

PROCESSO Nº: 1.161.104
NATUREZA: Denúncia
RELATOR: Hamilton Coelho
JURISDICIONADO: Município de Patrocínio
EXERCÍCIO: 2024

INTRODUÇÃO

Trata-se de denúncia, com pedido de medida liminar, oferecida pela COM Engenharia e Comércio Ltda referente a supostas irregularidade e ilegalidades contidas no instrumento convocatório da Concorrência Pública regida pelo Edital nº. 17/2023, processo nº. 280/2023, da Prefeitura Municipal de Patrocínio/MG, cujo objeto é a concessão de parceria público-privada, na modalidade administrativa, para a implantação, operação e manutenção de usina fotovoltaica de geração distribuída para compensação de créditos de energia.

A denúncia e os documentos que a instruem foi protocolada em 18/01/2024. No dia seguinte, em 19/01/2024, ela foi autuada e distribuída para a Segunda Câmara, sob a relatoria do Conselheiro Substituto Hamilton Coelho.

Em 22 de janeiro de 2024, a Secretaria Municipal de Compras e Licitações de Patrocínio publicou **aviso de suspensão** da data de abertura dos envelopes de habilitação e propostas de preços, que inicialmente estavam previstos para o dia 24 de janeiro, para verificação de questionamentos apresentados ao município.

Em 24 de janeiro de 2024, o relator julgou prejudicado o pedido liminar formulado na exordial, tendo em vista a inexistência do requisito de perigo na demora. Também determinou que a continuidade, revogação ou anulação do certame, ou ainda a realização de outro, com objeto assemelhado, deverá ser comunicada a este Tribunal de Contas no prazo de cinco dias a partir da prática do ato, sob pena de multa. Determinou, ainda, a remessa dos autos ao órgão técnico para análise e, posteriormente, ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para pronunciamento.

Inicialmente os autos foram encaminhados para a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios que, após verificar que o objeto era de competência desta Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatização, encaminhou os atos para esta unidade técnica em 26 de janeiro de 2024.

É o relatório, no essencial.

ESCOPO

Este relatório tem como escopo a análise técnica dos apontamentos feitos na denúncia formulada pela COM Engenharia e Comércio Ltda em face do Edital de Concorrência Pública nº. 17/2023 do Município de Patrocínio.

Também serão analisadas outras irregularidades identificadas por esta Unidade Técnica.

Ressalta-se, contudo, que não se trata de uma análise exaustiva do certame, de forma que quaisquer outros aspectos não abordados neste relatório poderão ser objeto de nova análise por este Tribunal em momento oportuno.

Antes de iniciar a análise da denúncia, serão apresentados os apontamentos desta unidade técnica, em especial das irregularidades identificadas que justificam a concessão e cautelar, em razão da gravidade e dos riscos para a economicidade do contrato.

APONTAMENTOS DA UNIDADE TÉCNICA

4.1 - Variável exógena na composição da contraprestação devida à concessionária

A partir da análise das disposições do Edital, verificou-se que para a estipulação da Contraprestação Máxima (CMPmax), critério para formulação da proposta econômica, o Edital considera a variável “tarifa da ANEEL”, conforme a seguinte fórmula:

$$CMP_{max} = 0,95x (\text{Cred}_x \text{ Grupo } a \times \text{Tarifa}_x + \dots) \times (1 - K)$$

Definições:

CMPmax: Contraprestação Mensal Máxima

K: Valor percentual do desconto oferecido pela concessionária

Cred_x: Créditos utilizados para compensação de energia consumida do Grupo “x”

Tarifa_x: tarifa da ANEEL do grupo “x”*, importante destacar que a tarifa a ser utilizada como referência é a Tarifa presente mensalmente nas contas de energia como “Preço unit R\$”.

*o “x” no Cred_x, como a Tarifa_x, devem ser considerados para cada grupo e subgrupo tarifaria que venha a ser objeto de compensação de créditos de energia.

A utilização dessa variável no cálculo da Contraprestação Máxima, juntamente com o desconto de 5%, pré estabelecem que o Município terá uma economia nos gastos com energia, independentemente da variação do valor da tarifa da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e independentemente dos contornos da própria modelagem econômico financeira do empreendimento de energia solar.

Quanto à contraprestação efetiva (CPEm), esta é definida a partir da CMPmax, sendo calculada a partir da tarifa da ANEEL, conforme a seguinte fórmula prevista no item 59.32 do Edital:

$$CPEm = (CMPmax \times FDm)$$

Sendo assim, o valor da contraprestação efetiva, ao se remeter à contraprestação máxima, torna-se **diretamente influenciado por uma variável exógena ao objeto da concessão, que é a tarifa da ANEEL**¹. Como consequência, o valor da contraprestação a ser paga à concessionária pode ser incompatível com os reais custos de produção de energia solar no longo prazo, com prejuízo para o município e a concessionária.

Idealmente, a tarifa de energia elétrica na distribuição não pode ser o ponto de partida para a estipulação da contraprestação na autogeração solar, porquanto alheia ao projeto de prestação de serviços de energia solar.

É que o modelo econômico-financeiro que baseia uma concessão deve ser estruturado refletindo seus respectivos custos e riscos e não se basear em uma estrutura tarifária sem relação com o projeto.

