos" da indelegabilidade do exercício do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, quais sejam: (i) a ausência de autorização constitucional; (ii) a indispensabilidade da estabilidade do serviço público para o seu exercício; (iii) a impossibilidade de delegação da prerrogativa da coercibilidade, atributo intrínseco ao poder de polícia, por ser atividade típica de Estado, e (iv) a incompatibilidade da função de polícia com finalidade lucrativa.

Houve divergência suscitada pelo Ministro Edson Fachin, que ressalvou em seu voto que a delegação do poder de polícia, apesar de possível, demandaria a expressa previsão em lei formal de todos os elementos referentes às sanções passíveis de aplicação pelo delegatário, visto se tratar de limitação ao exercício de direitos e liberdades pelos cidadãos. Igualmente teve o voto vencido o Ministro Marco Aurélio, o qual, em posição mais conservadora, qualificou como inconstitucional a delegação do poder de polícia sancionador a pessoa jurídica de direito privado.

A Venda de Empresas Estatais: A Rcl nº 42.576/2020

O mês de outubro de 2020 foi palco de mais uma importante decisão do Supremo Tribunal Federal, dessa vez versando sobre o tema da venda de empresas estatais.

Especificamente, a Reclamação com pedido liminar nº 42.576/DF, ajuizada pelas Mesas do Congresso Nacional, insurgiu-se contra a alienação de empresas subsidiárias da Petrobras constituídas por desmembramento da empresa-mãe. A base argumentativa utilizada pelos reclamantes sustentou suposta violação dos critérios fixados pelo próprio STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.624/DF, em junho do ano passado, em que foi assentado o entendimento de que a alienação do controle acionário de empresas estatais demandaria prévia autorização legislativa e processo licitatório.

Apesar de o julgamento ter sido apertado, o Ministro Relator Edson Fachin, acompanhado por quatro de seus colegas, foi voto vencido, e, portanto, foi indeferido o pedido liminar de suspensão da venda de subsidiárias da Petrobras. A posição que prevaleceu no Supremo foi aquela sustentada pelo voto divergente do Ministro Alexandre de Moraes, para quem o fato de não haver perda de controle acionário ou, tampouco, indícios de que a alienação de subsidiárias pela empresa estatal operar-se-ia com desvio de finalidade, isto é, com o intuito de contornar a exigência de autorização do Congresso Nacional fixada pela ADI nº 5.624/DF, afastaria quaisquer violações às diretrizes anteriormente fixadas pelo Plenário do STF.

Constitucionalidade da Lei de Relicitações

Neste mês de dezembro, o Plenário do STF, mantendo os termos de decisão cautelar da Ministra Relatora Cármen Lúcia, reconheceu, no bojo da ADI nº 5.991, a constitucionalidade da Lei Federal nº 13.448/2017 – conhecida como Lei de Relicitação. A nova lei flexibiliza os critérios para a prorrogação antecipada de contratos de concessão dos setores ferroviário e rodoviário no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos - PPI. Conforme o voto vencedor da Ministra, ao contrário do que alegou a então procuradora-geral da República Raquel Dodge, os parâmetros estabelecidos para a prorrogação antecipada dos contratos não comprometem a adequação dos serviços, na medida em que a nova lei requer a realização de estudo técnico pela autoridade competente e a submissão da decisão a consulta pública.

Ademais, rebatendo o argumento de que não haveria controle sobre o patrimônio público decorrente da incorporação de bens ao contrato de concessão, a Ministra destacou que a norma exige prévio inventário dos bens a serem transferidos. Por fim, quanto aos chamados “investimentos cruzados” – que permitiriam a inclusão de obrigação contratual de construção de novos trechos ferroviários por parte das concessionárias –, a Relatora não verificou qualquer inconstitucionalidade, uma vez que não se tem verdadeira alteração do objeto da concessão, mas apenas adequação às mutáveis necessidades do interesse público.

