



AJUSTES NO PROJETO DA NOVA LEI DE CONCESSÕES PODEM GARANTIR UMA INFRAESTRUTURA MAIS SUSTENTÁVEL E DE MAIOR QUALIDADE

INTRODUÇÃO

O aprimoramento regulatório é vital para aumentar o investimento privado no setor de infraestrutura e para melhorar a qualidade dos empreendimentos e dos serviços por eles oferecidos. Incluído na pauta prioritária do Ministério da Economia¹, o pedido de celeridade de aprovação do projeto da nova Lei de Concessões² foi recebido no Senado Federal, antes mesmo de sua votação em plenário ter sido encerrada na Câmara dos Deputados.

Sabendo que empreendimentos de infraestrutura implicam em questões socioambientais, o projeto da nova Lei de Concessões também aborda essa temática sem, no entanto, dialogar com os projetos de lei em tramitação que visam alterar a legislação ambiental em vigor.³

Nesta nota técnica, pesquisadores do Climate Policy Initiative/ Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (CPI/ PUC-Rio) analisam a tramitação legislativa do projeto da nova Lei de Concessões sob o enfoque socioambiental, com o objetivo de sugerir elementos que poderiam ser incorporados ao projeto para antecipar potenciais conflitos que hoje são tratados nas fases posteriores do ciclo de vida dos projetos – notadamente durante o licenciamento ambiental, proporcionando a licitação de projetos mais robustos e de maior qualidade, promovendo a maior segurança dos investimentos e garantindo a proteção socioambiental.

Em especial, existe a oportunidade que o PL da nova Lei de Concessões preveja que a regulamentação setorial defina o momento para a obtenção da Licença Ambiental Prévia (LP), assim como quem tem o dever de obtê-la – poder concedente ou concessionárias, e que determine a obrigatoriedade da realização de Estudos de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental (EVTEA) antes da licitação de projetos *greenfield*. Essas questões são de extrema importância para a alocação de riscos e, principalmente, para o fortalecimento da fase pré-licitatória.

1 Ofício SEI nº 84/2020/ME, recebido no Senado em 11 de março de 2020 e juntado ao PLS 3.261/2019.

2 PL 7.063/2017. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/56a-legislatura/pl-3453-08-parcerias-publico-privadas/documentos/outros-documentos/SubstitutivoAdotado.pdf>. Acesso em 30 de abril de 2020.

3 CHIAVARI, Joana; BARROS, Ana Cristina; ANTONACCIO, Luiza; COZENDEY, Gabriel. Nota Técnica. O futuro da infraestrutura do país em discussão: Visão integrada dos projetos de lei em tramitação é necessária para garantir avanços. Rio de Janeiro: Climate Policy Initiative, 2019.

A TRAMITAÇÃO DO PL DA NOVA LEI DE CONCESSÕES

O PL da nova Lei de Concessões, diferentemente do que pode parecer, não é resultado de uma única proposta de alteração legislativa. Ele é fruto das discussões realizadas no âmbito da Comissão Especial Temporária, que foi criada para a sua análise em abril de 2019, e se baseou não só nos diversos projetos de lei relacionados a concessões e licitações, mas principalmente nas audiências públicas realizadas entre agosto e novembro de 2019.⁴ Sua origem indica as inter-relações com outros projetos e temas também em tramitação.

Inicialmente, a Comissão Especial foi incumbida de proferir parecer sobre o PL 3.453/2008, que altera dispositivo da Lei Geral de Licitações.⁵ Posteriormente, em virtude da proximidade temática, coube à Comissão analisar também o PL 7.063/2017, que propõe alterações na atual Lei de Concessões. Contudo, com o avançar das discussões, o relator da Comissão entendeu que o PL 3.453/2008 deveria tramitar em separado e que a Comissão deveria voltar-se exclusivamente ao PL 7.063/2008 e seus apensos. Assim, a Comissão Especial, que inicialmente iria analisar propostas de modificação à Lei de Licitações, mudou o seu foco para a Lei de Concessões.

Curioso notar que em nenhum dos PLs mencionados havia, originalmente, qualquer preocupação com questões ambientais. Na realidade, os PLs e seus respectivos apensos traziam propostas de alterações pontuais nas leis de licitação e de concessões. A Comissão Especial alargou o debate e propôs, em vez de alterar dispositivos específicos, alterar a legislação como um todo.

Nesse debate amplo na Comissão Especial, a questão ambiental foi abordada por deputados e participantes das audiências públicas e incorporada parcialmente no substitutivo aprovado pela Comissão.

QUESTÕES AMBIENTAIS DISCUTIDAS NO ÂMBITO DO PL DA NOVA LEI DE CONCESSÕES

Considerando que grandes obras de infraestrutura são, muitas vezes, realizadas sob o regime de concessão e que geram impactos socioambientais, era de se esperar que a proposta da nova Lei de Concessões tratasse desses impactos, uma vez que trazem grandes desafios à execução dos contratos de concessão.