Com efeito, a tarifa de energia elétrica da ANEEL é o resultado de um processo que começa pela definição dos custos inerentes à prestação dos serviços de energia elétrica, envolvendo serviços alheios ao contrato de geração solar, tal como o encargos de transmissão, de pesquisa e desenvolvimento e de amortização de ativos por investimentos pretéritos, **de forma que as premissas que levam à definição da tarifa que equilibra os custos de uma concessão de energia elétrica não são as mesmas que refletem a contraprestação que equilibra uma concessão de energia solar:**

¹ A tarifa da ANEEL aparece na equação da contraprestação máxima por meio da variável “Tarifax”

Um modelo aproximado a este é aplicado no Brasil em contratos de distribuição de energia elétrica. A remuneração do concessionário é constituída de duas parcelas: a Parcela A, composta por custos não gerenciáveis (encargos sociais, encargos de transmissão e compra de energia para revenda) e a Parcela B, integrada pelos custos gerenciáveis (despesas com operação e manutenção, despesas de capital, investimentos em pesquisas e desenvolvimento e eficiência energética e despesas com o PIS/COFINS). **O reajuste incide diferentemente em cada uma dessas parcelas. Além disso, é interessante destacar que o deflator X é reavaliado a cada revisão periódica das tarifas de distribuição;² (negritos acrescidos)**

Também é necessário considerar que o valor da tarifa de energia da ANEEL pode ser impactado pelas políticas econômica do governo, tais como pagamento de subsídio e concessão de descontos tarifários, o que pode influenciar no valor da contraprestação efetiva, sem relação com os custos reais da concessionária.

Além disso, não se pode desconsiderar que, com o passar dos anos, especialmente com o avanço da tecnologia e barateamento da produção de energia solar, é possível que haja um deslocamento entre o custo do sistema solar fotovoltaico e o valor da contraprestação. Esse deslocamento pode ocorrer pelo fato de a contraprestação não ser definida a partir de variáveis relacionados com o objeto da concessão, mas a partir de variável exógena.

Destaca-se que o custo da produção de energia fotovoltaica reduziu nos últimos anos. Segundo a Laboratório Nacional de Energia Renovável (NREL), que pertence ao Departamento de Energia dos Estados Unidos, esse declínio no preço ocorreu em razão do aumento da eficiência dos módulos fotovoltaicos e pelos custos de hardware e inversores. A tendência indica que essa redução prossiga nos próximos anos. O gráfico³ a seguir, retirado de um estudo da NREL, ilustra essa diminuição nos custos:

² https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29052013-085755/publico/Dissertacao_Rafael_Wallbach_Schwind_Integral.pdf

³ Fonte: NREL - National Renewable Energy Laboratory. Documenting a Decade of Cost Declines for PV Systems. Disponível em <https://www.nrel.gov/news/program/2021/documenting-a-decade-of-cost-declines-for-pv-systems.html>

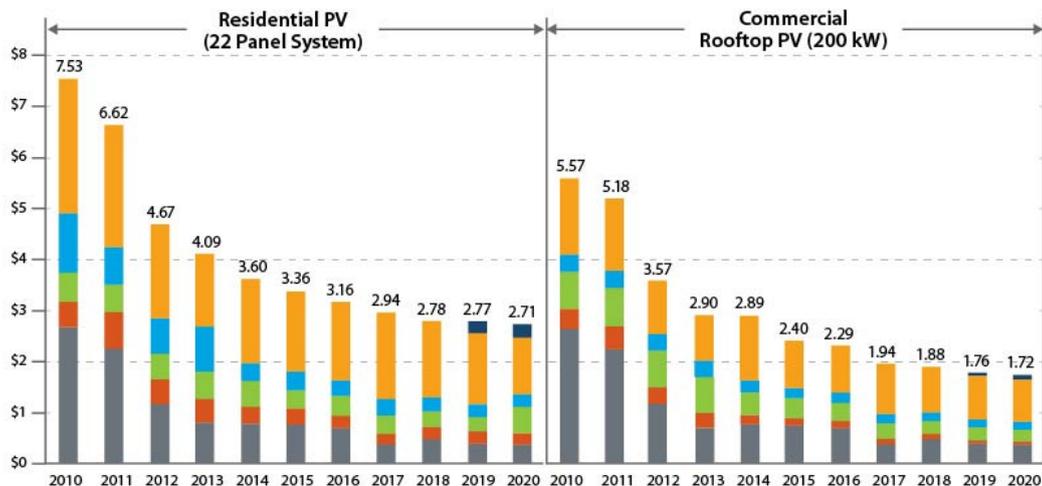


Figura 1: histórico do custo de geração de energia solar

Por sua vez, o valor da tarifa de energia elétrica teve aumento constante no Brasil nos últimos anos⁴. Isso se justifica pelo fato de o custo de distribuição de energia depender de fatores muito particulares atinentes à regulação deste setor, tal como custos de transmissão e investimentos em pesquisas e desenvolvimento, senão vejamos:

Um modelo aproximado a este é aplicado no Brasil em contratos de distribuição de energia elétrica. A remuneração do concessionário é constituída de duas parcelas: a Parcela A, composta por custos não gerenciáveis (encargos sociais, encargos de transmissão e compra de energia para revenda) e a Parcela B, integrada pelos custos gerenciáveis (despesas com operação e manutenção, despesas de capital, investimentos em pesquisas e desenvolvimento e eficiência energética e despesas com o PIS/COFINS).⁵

Desse modo, **verifica-se que a utilização da tarifa da ANEEL como variável para a definição do valor da contraprestação efetiva pode resultar em um deslocamento entre o custo de produção da energia solar pela concessionária e o valor da contraprestação paga pelo Poder Concedente no longo prazo.** Essa situação pode ter como consequência uma perda de eficiência da concessão, que tem como finalidade a redução dos gastos do município com energia elétrica.