STJ E O SETOR DE INFRAESTRUTURA

Encampação da Concessão da Linha Amerela no Rio de Janeiro

Em setembro deste ano, o Presidente do STJ, o Ministro Humberto Martins, deferiu o pedido do Município do Rio de Janeiro para que fossem suspensas liminares da Justiça Estadual que vinham impedindo o Município de retomar a administração da Linha Amarela – importante via expressa que liga a zona Norte à zona Oeste do Rio de Janeiro –, até então sob os cuidados de concessionária integrante do grupo empresarial Invepar. Na referida decisão, o Ministro destacou irregularidades do contrato de concessão, celebrado em 1994, como o superfaturamento das obras e o afastamento, em 2005, do fluxo de veículos como elemento da equação financeira do contrato. Tais fatores seriam responsáveis pelo alto valor de pedágio que vinha sendo cobrado dos cidadãos.

Entre outros pontos, a decisão chama atenção por representar chancela judicial a encampação – tipo de rescisão unilateral do contrato de concessão por iniciativa do poder concedente, com lastro em razões de interesse público – sem a devida indenização prévia, tal como obriga o artigo 37 da Lei Federal nº 8.987/1995. Isso porque a Lei Complementar Municipal nº 213/2019, que autorizou a retomada da Linha Amarela pelo Município do Rio de Janeiro, prevê em seu artigo 1º, §1º, que a "prévia indenização" seria amortizada em virtude dos prejuízos apurados pelo Executivo, Tribunal de Contas do Município e Câmara Municipal, sem prejuízo da apuração de saldo remanescente em favor dos cofres públicos. Tendo a concessionária interposto agravo interno em face da decisão, a Corte Especial do STJ iniciou o julgamento do recurso em outubro deste ano, pelo voto do Ministro Relator Humberto Martins, que manteve o entendimento exarado na decisão monocrática. Entretanto, como o Ministro João Octávio de Noronha pediu vista dos autos, a decisão final da Corte só deverá ser proferida no próximo ano.

TCU E O SETOR DE INFRAESTRUTURA

Câmaras Privadas de Arbitragem em Contratos de Concessão

Em sessão de 25 de novembro de 2020, o Plenário do TCU apreciou representação formulada pelo Deputado Federal Eli Corrêa Filho acerca de possíveis irregularidades na utilização de câmaras privadas nas arbitragens do setor portuário. Os Ministros, acompanhando o posicionamento do órgão de instrução técnica, entenderam que não cabe ao TCU fixar regime jurídico para a utilização da arbitragem, mesmo em câmaras privadas, na medida em que já existe todo um substrato legal que confere possibilidade jurídica para a sua utilização na resolução de conflitos no âmbito dos contratos administrativos, especialmente nos contratos de concessão e de arrendamentos portuários. Por fim, no voto do Ministro Relator Vital do Rêgo, restou destacado que a especialização da arbitragem administrada por câmara privada pode compensar a assimetria de informações existente entre as partes e, além disso, que em qualquer procedimento arbitral estará garantido o devido processo legal, sendo a sua transgressão a única hipótese de posterior anulação da sentença arbitral por parte do Poder Judiciário.

PERSPECTIVAS 2021

As principais medidas que prometem impactar o setor de infraestrutura ao longo do próximo ano

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A Nova Lei de Licitações

Aprovado pelo Plenário do Senado Federal em dezembro de 2020, o Projeto de Lei nº 4.253/20 é considerado o novo marco legal para licitações e contratos em âmbito nacional e agora aguarda a sanção presidencial.

O texto propositivo tem por objeto substituir três importantes leis sobre licitações atualmente em vigor, quais sejam: (i) a Lei Federal nº 8.666/93, conhecida como Lei Geral de Licitações; (ii) a Lei Federal nº 10.520/02, tida como Lei do Pregão; e (iii) a Lei Federal nº 12.462/11, que regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações -RDC. Frise-se que a promulgação da nova lei não irá atingir, contudo, as diretrizes existentes nas Leis Federais nº 8.987/95, nº 11.079/04 e nº 13.303/16, na medida em que a sua aplicação é prevista de forma subsidiária.