Nesse sentido, a discussão acerca de dispositivos sobre meio ambiente ocorreu no âmbito das Audiências Públicas realizadas pela Comissão Especial para as quais foram convidados a participar alguns especialistas. Os principais temas discutidos têm relação com: (i) o licenciamento ambiental; (ii) a realização dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA); e (iii) a definição da responsabilidade civil ambiental dos financiadores, conforme detalhado a seguir.

⁴ Audiências públicas disponíveis em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/56a-legislatura/pl-3453-08-parcerias-publico-privadas>. Acesso em 30 de abril de 2020.

⁵ Lei 8.666/1993.

LICENCIAMENTO AMBIENTAL

A redação proposta pelo relator, aprovada pelos demais membros da Comissão em novembro de 2019, manteve a indefinição quanto a quem terá o dever de obter a Licença Ambiental Prévia (LP) – poder concedente ou concessionárias, deixando ao primeiro a prerrogativa de definir essa obrigação caso a caso. Por outro lado, a redação aprovada prevê a possibilidade de se estabelecer um período anterior à eficácia do contrato já assinado para a obtenção do licenciamento e resolução de outras pendências. A proposta deixa a cargo do edital a definição do tempo que o contrato pode esperar até que a licença prévia seja obtida.

A definição sobre a responsabilidade pela obtenção da LP está relacionada a quem assume o risco pela viabilidade ambiental do empreendimento. Está relacionado a essa definição também o momento em que a obtenção da LP deve ocorrer e, portanto, se a estrutura do projeto está completa para apresentação ao mercado. Se é o poder concedente o responsável, ela deverá ser obtida antes da licitação, e o poder concedente garante ao futuro concessionário que o empreendimento é ambientalmente viável e está pronto para ser licitado, com as definições técnicas e os custos associados à licença e suas condicionantes. Se é o concessionário o responsável, o edital pode prever a obrigatoriedade de obtenção da LP anterior à licitação, como sendo um dos requisitos de habilitação da licitação, como ocorre no setor elétrico por exemplo, ou posterior à licitação.

Caso a responsabilidade seja do concessionário, ele assume o risco do órgão ambiental competente indeferir a LP – e ser impossibilitado de participar da licitação – ou analisar em tempo maior do que o previsto pelo contrato, atrasando seu cumprimento. Por outro lado, o concessionário passaria a ser o responsável pela elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), documento que indica como o projeto será viabilizado, o que oferece maior poder de decisão ao concessionário em relação a uma série de questões essenciais para o projeto, como o eventual aprimoramento de tecnologia a ser empregada, localização e formas de mitigação e compensação dos impactos socioeconômicos e ambientais negativos, entre outras.

A sistemática adotada pelo PL não modifica a prática geral vigente, pela qual o momento e a responsabilidade pela obtenção da LP são definidos caso a caso. Considerando que a previsibilidade é um fator que eleva a segurança do ambiente de negócios e reduz riscos, seria vantajoso se, para cada setor, houvesse uma regra geral definindo o momento e a responsabilidade pela obtenção da LP, como ocorre para as licitações de empreendimentos de geração hidrelétrica que possuem regulamentação determinando que a LP deve ser obtida antes da licitação.

Além disso, caso ocorram casos excepcionais que não sigam a regra geral, deve haver transparência sobre essa decisão, como, por exemplo, a publicação da matriz de risco do empreendimento que levou à decisão da excepcionalidade. Esse é o caminho que a resolução nº 1 do Conselho do Programa de Parcerias de Investimento (CPPI) também parece seguir para os empreendimentos qualificados no Programa.⁶

⁶ Resolução nº 01/2016, CPPI: Art. 6º Quando o objeto do contrato o exigir, a licitação dos empreendimentos ficará condicionada, na forma da legislação aplicável, à atestação de sua viabilidade ambiental mediante a expedição da Licença Prévia - LP ou das diretrizes para o licenciamento ambiental. Art. 7º Na elaboração do edital e da minuta de contrato, a adoção de matriz de repartição de riscos do empreendimento deverá ser prevista e deverão ser consideradas, no mínimo, a identificação, a avaliação e a alocação dos riscos à parte que melhor puder gerenciá-los, com o menor custo para o processo, de maneira a minimizar futuras revisões contratuais extraordinárias. Disponível em: <https://www.ppi.gov.br/legislacao-e-arquivos>. Acesso em 25 de maio de 2020.