Nessa ordem de ideias, **a estrutura remuneratória no presente caso não deveria ter sido estabelecida com base tarifa de energia, porquanto alheia ao projeto de prestação de serviços de energia solar, mas sim como resultado das variáveis (demanda, custos, impostos,**

⁴ Gráfico retirado da apresentação retirada do site do Senado Federal, elaborado pelo Superintendente Adjunto de Gestão Tarifária da ANEEL para a Comissão de Transparência, Governança, fiscalização e controle e Defesa do Consumidor do Senado Federal. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/5d41412c-19f3-41cb-ab61-4dc767a6cf59>

⁵ https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29052013-085755/publico/Dissertacao_Rafael_Wallbach_Schwind_Integral.pdf

investimentos) do modelo econômico financeiro do próprio projeto, de forma a financiar seus custos e remunerar o capital aplicado.

Assim, a contraprestação deve guardar estreita relação com os estudos de viabilidade do empreendimento a ser delegado, sob pena de dano ao erário ou de inviabilidade da concessão, diante de potencial descasamento entre o custo de produção da energia solar e a receita para remunerar o parceiro privado.

Apesar disso, deve-se ressaltar que a solução escolhida pelo município em remunerar o privado com base em percentual do gasto com energia da distribuidora, em alguma medida, guarda relação com a concessão em epígrafe, na medida em que se trata de serviços análogos de entrega de energia na rede de consumo municipal, embora por métodos bem distintos, bem como por fontes de energia, encargos e regulações também bem diferentes.

Entende-se, ainda, que as diferenças observadas entre o setor de geração fotovoltaica e de distribuição de energia serão mitigadas na proposta durante o escrutínio público de lances no leilão pelos licitantes. Assim, não se vislumbra grave irregularidade na fixação da contraprestação, dado que eventuais diferenças entre o preço do serviço de distribuição e do fornecimento de energia solar ao município são levados à livre concorrência em leilão.

Por outro lado, verifica-se que a fixação da contraprestação **não possui data-base, sendo vinculada à da tarifa vigente na distribuição de energia em cada mês da execução contratual**, como se percebe do trecho seguinte do edital:

Tarifa_x: tarifa da ANEEL do grupo “x”*, **importante destacar que a tarifa a ser utilizada como referência é a Tarifa presente mensalmente nas contas de energia como “Preço unit R\$”.**

*o “x” no Cred_x, como a Tarifa_x, devem ser considerados para cada grupo e subgrupo tarifaria que venha a ser objeto de compensação de créditos de energia. (negrito acrescido)

Tal fato prejudica o contrato de concessão do município, visto que **o preço da contraprestação flutuará livremente conforme decisões de agente externo ao município** sobre o valor da tarifa da distribuidora, no caso o regulador da distribuidora, a ANEEL.

Essa vinculação não somente acarreta problemas de **dupla incidência de reajuste**⁶, o que será analisado de forma mais aprofundada no apontamento a seguir, como também induz **constantes variações na contraprestação por fatores exógenos ao contrato**, trazendo imprevisibilidade e insegurança jurídica para ambos município e contratado, que não terão previsão sobre a remuneração do privado. O resultado de tal previsão são flutuações de aumento e redução na receita da concessionária sem nenhuma relação à variação de seus encargos, dos custos incorridos e performance, prejudicando os entes privado e público pela insegurança jurídica criada sobre variações na remuneração contratual.

A título ilustrativo, como a fórmula da contraprestação é composta pela tarifa da ANEEL, o primeiro aumento da contraprestação pode ocorrer antes de um ano de execução contratual, na medida em que **os reajustes e revisões da tarifa de energia elétrica pela ANEEL ocorrem em periodicidade que não coincide necessariamente com a anualização vinculada à data-base de referência do contrato** de concessão de Patrocínio⁷.

A insegurança sobre a variação da contraprestação resulta também na **dificuldade de precificação pelos licitantes, devido à existência de fatores imponderáveis alheios ao contrato de geração fotovoltaica**. É que, para dimensionar a receita a ser percebida na concessão, deverá o licitante verificar a tendência de aumento da fatura da distribuição de energia ao longo dos 26 anos deste contrato, visto que a tarifa da distribuidora afeta frontalmente a percepção de receitas pela concessionária.

Nesse cenário, a receita futura apresenta previsão inerentemente subjetiva e que versa sobre contrato de distribuição regulado por metodologia *price-cap* para a sua porção de custos gerenciáveis, regulação bem diferente da elencada por Patrocínio para a geração fotovoltaica. Trata-se de evento inerentemente imprevisível e, portanto, não segurável pelo licitante.

Tal imprevisão sobre os valores futuros da contraprestação nesta concessão leva a apresentação de lances com sobrepreço por parte dos licitantes:

Se houver seguro disponível no mercado a preços razoáveis, o contrato de concessão comum ou PPP estará promovendo a repartição social do risco, por meio do uso do mercado securitário, pois o preço que será repassado para o usuário e o Poder Público considerará a probabilidade de ocorrência dos eventos indesejáveis e a dimensão do dano esperado, na eventualidade de sua ocorrência.