Assim, dentre as principais modificações propostas pelo projeto de lei, merece destaque o item relativo às modalidades licitatórias, já que deixará de existir a modalidade convite e se acrescentará o chamado "diálogo competitivo", nova modalidade direcionada a contratações de maior complexidade e de grande vulto, cujos objetos sejam de difícil definição. Além disso, é possível perceber uma maior atenção à fase preparatória ou interna aos procedimentos licitatórios, consoante denota-se da análise dos artigos 18 e seguintes, de forma a conferir maior transparência e grau de institucionalização à matéria, sobretudo em relação a aspectos do planejamento da contratação. Nesse sentido, a motivação para a contratação deverá incluir: (i) estudos técnicos e definição do objeto; (ii) condições que digam respeito à execução do objeto, à remuneração e às garantias; (iii) estipulação de orçamento referente à composição de preços; e (iv) análise de riscos que possam comprometer a licitação e a execução contratual.

Outra inovação do Projeto de Lei nº 4.253/20 é prever os regimes de contratações integrada e semi-integrada, por meio dos quais se possibilitará, em um único instrumento contratual, a contratação de objeto complexo que inclua obras e serviços de engenharia. A lógica que embasa tal alteração é a de facilitar a gestão dos contratos administrativos pela Administração Pública. Ao invés de o Poder Público precisar efetuar diversas contratações com objetos distintos e perante vários contratados, se possibilitará a unificação de todas as contratações em um único contrato complexo – o que está em conformidade, sobretudo, com as finalidades de uma Administração Pública eficiente. Esses regimes de contratação, porém, nos termos do artigo 45, §7º, do PL, apenas poderão ser aplicados em procedimentos licitatórios cujos valores superem o montante de 10 milhões de reais.

Por fim, apesar de alterar consideravelmente as regras gerais de licitação, é certo que o Projeto de Lei nº 4.253/20 preserva duas características marcantes das licitações pátrias: (i) a nova lei continua a ser extremamente analítica e extensa; e (ii) a noção de verticalidade entre a Administração Pública e os particulares permanece vigente.

CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

A Nova Lei de Concessões

Aprovado em novembro de 2019 pela Comissão Especial de Parcerias Público-Privadas da Câmara dos Deputados, o substitutivo nº 02 ao Projeto de Lei nº 7.063/17 tem por finalidade a constituição de uma Lei Geral de Concessões, de forma a substituir e revogar as Leis Federais nº 8.987/95 e nº 11.079/04, atualmente marcos na regulação do tema. É necessário frisar, porém, que apesar de a tramitação do projeto já se encontrar em estágio avançado, estando pronto para ser pautado no Plenário da Câmara dos Deputados, caso ele seja aprovado, ainda precisará retornar ao Senado Federal.

Um dos grandes desafios do Projeto de Lei nº 7.063/17 é adequar a regulação normativo-jurídica de contratos administrativos à crescente dinamicidade das atividades econômicas, como, por exemplo, por meio da possibilidade de se modificar cláusulas de contratos em curso – hipótese que, segundo as normas em vigor, é bastante limitada e engessada. Nesse sentido, a intenção do legislador em tornar gestão desses contratos mais prática e eficiente transparece na previsão dos artigos 173 e seguintes, os quais, para além de prever os tradicionais meios alternativos de solução de controvérsias (conciliação, mediação e arbitragem), prevê expressamente a possibilidade de adoção do chamado "comitê de resolução de disputas", instituto conhecido internacionalmente por *dispute board* e que busca não só solucionar disputas existentes entre as partes contratantes, mas, sobretudo, preveni-las.

Ademais, uma sutil, porém, relevante alteração se refere às modalidades de concessão, anteriormente tidas como "comum", regulamentada pela Lei Federal nº 8.987/95; e as parcerias público-privadas – subdividas em patrocinadas e administrativas – reguladas pela Lei Federal nº 11.079/04. Se aprovado o texto do PL, a norma manterá a figura da concessão "comum", passando a disciplinar as parcerias público-privadas como "concessões em parceria". Ressalta-se que, para além do nome dado às concessões, o ponto central dessa mudança é que o PL pretende acabar com a figura da "concessão administrativa", que é uma modalidade é uma modalidade contratual que permite a delegação não apenas de serviços públicos econômicos contemplados no artigo 175 da Constituição Federal sem ônus para os usuários, mas também de outras atividades públicas, por meio de prestação de serviços à Administração. Esse raciocínio se depreende do artigo 5º, inciso II da proposição, que prevê as "concessões em parceria" apenas para a prestação de serviços públicos. A atenção à questão se justifica na medida em que a supressão do tema pode dificultar consideravelmente a gestão das contratações de serviços voltados à própria Administração Pública.