ESTUDOS DE VIABILIDADE TÉCNICA, ECONÔMICA E AMBIENTAL (EVTEA)

Outro ponto levantado nas audiências públicas foi a necessidade de melhor concepção dos empreendimentos de infraestrutura, mediante elaboração de projetos técnicos mais robustos que favoreçam o sucesso da concessão. Uma forma efetiva de alcançar isso é através do fortalecimento dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA), que fazem um balanço de custos e benefícios e indicam qual a alternativa de projeto mais adequada para o serviço a ser oferecido. A fase de estudos de viabilidade determina também a forma de interação com o território e a necessidade de articulação de políticas e investimentos para minimizar impactos e maximizar benefícios, influenciando o escopo do projeto e o papel do governo para sua viabilização.⁷

Nesse sentido, foi proposto nas Audiências Públicas que se incluísse na nova legislação a realização do EVTEA como condição para a abertura da licitação. Todavia, a Comissão não acatou a sugestão e não fez menção ao EVTEA na redação final do PL.

RESPONSABILIZAÇÃO DO FINANCIADOR POR DANO AMBIENTAL

A redação do PL aprovada pela Comissão inova ao entendimento atual do Judiciário ao estabelecer a responsabilidade civil ambiental do financiador somente nos casos em que se comprova o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano ambiental ocorrido.

Atualmente, a tendência dos tribunais é a responsabilização do financiador pela teoria do risco integral, ou seja, independente da comprovação de nexo de causalidade entre ação/omissão da instituição financeira e o dano ambiental.

Considerando o conceito de poluidor indireto e o princípio da vedação ao retrocesso ambiental, o PL, caso aprovado, pode sofrer reprimendas, inclusive judiciais, por restringir o conceito atual dominante da aplicação da responsabilidade civil ambiental. Além disso, considerando que o conceito de poluidor indireto é previsto na Política Nacional de Meio Ambiente,⁸ essa discussão deveria se dar naquele contexto e não no âmbito do PL da nova Lei de Concessões que possui objetivo principal diverso.

⁷ Chiavari, Joana et al. Op.Cit.

⁸ Lei 6.938/81. Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em 25 de maio de 2020.

RECOMENDAÇÕES

Considerando que o PL ainda será discutido no Plenário da Câmara dos Deputado e, posteriormente, retornará ao Senado Federal, ainda há tempo para adequações no seu conteúdo. Assim, sugerem-se os seguintes pontos para ajustes e incorporação:

- Determinar que a regulamentação setorial estabeleça o momento de obtenção da LP e quem é o responsável pela sua obtenção, a fim de conferir maior segurança jurídica e previsibilidade na alocação de riscos;
- Exigir a obrigatoriedade da realização do EVTEA como condição para a abertura da licitação para projetos *greenfield*. Além disso, o PL poderia estabelecer critérios mínimos a serem analisados pelo EVTEA, métodos de avaliação e aprovação dos estudos a serem previstos em regulamento, além da respectiva publicidade dos atos;
- Excluir o dispositivo que limita a responsabilidade civil ambiental do financiador, tendo em vista a alta probabilidade de judicialização, considerando a tendência atual dos tribunais, bem como o fato de que uma eventual discussão sobre esse tema deveria se dar no âmbito da Política Nacional do Meio Ambiente.

Ao enfrentar essas questões na fase de concessão de um projeto de infraestrutura, existe a possibilidade de antecipar potenciais conflitos que hoje são tratados nas fases posteriores do ciclo de vida dos projetos. Isso proporcionaria a licitação de projetos de infraestrutura mais sustentáveis e de maior qualidade, promovendo um ambiente de investimento mais seguro.

AUTORES

JOANA CHIAVARI

Associate Director, *Climate Law and Governance*
Climate Policy Initiative/ Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro (CPI/ PUC-Rio)
joana.chiavari@cpiglobal.org

LUIZA ANTONACCIO

Legal Analyst, *Climate Law and Governance*
Climate Policy Initiative/ Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro (CPI/ PUC-Rio)
luiza.antonaccio@cpiglobal.org

GABRIEL COZENDEY

Legal Analyst, *Climate Law and Governance*
Climate Policy Initiative/Pontifical Catholic University
of Rio de Janeiro (CPI/PUC-Rio)
gabriel.cozendey@cpiglobal.org

Citação sugerida

ANTONACCIO, Luiza; CHIAVARI, Joana; COZENDEY, Gabriel. Nota Técnica. **Ajustes no projeto da nova lei de concessões podem garantir uma infraestrutura mais sustentável e de maior qualidade**. Rio de Janeiro: Climate Policy Initiative, 2020.

JUNHO 2020

Climate Policy Initiative (CPI) é um grupo internacional de analistas e consultores que trabalham para aprimorar as mais importantes políticas de uso da terra e energia no mundo, com escritórios nos Estados Unidos, Europa, Brasil, Índia e Indonésia. No Brasil, o CPI é afiliado à Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e mantém estreita colaboração com pesquisadores de universidades dentro e fora do país. Esse projeto é financiado pela Gordon and Betty Moore Foundation.
www.climatepolicyinitiative.org