⁶ Tema analisado no apontamento seguinte, que versa sobre o regramento de reajuste contratual.

⁷ Conforme art. 3º da lei 10.192/2001.

Se, contudo, o **parceiro privado** não puder encontrar cobertura securitária no mercado, ele, **para se resguardar** contra o risco do evento indesejável, **incluirá** no seu preço **o custo total** de lidar com os eventos indesejáveis. Isso significa que **a Administração Pública e/ou os usuários estarão a pagar pelas consequências do evento indesejado, mesmo em um cenário em que tal evento não ocorra**. Por isso, no caso de não haver no mercado securitário cobertura para o risco que se pretende transferir para o parceiro privado – a despeito do parceiro privado não ter controle sobre a prevenção da sua ocorrência, ou minoração das suas consequências danosas – ou no caso dos prêmios para tais coberturas serem proibitivos (o que acontece geralmente por subdesenvolvimento do mercado de seguros, e, portanto, falta de histórico e bases estatísticas para precificar adequadamente o risco), faz sentido alocar o risco sobre a Administração Pública.⁸

Por essa razão, **a utilização do valor da tarifa da ANEEL sem data-base fixa, resultando em variável exógena e que flutua ao longo do tempo, não é adequada para o cálculo da contraprestação efetiva.**

A CPEm (contraprestação efetiva) deveria refletir os estudos de viabilidade do projeto ou, ao menos, ser calculada a partir de uma variável fixa, sobre a qual incidirá o FD (fator de desempenho), em vez de considerar uma variável flutuante. Essa opção reduziria os riscos de deslocamento entre os custos de produção de energia elétrica e da contraprestação efetiva ao longo dos anos.

Assim, por tudo que foi exposto, **conclui-se pela existência de irregularidade** na definição da contraprestação deste contrato, sendo necessário **determinar** ao município que:

- Avalie a possibilidade de fixar contraprestação com base nos estudos de viabilidade da concessão em análise, de forma que **a estrutura remuneratória seja estabelecida com base nas variáveis (demanda, custos, impostos, investimentos) do modelo econômico financeiro do próprio projeto**, refletindo os custos do serviço de geração fotovoltaica, seja com base em custos deste contrato, ou em custos de outras concessões com escopo similar, por meio de comparação, por exemplo, por análise de benchmarking;
- Caso entenda o município pela impossibilidade de se fixar a contraprestação com base em fatores atinentes ao setor de geração fotovoltaica, que apresente as justificativas para utilização de variável exógena na definição da estrutura remuneratória, bem como defina uma data-base para a tarifa dos subgrupos de consumo de energia que compõe a fórmula da contraprestação máxima e efetiva presente no edital.

⁸ RIBEIRO, M. P. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. Rio de Janeiro: 2010. 154 p.

Conforme exposto, **a utilização de variável exógena flutuante no cálculo da contraprestação pode comprometer a economicidade da licitação e gerar irreversíveis prejuízos à precificação das propostas pelos licitantes, bem como danos à execução contratual e ao erário**, caso a licitação seja concluída e o contrato assinado.

Nessa ordem de ideias, **entende-se que gravidade dos fatos justifica a concessão de cautelar para manter o certame suspenso até a retificação do edital** a fim de que a estrutura remuneratória adotada reflita os estudos de viabilidade do empreendimento a ser delegado ou seja estabelecida com base em variável exógena com data base pré-fixada, de forma a permitir a análise de viabilidade do empreendimento, coibir duplicidade de reajuste e conferir maior previsibilidade e segurança jurídica quanto ao seu cálculo ao longo de toda a concessão.

4.2 – Da cláusula de reajuste

Constata-se que o Edital, no item 59.41, prevê o reajuste anual e automático por meio do reajuste das tarifas dos grupos da ANEEL.

Ora. Os reajustes têm como objetivo garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, motivo pelo qual sua **sistemática deve guardar estreita relação com o estudo de viabilidade econômico-financeira do serviço prestado**.

O reajuste é a mera alteração nominal do valor da contraprestação para refletir na mesma proporção a “modificação normal dos encargos retratada por um índice de inflação ou pela aplicação da fórmula de reajuste prevista contratualmente”.

Assim, os reajustes da tarifa de energia elétrica na distribuição são determinados pelos fatores que afetam essa tarifa neste setor econômico, insuscetíveis de refletir a efetiva variação dos custos com a produção de energia solar.

De fato, o contrato de distribuição de energia tem como mecanismo de reajuste lógica diferente da desta concessão, tal como presença de fator X de compartilhamento de eficiência para os custos gerenciáveis pela distribuidora:

Um modelo aproximado a este é aplicado no Brasil em contratos de distribuição de energia elétrica. A remuneração do concessionário é constituída de duas parcelas: a Parcela A, composta por custos não gerenciáveis (encargos sociais, encargos de transmissão e compra de energia para revenda) e a Parcela B, integrada pelos custos gerenciáveis (despesas com operação e manutenção, despesas de capital, investimentos em pesquisas e desenvolvimento e eficiência energética e despesas com

o PIS/COFINS). O reajuste incide diferentemente em cada uma dessas parcelas. Além disso, é interessante destacar que o deflator X é reavaliado a cada revisão periódica das tarifas de distribuição;⁹ (negritos acrescidos)

Assim, a tarifa da ANEEL possui cálculo complexo, **com variáveis que não refletem o real aumento dos custos de produção de energia solar.**

Os estudos disponibilizados pela Smart Serviços de Engenharia Ltda não apresentam informações suficientes para se compreender as razões para se adotar a tarifa da ANEEL como critério de composição de preços e de reajuste tarifário.