Por fim, outro ponto de destaque do projeto de lei consiste no fato de que seu artigo 35 prevê a faculdade do poder concedente em exigir a constituição de sociedade de propósito específico como requisito à assinatura do contrato de concessão, seja concessão comum ou concessão em parceria. Atualmente, a referida figura é obrigatória à celebração de contratos oriundos de parcerias público-privadas, podendo ou não ser exigido em casos de concessões comuns.

PORTOS

BR do Mar e o Incentivo à Navegação de Cabotagem

No setor de transportes aquaviários, uma das medidas esperadas para o ano de 2021 é a aprovação do Projeto de Lei nº 4.199/2020, que prevê o Programa de Estímulo ao Transporte por Cabotagem – BR do Mar, e promove algumas mudanças em regulações relevantes para o setor, tais quais a Lei Federal nº 10.233, de 5 de junho de 2001, responsável, dentre outros, pela reestruturação dos transportes aquaviários e pela criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, e a Lei Federal nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997, que trata da ordenação do transporte aquaviário no território brasileiro, na qual se encontra a atual disciplina aplicável à legislação de cabotagem. O PL nº 4.199/2020 busca aprimorar e modernizar a disciplina jurídica aplicável à navegação de cabotagem brasileira, que atualmente conta com regramento bastante escasso e disperso, com vistas ao estímulo à oferta e à competitividade desta modalidade de transporte aquaviário, além da redução dos custos envolvidos na sua realização e da criação de novas rotas.

Uma das principais mudanças introduzidas pelo PL nº 4.199/2020 ao regime jurídico aplicável à navegação de cabotagem é a ampliação das hipóteses de afretamento de embarcações por empresas brasileiras de navegação, ou seja, aquelas empresas sediadas no Brasil, instituídas consoante as leis nacionais e cuja operação foi autorizada pela ANTAQ. Conforme o regime previsto pela Lei Federal nº 9.432/1997 e os regulamentos aplicáveis, o afretamento de embarcações estrangeiras é reduzido a hipóteses limitadas. Já com as alterações introduzidas pelo BR do Mar, qualquer empresa habilitada no programa em comento poderá afretar, por tempo, embarcações de subsidiárias integrais estrangeiras, e ainda, a partir de 2023, passa a ser livre o afretamento a casco nu de embarcação estrangeira destinado à navegação de cabotagem.

Navegação de Cabotagem

É a navegação realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando via marítima ou vias navegáveis interiores.

Afretamento de Navegação

É a contratação, de uma embarcação de uma empresa, por outro. No afretamento a casco nu, o afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação.

Outra medida de relevância prevista pelo PL nº 4.199/2020 é a possibilidade de celebração de contrato de autorização para o uso temporário de áreas e infraestruturas localizada nos limites de porto organizado voltadas ao atendimento de necessidades de movimentação de carga transitórias decorrentes do uso do transporte de cabotagem. De acordo com o texto do projeto sob análise, o contrato de autorização deverá ser avençado entre a administração do porto organizado e interessados na movimentação de cargas, prevendo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses. Esta nova modalidade de instrumento de outorga de uso de área portuária é prevista pelo artigo 16 do PL nº 4.199/2020 e, sendo este aprovado, deverá ser regulamentada pela ANTAQ.

Trata-se de medida entendida como prioritária pelo Governo Federal, que, para além de ter sido qualificada no âmbito do Programa de Parcerias em Investimos do Governo – o PPI, tramita em regime de urgência no Poder Legislativo. Quando da elaboração deste informativo, o PL nº 4.199/2020 encontrava-se sob votação no Senado Federal, encaminhado após a sua aprovação pela Câmara dos Deputados, no dia 8 de dezembro de 2020. Uma vez aprovada no Senado Federal, a medida deverá ser encaminhada à sanção presidencial.