Em pesquisa a outros editais de concessão de usina fotovoltaica, verifica-se que outros entes optaram por utilizar outros índices de reajuste. Como exemplo, edital nº 02/2022 do Estado do Mato Grosso do Sul se utiliza do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA/IBGE).

Desse modo, verifica-se também que o **reajuste elencado pelo edital é completamente exógeno ao contrato, não refletindo a equação econômico-financeira pactuada no momento da licitação.**

Assim, **há desvirtuamento na realização do reajustamento, que não terá o condão de refletir a efetiva variação dos custos do projeto, comprometendo a viabilidade da proposta e a própria continuidade da prestação dos serviços ou configurando aumento da contraprestação pública sem correspondência com as necessidades reais da concessão.**

Trata-se de risco para ambas as partes, poder público e parceiro privado, visto que não há correlação entre os custos de distribuição e os custos atinentes ao setor de geração fotovoltaica.

Além disso, mas não menos grave, tem-se que, conforme exposto no tópico anterior, a tarifa da ANEEL compõe o cálculo da contraprestação a ser paga à concessionária é calculada com base em percentual da tarifa vigente da distribuidora. Dessa forma, **qualquer reajuste no valor da tarifa de energia elétrica terá como consequência o aumento automático da contraprestação,** conforme aplicação da fórmula prevista no 59.27 do Edital, senão vejamos o que diz este item do edital:

59.27 A CONTRAPRESTAÇÃO MÁXIMA devida à SPE será calculada por meio da seguinte fórmula, a ser calculada com o apoio da ENTIDADE VERIFICADORA:

$$CMP_{\max} = 0,95 \times (\text{Cred}_x \times \text{Tarifa}_x + \dots) \times (1 - K)$$

⁹ https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29052013-085755/publico/Dissertacao_Rafael_Wallbach_Schwind_Integral.pdf

Definições:

CMP_{max}: Contraprestação Mensal Máxima

K: Valor percentual do desconto oferecido pela concessionária

Cred_x: Créditos utilizados para compensação de energia consumida do Grupo “x”

Tarifa_x: tarifa da ANEEL do grupo “x”*, **importante destacar que a tarifa a ser utilizada como referência é a Tarifa presente mensalmente nas contas de energia como —Preço unit R\$**.(grifo acrescido)

Veja-se que o valor de referência da tarifa será aquele **mensal** da conta de energia do município, o que significa que os reajustes aplicados à tarifa da ANEEL já **incidirão automaticamente sobre a contraprestação**, que será automaticamente reajustada independentemente da sua data-base.

Aliás, os reajustes das tarifas da Cemig ocorrem em periodicidade que não coincide necessariamente com a anualização vinculada à data-base de referência do contrato de concessão¹⁰.

Essa incerteza sobre o impacto de fatores exógenos a contratos afetando a remuneração do agente privado tem o condão de impactar os licitantes ao aumentar os custos de transação¹¹ sobre a viabilidade do contrato em análise:

Em síntese, faltam aos indivíduos informações completas e habilidades computacionais perfeitas, características essas que comprometem o conhecimento prévio de eventos exógenos relevantes e suas respectivas consequências, em especial em ambientes de incerteza e de complexidade.

Essa limitação cognitiva dos indivíduos é uma das razões para a existência dos custos de transação (a obtenção de informação tem custos) e está diretamente relacionada à característica de incompletude dos contratos, especialmente em contratos complexos e de longo prazo.¹²

Isso, portanto, configurará **dupla incidência do reajuste, incorporado na tarifa da ANEEL que compõe a fórmula da contraprestação e no reajuste anual.**

É que, como já mencionado, além dessa composição da fórmula de remuneração, o Edital no item 59.41 também prevê o reajuste anual e automático por meio do reajuste das tarifas dos grupos da

¹⁰ Conforme art. 3º da lei 10.192/2001, é necessário o transcurso mínimo de um ano entre a apresentação da proposta ou orçamento e a data da execução contratual de referência para a concessão de reajuste.

¹¹ São os custos de coleta de informações, os custos de negociação e de celebração de um contrato e os custos de monitoramento e de fiscalização desse contrato. (COASE, R. H. The Problem of Social Cost. The Journal of Law and Economics. v. 3, out. 1960.)

¹² ROSA, Luis Fernando de Freitas. Contratos incompletos e infraestrutura: uma perspectiva entre direito e economia na análise de contratos complexos e de longo prazo. Simetria: Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, São Paulo, v. 10, n. 7, p. 188-30, 2022. Semestral. Disponível em: <https://revista.tcm.sp.gov.br/simetria/article/download/153/114>. Acesso em: 19 mar. 2024.

ANEEL. Assim, **além do cálculo da contraprestação, que leva em consideração a tarifa vigente da ANEEL, incorporando, portanto, os reajustes incidentes, o contrato também será reajustado anualmente com base no mesmo índice ou outro que venha a substituí-lo**¹³.

Isso tem como consequência **uma duplicidade do reajuste, que caracteriza enriquecimento sem causada da concessionária e dano ao erário.**

Constata-se a presença de **erro grave** no edital, visto que a cláusula de reajuste atrelada ao reajuste da tarifas do grupo da ANEEL – além de **não ter o condão de refletir a efetiva variação dos custos** do projeto, comprometendo a viabilidade da proposta e a própria continuidade da prestação dos serviços ou configurando aumento da contraprestação publica sem correspondência com as necessidades reais da concessão – configura **dupla incidência do reajuste**, porquanto já incidirá automaticamente na contraprestação mensal.

Por essa razão, considerando-se que os reajustes têm como objetivo garantir o equilíbrio econômico-financeiro pactuado no momento da licitação, motivo pelo qual sua sistemática deve guardar estreita relação com o estudo de viabilidade econômico-financeira, **entende-se ser imprescindível, para a continuidade do certame, que o edital seja retificado para excluir o dispositivo que atrela o reajuste do contrato ao reajuste das tarifas dos grupos da ANEEL, inserindo índices ou fórmulas que reflitam a real variação dos custos atinentes ao serviço a se contratar.**

Por fim, ressalta-se que gravidade dos fatos justifica a **concessão de cautelar** para manter o certame suspenso até a retificação do edital, excluindo o dispositivo que atrela o reajuste do contrato ao reajuste das tarifas dos grupos da ANEEL, de forma a impedir a configuração de um reajuste em duplicidade, bem como garantir que o critério de reajuste a ser aplicado reflita o estudo de viabilidade econômico financeira da concessão.

4.3 – Da ausência de regras contratuais de governança sobre a exploração de receitas acessórias

¹³ O item 59.42 acrescenta que caso venha a ocorrer a extinção dos índices oficiais utilizados nas fórmulas, serão adotados outros índices oficiais que venham a substituí-los.

As receitas acessórias¹⁴ têm por finalidade contribuir para a economicidade da concessão por meio de sua integração ao custeio do serviço delegado. Essa afirmação decorre diretamente da redação do artigo 11 e do inciso VI do artigo 18, ambos da Lei n. 8.987/95, que assim dispõe:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, **no edital de licitação**, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a **favorecer a modicidade das tarifas**, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial **equilíbrio econômico-financeiro** do contrato. (negritos acrescidos)

Art. 18. O **edital de licitação** será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;

Embora a literalidade da lei trate exclusivamente de modicidade tarifária, entende-se que este aspecto se aplica a parcerias público-privadas por meio da redução da contraprestação pública:

Há previsão legal para tanto e ela, em minha visão, privilegia:

(...)

3. a modicidade tarifária ou o **mínimo desembolso de recursos públicos, em caso de parcerias público-privadas**: a exploração de atividades relacionadas fará com que, nos termos da legislação e de cada contrato, parcela da remuneração auferida pela concessionária seja revertida em benefício econômico direito ao usuário (por meio do estabelecimento de melhores níveis tarifários) e da própria Administração Pública (por meio da redução de contraprestação pública a ser paga);¹⁵ (negritos acrescidos)

Pois bem. Apesar da relevância das receitas não tarifárias nos projetos de concessões e PPP's, verifica-se do edital que **não há estabelecimento prévio de qualquer regramento sobre a exploração e compartilhamento de receitas acessórias** com o Poder Concedente ou sobre outros

¹⁴ Nesta análise não se adentrará sobre eventuais diferenças doutrinárias quanto à abrangência dos termos receitas acessórias, complementares e alternativas, sendo esses três tipos considerados como equivalentes ao grupo maior "receitas extraordinárias".

¹⁵ VÉRAS, R. A gestão de projetos de infraestrutura e a máxima exploração econômica de concessões. 20 de março de 2023. Disponível em: <https://editoraforum.com.br/noticias/coluna-direito-da-infraestrutura/gestao-de-projetos-de-infraestrutura-e-maxima-exploracao-economica-de-concessoes/>. Acesso em 18/003/2024.

mecanismos adotados para que essas receitas sejam consideradas no equilíbrio econômico da concessão, nos moldes dos requisitos da lei de concessões¹⁶.

Ocorre que a exploração de receita acessória é inerente a esse tipo de empreendimento, diante da **possibilidade de emissão de certificado de crédito de carbono**¹⁷ com base na Lei Federal n.º 12.187/2009, prática presente, inclusive, em outras concessões para exploração de usina solar fotovoltaica¹⁸:

A empresas recebem bônus negociáveis na proporção de suas responsabilidades. Cada bônus, cotado em dólares ou euros, equivale a uma tonelada de poluentes. Quem não cumpre as metas de redução progressiva estabelecidas por lei, tem que comprar certificados das empresas mais bem-sucedidas. O sistema tem a vantagem de permitir que cada empresa estabeleça seu próprio ritmo de adequação às leis ambientais. Estes certificados podem ser comercializados através das bolsas de valores e de mercadorias, como o exemplo do Clean Air de 1970 e os contratos na bolsa estadunidense (Emission Trading Joint Implementation).