SETOR ELÉTRICO

A MP nº 998/2020 e as Medidas de Reequilíbrio Setoriais

O ano de 2020 foi marcado por medidas restritivas impostas para a contenção do alastramento da pandemia do novo Coronavírus, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde em março deste ano, de modo que vários setores da economia brasileira sentiram os impactos negativos da desaceleração do mercado. O setor elétrico nacional foi um deles.

Dessa forma, objetivando-se amenizar os efeitos negativos da pandemia do novo Coronavírus no setor elétrico, foi editada a Medida Provisória nº 998, de 1º de setembro deste ano. Dentre os seus artigos, pode-se notar que referida medida se direciona, por exemplo, a regular os impactos causados às tarifas de energia praticadas pelas empresas distribuidoras, em especial na Região Norte, e ao estímulo de algumas medidas de desestatização já previstas.

Nesse sentido, está prevista a ampliação da natureza dos recursos financeiros que poderão ser destinados à Conta de Desenvolvimento Energético – CDE e a possibilidade de sua aplicação em favor da modicidade tarifária durante o período de 1º de setembro deste ano ao final de 2025. Com efeito, a medida em comento permite que parte dos recursos que as delegatárias de distribuição de energia elétrica são obrigadas a destinar - por força da Lei Federal nº 9.991, de 24 de julho de 2000 - ao investimento em pesquisa e desenvolvimento sejam alocados à CDE. Especificamente, a MP nº 998/2020 afeta os recursos que não estejam comprometidos com projetos contratados ou reprovados e que seriam destinados ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNCT, conforme prevê o artigo 4º, inciso I, da Lei Federal nº 9.991/2020, e à eficiência energética, nos termos do artigo 5º, inciso I, deste normativo.

A Conta de Desenvolvimento Energético

A CDE foi criada pela Lei Federal nº 10.438, de 26 de abril de 2002, com o objetivo de, dentre outros, promover a universalização do serviço de energia elétrica; garantir recursos para a subvenção econômica de tarifas de consumidores de baixa renda e subsidiar a Conta de Consumo de Combustíveis – CCC e as fontes incentivadas.

A MP nº 998/2020 impôs, ainda, restrições, a serem aplicadas de forma gradual, aos mecanismos de incentivos para fontes renováveis, especificamente no que se refere aos descontos praticados nas Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão e de Uso do Sistema de Distribuição -TUST e TUSD, instituídos pela Lei Federal nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Por fim, ressalta-se que a MP nº 998/2020 impôs a data limite de 30 de junho de 2021 para a condução da transferência de controle de pessoas jurídicas detidas pela União responsáveis pela prestação de serviços de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica prevista pelo artigo 8º, §1º-A, da Lei Federal nº 11 de janeiro de 2013. De acordo com a MP em comento, a efetiva transferência de controle destas empresas deverá ser realizada até o final do próximo ano. A MP nº 998/2020 foi aprovada pela Câmara dos Deputados em 18 de dezembro deste ano, sendo encaminhada ao Senado Federal na mesma data para votação e posterior conversão em lei.

GÁS NATURAL

Novo Marco Legal do Gás Natural

Aprovado com algumas emendas pelo Plenário do Senado Federal em dezembro de 2020, o novo marco regulatório do setor do gás natural segue em tramitação no Congresso Nacional, tendo sido enviado à Câmara dos Deputados para a continuidade do processo legislativo. O texto tem origem no PL 6.407/2013 da Câmara dos Deputados, e a redação atual, aprovada na forma do PL 4.476/2020 do Senado, prevê mecanismos importantes de dinamização da exploração do transporte, escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização do gás natural pela iniciativa privada.

O projeto define que as atividades acima listadas não constituem serviço público e, por isso, a exploração por agentes privados poderá ocorrer mediante autorização e não sob a forma de concessão, hipótese que exigiria um prévio procedimento licitatório. Assim, caberá à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis ("ANP") regular e fiscalizar tanto o processo de autorização quanto a própria exploração da atividade econômica, sendo indispensável a existência de prévio chamamento público às outorgas das autorizações.

Além disso, buscando contornar o risco de se considerar que a autorização seja precária, o PL 4.476/2020 prevê que as mesmas só poderão ser revogadas em hipóteses específicas, tal como por meio do próprio requerimento da empresa ou por descumprimento grave das obrigações legais, contratuais ou de regulações da ANP. Frise-se que, no caso de existir mais de um interessado em obter autorização para a construção de gasoduto de transporte, a ANP deverá promover processo seletivo público para escolha do projeto mais vantajoso, considerados os aspectos técnicos e econômicos.

O projeto de lei busca, ainda, viabilizar a desconcentração do mercado de gás, permitindo que novos agentes sejam autorizados pela ANP a importar e exportar gás natural e a comercializá-lo internamente, já que, atualmente, a Petrobrás participa com 100% da importação e processamento e cerca de 80% da produção de gás de petróleo. Neste sentido, a ANP poderá, sempre depois de ouvir o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("Cade"), utilizar mecanismos como a cessão compulsória de capacidade de transporte e a obrigação de venda em leilão de volumes de comercialização detidos por empresas com grande participação no mercado para combater a concentração do setor. Por fim, o projeto também veda o acesso de acionistas controladores de empresas de áreas de exploração, desenvolvimento, produção, importação e comercialização de gás natural a informações sensíveis dos transportadores relacionados à concorrência, estando tais pessoas igualmente impedidas de indicar membros do Conselho de Administração ou da Diretoria Comercial ou de Suprimento de distribuidora de gás canalizado.

TRANSPORTE INTERMUNICIPAL

Julgamento da ADI nº 5.549 pelo STF

Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.549, ajuizada em 2016, de relatoria do Ministro Luiz Fux, o então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, requereu a suspensão liminar da eficácia de parte do artigo 3º da Lei 12.996/2014, no ponto em que deu nova redação aos artigos 13, incisos IV e V, e 14, inciso III, alínea "j", da Lei 10.233/2001. Segundo o autor da demanda, os dispositivos atacados violam os artigos 37, caput e inciso XXI, e 175, caput, ambos da Constituição Federal.

A Lei 10.233/2011 exigia que a outorga de prestação de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros fosse concedida mediante permissão. A Lei 12.996/2014, todavia, permitiu que a prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros, desvinculados de exploração de infraestrutura, seja outorgada por meio de simples autorização, sem necessidade de procedimento licitatório prévio.

O autor aponta que, segundo o artigo 37, ressalvados os casos especificados em lei, os serviços públicos prestados por particulares serão contratados mediante processo de licitação que garanta igualdade de condições a todos os concorrentes. Janot destaca ainda que, conforme o artigo 175 da Constituição, cabe ao Poder Público prestar serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, mediante licitação e na forma da lei. Por tais motivos, requer que seja julgado procedente o pedido para se declarar a inconstitucionalidade da norma em questão.

A ADI foi incluída na pauta de julgamentos do STF no dia 11 de fevereiro de 2021.

Licitação, Jabuticaba e o Direito Administrativo

Vitor Rhein Schirato *

A jabuticaba é o fruto da jabuticabeira, uma árvore frutífera da família das miratáceas. Trata-se de suculento e doce fruto, muito apreciado por aqui, que pode ser consumido em espécie, ou em confeitos e drinks. Contudo, a maior particularidade da jabuticaba é o fato de ela apenas ser encontrada no Brasil. Trata-se de uma exclusividade nossa.

Pois bem. Assim como a jabuticaba, temos outras duas particularidades: o sistema de licitações públicas (em menor espectro) e o Direito Administrativo (em maior espectro). Ambos têm traços muito particulares (únicos, até) no Brasil e existem para, em boa medida, não funcionar.

O Direito Administrativo é um tema à parte. Raiz francófona, sistema de unidade jurisdicional e preponderância da doutrina como fonte. Tudo para ser complicado. Contudo, não vou aqui me alongar sobre essa questão. É demasiadamente complexa e demandante de discussões e reflexões.