Há várias empresas especializadas no desenvolvimento de projetos que reduzem o nível de gás carbônico na atmosfera e na negociação de certificados, **espalhadas pelo mundo, preparadas para vender cotas dos países subdesenvolvidos e países em desenvolvimento que, em geral emitem menos poluentes, para os que poluem mais.** Enfim, estão negociando contratos de compra e venda de certificados que conferem aos países desenvolvidos o direito de poluir.¹⁹ (negritos acrescentados)

O mercado de crédito de carbono decorre da própria natureza da energia solar, detentora essencialmente de menor geração de gases estufa se comparada a outras fontes como a geração

¹⁶ Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

¹⁷ Créditos de carbono são Certificados de Redução de Emissões (CERs) que autorizam o direito de poluir. O princípio é simples. As agências de proteção ambiental reguladoras emitem certificados autorizando emissões de toneladas de dióxido de enxofre, monóxido de carbono e outros gases poluentes. Inicialmente, selecionam-se indústrias que mais poluem no país e, a partir daí, são estabelecidas metas para a redução de suas emissões. (KHALILI, Amyra El. O que são créditos de carbono?. FÓRUM DE DIREITO URBANO E AMBIENTAL - FDU, ano 2008, n. 39, p. 10, maio 2008. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/v2/revista/P148/E21401/51194>. Acesso em: 18 mar. 2024.)

¹⁸ O Edital n.º 02/2022 do Estado do Mato Grosso do Sul possui a seguinte previsão na cláusula 19.1.1 da Minuta de Contrato: “19.1.1. São consideradas Receitas Acessórias os créditos de carbono eventualmente gerados pela SPE, com base na Lei Federal n.º 12.187, de 29 de dezembro de 2009, o Decreto Federal n.º 11.075, de 19 de maio de 2022, Lei Estadual n.º 4.555, de 15 de julho de 2014, e no Decreto Estadual n.º 15.798, 3 de novembro de 2021, bem como nas demais legislações vigentes sobre o tema”. Disponível em: <https://www.epe.segov.ms.gov.br/wp-content/uploads/2022/08/Anexo-VI-Minuta-de-Contrato-SEINFRA.pdf>

¹⁹ KHALILI, Amyra El. O que são créditos de carbono?. FÓRUM DE DIREITO URBANO E AMBIENTAL - FDU, ano 2008, n. 39, p. 10, maio 2008. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/v2/revista/P148/E21401/51194>. Acesso em: 18 mar. 2024.

de energia por queima de combustíveis fósseis praticada por outros países²⁰. Log, por decorrer de característica intrínseca ao tipo deste projeto, o edital em análise já poderia contemplar a possibilidade de a concessionária explorar essa atividade, conferindo maior transparência às receitas complementares da concessão no longo prazo. Tal prática teria o condão, inclusive, de afetar a precificação das propostas, aumentando os deságios oferecidos ao poder público na contraprestação da licitação.

A título ilustrativo, o BNDES lançou programa de créditos de carbono a ser aplicado em iniciativas no país por meio de chamamento público, já tendo ocorrido dois chamamentos:

O produto BNDES Créditos de Carbono tem como objetivo regular a realização de aquisições de créditos de carbono via chamadas públicas pelo Sistema BNDES, assim como orientar a gestão destes ativos, a fim de estimular o desenvolvimento de projetos que contribuam para a redução de gases de efeito estufa (dióxido de carbono equivalente/CO₂e) da atmosfera.

Os recursos serão aplicados na aquisição de créditos de carbono do mercado voluntário que estejam aderentes aos critérios exigidos pelos principais Padrões de Certificação Voluntários.

Padrão de Certificação Voluntário significa uma série de regras, procedimentos e metodologias geridos por instituição certificadora independente e cujo atendimento permitirá a emissão de créditos de carbono no âmbito do Mercado Voluntário de Carbono.

O que pode ser apoiado

Serão elegíveis para aquisição créditos de carbono gerados a partir de projetos localizados no Brasil e que gerem redução de emissão e/ou remoção comprovada e adicional de gases do efeito estufa (GEE), observado o Edital de cada seleção pública.

Os projetos geradores de crédito de carbono deverão:

- 1- ser integralmente desenvolvidos e implantados em território brasileiro;
- 2- demonstrar, segundo os Padrões de Certificação Voluntários, sua contribuição para remoção e/ou redução de emissões de GEE; e
- 3- gerar créditos de carbono, em conformidade com as disposições previstas nos editais referentes aos editais de seleções Públicas publicados pelo Sistema BNDES.

²⁰ “Uma pesquisa publicada em 2017 na Nature Energy, realizou uma medição estimada da quantidade de gases de efeito estufa que seriam emitidos durante o ciclo de vida completo de uma série de fontes de eletricidade até 2050. Segundo o trabalho, cada kWh (quilowatt/hora) de eletricidade gerada pela solar teria uma pegada de carbono equivalente a 6 gramas de CO₂ (gCO₂e/kWh). A título de comparação, o carvão emite, em média, 109 gCO₂e/kWh, o gás natural 78 gCO₂e/kWh e a hidro 97 gCO₂e/kWh. Entre as fontes renováveis, a bioenergia teria uma pegada de 98 gCO₂e/kWh, enquanto a eólica e a nuclear 4 gCO₂e/kWh.” (Associação Brasileira de Energia Solar Fotovoltaica (ABSOLAR). A energia solar é um caminho para reduzir o aquecimento global? São Paulo. 20/04/2022. Disponível em: <https://www.absolar.org.br/noticia/a-energia-solar-e-um-caminho-para-reduzir-o-aquecimento-global/>. Acesso em 18/03/2024.)

Essa falta de previsão sobre regras de compartilhamento não indica apenas a insuficiência da minuta de contrato para governar a exploração de receitas acessórias para créditos de carbono, mas também para a exploração de todas as demais receitas que possam se revelar vantajosas ao Poder Público ao longo de toda a concessão.