Dessa forma, vou me ater, nessas breves linhas, ao sistema de licitações brasileiro. Além de ser a contramão das tendências internacionais em matéria de contratação pública, é a contramão da evolução que o próprio Direito Administrativo brasileiro vem, a duríssimas penas, galgando ao longo das duas últimas décadas.

Para demonstrar meu ponto, acho prudente fazer uma breve digressão histórica em matéria de contratações públicas no Brasil.

Historicamente, o **processo** de contratação pública no Brasil foi pouco disciplinado por normas jurídicas positivadas. Apenas em 1986, com o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro, houve a edição da primeira norma jurídica completa sobre o tema, com a disciplina do **processo** de con-

-tratação e do regime jurídico dos contratos administrativos (em que pese esse regime já existir desde muito antes por obra da doutrina administrativista).

O Decreto-Lei 2.300/86, contudo, teve vida curta. Foi integralmente revogado e substituído pela Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a qual veio à luz como uma das respostas legislativas aos escândalos de corrupção vividos no começo dos anos de 1990. A intenção desse diploma normativo era claro: restringir ao máximo a discricionariedade (e a liberdade) do agente público para evitar desvios. Foi dado um foco completamente excessivo ao processo, sem quase qualquer preocupação com o resultado.

Além disso, a Lei 8.666/93 consolidou diversas lições doutrinárias há muito difundidas no Brasil, como o conteúdo das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, as regras de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (a contrapartida dessas cláusulas exorbitantes) e a preponderância dos interesses da Administração sobre o particular, catalisando o onipresente "princípio da supremacia do interesse público". Em suma: os contratos administrativos nada têm de contrato e o processo licitatório tornou-se um fim em si mesmo.

Os resultados colhidos pela Lei 8.666/93 ao longo do tempo foram muito ruins. Mas muito ruins, mesmo. Processos intermináveis, compras ineficientes e ineficazes, burocracia exacerbada, impossibilidade de cumprimento de preço e prazo nas obras públicas, licitações com preços completamente irreais e, principalmente, falha na missão de evitar a corrupção. Novos e renovados escândalos seguiram aparecendo.

Durante esse meio tempo, diversas inovações legislativas surgiram e tiveram bons resultados. Em primeiro lugar, a legislação sobre concessões de serviços públicos optou por um conteúdo mais principiológico e pela valorização do contrato como fonte normativa primaz da relação jurídica entre Poder Público e particular. Além disso, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, universalizou o pregão e permitiu compras públicas mais céleres, competitivas, transparentes e eficientes. Diversos dados mostram a importância do pregão para as compras públicas brasileiras.

Chegamos, então, a ponto de certa bipolaridade, que acompanha a própria doutrina do Direito Administrativo brasileiro: de um lado, uma visão mais moderna, que pretende reduzir as amarras do administrador público e aumentar seu accountability, e, de outro, uma visão tradicional, aferrada à sistemática da Lei 8.666/93 e outorgante de grande valor ao formalismo e à verticalidade das relações jurídicas subjacentes.

Nesse passo, ao longo das últimas décadas foram travadas inúmeras discussões doutrinárias no campo do Direito Administrativo sobre como deveria ser o marco legal das contratações públicas. Menos formalista, mais dinâmico e voltado para os resultados e com o abandono de alguns itens fundantes do Direito Administrativo, como as cláusulas exorbitantes; ou mais formalista, mais limitador e com foco sobre o processo, em contraste com os resultados.

O primeiro modelo, outorga, necessariamente, mais liberdade para o gestor público, cobrando-lhe mais resultados e menos burocracia. O segundo restringe essa liberdade e privilegia a forma sobre o conteúdo. Controlados sempre defenderam o primeiro; controladores, o segundo.

Após inúmeras e intermináveis discussões e após diversas iniciativas legislativas, eis que veio ao mundo o Projeto de Lei nº 4.253/2020, recentemente aprovado pelo Senado Federal e enviado para sanção presidencial. Esse projeto renova completamente o marco legislativo das contratações públicas, substituindo a Lei 8.666/93 e consolidando todas as suas alterações e complementações posteriores (com exceção do regime das empresas estatais, que segue disciplinado pela Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016).

E o que ele trouxe de novo? Nada. Ou praticamente nada. A jabuticaba segue madura e em plena produção, apenas atualizada aos dias atuais. De forma resumida e rápida, a Lei 8.666/93 foi trazida para a era digital da internet. No mais, tudo como dantes no quartel de Abrantes.

O formalismo exacerbado segue inalterado. A descrição ultra pormenorizada do procedimento foi complementada. Temas que não eram tratados na Lei 8.666/93 passaram a sê-lo, afinal, o administrador não pode ter margem de discricionariedade alguma. Claramente sintomático dessa realidade é o nome dado pelo projeto de lei às estruturas de controle: **linhas de defesa** (artigo 168). Ou seja, o administrador é um atacante tentando jogar contra linhas de defesa de zagueiros e volantes fortes, agressivos e imbuídos da vocação de marcá-lo e impedir sua ação. Quanto menos o atacante jogar, melhor é a defesa!

Questões que claramente deram errado na Lei 8.666/93, como a caótica estrutura de dispensas e inexigibilidadede licitação, as cláusulas exorbitantes, e a catastrófica disciplina da sistemática de alteração contratual estão todas lá para seguir causando problemas e gerando ações de improbidade (umas certas, outras nem tanto).

Isso quer dizer que tudo no Projeto de Lei 4.253/2020 é ruim? Que nada se aproveita? Não. Claro

que não. Há pontos interessantes, como a obrigatoriedade de matriz de risco para os contratos de obras públicas complexas, a obrigatoriedade de inversão e fases (avanço impossível de ser retrocedido) em todas as licitações, a positivação da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica quando uma empresa é usada para burlar sanções – bizarrice admitida pela jurisprudência sem qualquer base legal – e o aperfeiçoamento do sistema sancionatório.

Contudo, o Projeto de Lei em discussão mostra-se na contramão do mundo e de parcela relevante da doutrina brasileira. Quando se caminha no sentido de aumento da discricionariedade administrativa no processo de contratação, de aumento da autonomia e da accountability do gestor público, de abandono das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos e de convergência com o direito privado, o Projeto de Lei 2.253/2020 faz exatamente o contrário: fortalece o controle meramente procedimental, restringe a discricionariedade e insiste em um modelo falido de cláusulas exorbitantes (que nem na França, seu berço, existe mais).

O sistema de contratações públicas brasileira era uma autêntica jabuticaba: a licitação era o fim e não o meio; o regime administrativo dos contratos públicos adotava o critério subjetivo, estendendo-se a toda e qualquer avença celebrada pelo Estado, mesmo que completamente incompatível com o objeto contratado; os sistemas de contratação e revisão contratual eram francamente propiciadores da corrupção; e o controle era formalista e inibidor de uma atuação pública razoável. E como estamos hoje? Idênticos, saboreando cada dia mais nossa deliciosa fruta. Pena que o excesso de seu consumo pode levar a desastres gastrointestinais.

É a prova definitiva de que a visão tradicional do Direito Administrativo brasileiro perdura e prevalece. As construções que visam à sua modernização e à sua atualização seguem sendo vozes minoritárias de um grito desesperado no deserto.

* **Vitor Rhein Schirato** é sócio de Rhein Schirato Meireles Advogados e Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP

O presente informativo teve por objetivo elencar as principais medidas pertinentes às áreas afetas à infraestrutura brasileira tomadas pelas autoridades competentes durante o ano de 2020, bem como apresentar as expectativas para o ano de 2021 acerca das provisões que prometem afetar o setor.

O **Rhein Schirato Meireles Advogados** agradece seus clientes e parceiros pela colaboração ao longo do ano de 2020 e deseja um próspero 2021 a todos. Durante o próximo ano, permaneceremos à disposição para qualquer ajuda ou orientação que se faça necessária.

Vitor Rhein Schirato - vitor.schirato@rheinschiratomeireles.com.br
Renata Meireles - renata.meireles@rheinschiratomeireles.com.br

RHEIN
SCHIRATO
MEIRELES

Av. Brigadeiro Faria Lima, 3015 – 5º andar
Jardim Paulistano | São Paulo, SP
www.rheinschiratomeireles.com.br