Em efeito, tem-se a redução da atratividade do certame aos parceiros privados, bem como o comprometimento da economicidade da concessão no longo prazo, em prejuízo para o Poder Concedente ao ter que negociar compartilhamento de receitas em caráter *ex post* à assinatura do contrato. Senão, vejamos o que diz a doutrina:

A previsão de compartilhamento desses recursos é um mecanismo válido a ser considerado, **ao viabilizar**, de um lado, a modicidade tarifária (em atendimento aos preceitos legais) e, de outro, **o aumento da rentabilidade da concessão** ao investidor privado _ ressalte-se que, nesse caso, é importante que o percentual seja definido de modo a manter o interesse do privado na exploração desses empreendimentos. Outra possibilidade é de constar no contrato um rol de atividades previamente autorizado pelo Poder Concedente.

O tema merece atenção por ocasião da estruturação dos projetos de infraestrutura, de modo a contribuir para otimizar a eficiência econômica das concessões.²¹ (negritos acrescidos)

A postergação de diretrizes para acordos sobre exploração de receitas acessórias para um momento após a assinatura do contrato é porta para comportamentos oportunistas ao agente privado, conhecedor da vantagem intrínseca dos painéis fotovoltaicos quanto à geração de créditos de carbono e dos prejuízos ao Poder Concedente de uma extinção prévia:

... numa contratação de longo prazo, como é a concessão e a PPP, há custos diversos incidentes para a evasão de uma das partes da relação contratual. Isso se passa especialmente com o poder concedente, que tem prejuízos de diversas ordens num cenário de extinção precoce do contrato (descontinuidade na prestação do serviço público, desenvolvimento do processo de extinção da concessão, custos com a reinauguração do processo de licitação-contratação, prejuízos políticos ao governo etc.). Essa suscetibilidade de uma parte em relação à outra pode gerar aquilo que se denomina de efeito de *lockin*, pondo-a como refém da extinção da relação jurídico-contratual. **Lacunas contratuais podem favorecer, neste contexto, a adoção de práticas oportunistas pelo concessionário, gerando impasses (holdup) que desaguam na oportunidade de renovações e revisões contratuais em contratos ainda jovens, com riscos para a estabilidade e continuidade do vínculo. Minimizar a incompletude dos contratos em matéria de alocação e riscos pode concorrer para evitar práticas desta natureza.**²² (negritos acrescidos)

²¹ RILLO, R. Receitas extraordinárias em concessões. 16/09/2022. Disponível em: <https://vernalhapereira.com.br/receitas-extraordinarias-em-concessoes/>.

²² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coords.). Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

E o edital nem estabelece necessidade de anuência prévia à exploração de receitas acessórias e complementares pelo parceiro privado, prática comum em contratos de concessão ao estabelecer o necessário prévio conhecimento do Poder Concedente sobre outras receitas.

Diante deste cenário de clara ausência de governança sobre receitas acessórias, tem-se, ainda, a possibilidade do parceiro privado entender que a exploração das receitas com crédito de carbono possam ser exploradas independentemente do conhecimento do Poder Concedente, compreendendo-as não como receitas acessórias, mas sim como forma de financiamento escolhida pelo particular para executar o contrato de concessão ora assinado. Tal fato gera insegurança jurídica às Partes, podendo prejudicar a economicidade da contratação no longo prazo.

Combinado a esta ausência de prévia anuência, não há tampouco regras de contabilização segregada para essas receitas, o que dificulta ao Poder Público conhecer com segurança os valores auferidos pelo privado por meio de receitas acessórias.

Maurício Portugal menciona instrumentos como a contabilidade separada dos custos e receitas relacionadas à Receita Acessória, bem como a possibilidade de que essas receitas sejam exploradas por subsidiária integral da SPE²³. **Todavia, no presente caso, também não existe uma regra sobre o controle contábil dessas receitas no instrumento contratual**, o que se distingue de outros contratos, como o de iluminação pública de Nova Lima, que assim dispõe:

27.5 A concessionária deverá manter contabilidade específica para cada contrato de ATIVIDADE RELACIONADA, em especial quanto às respectivas RECEITAS ACESSÓRIAS, bem como enviar relatórios gerenciais mensais ao PODER CONCEDENTE acerca de execução de cada ATIVIDADE RELACIONADA.

A boa prática se estende, inclusive, a contratos com menor potencial de geração de receitas acessórias, tal como em saneamento básico:

26.15. O prazo de todos os contratos de exploração comercial celebrados pela CONCESSIONÁRIA para fins de obtenção de RECEITAS ADICIONAIS não poderá ultrapassar o prazo da CONCESSÃO.

26.15.1. Os ganhos econômicos provenientes de RECEITAS ADICIONAIS serão partilhados entre a CONCESSIONÁRIA e o ESTADO, nos percentuais de 85% (oitenta e cinco por cento) para a CONCESSIONÁRIA e 15% (quinze por cento) para

²³ RIBEIRO, Mauricio Portugal. RECEITAS ACESSÓRIAS DECORRENTES DE NOVOS PROJETOS IMOBILIÁRIOS EM CONCESSÕES E PPPS. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/wp-content/uploads/receitas-acessorias-e-projetos-imobiliarios-v5-versao-final-enviada-para-publicacao.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2023.

o ESTADO, sobre o valor da receita bruta, devendo tais valores ser contabilizados em conta específica e individualizada por natureza e o repasse ocorrer mensalmente.

26.15.1.1. Os valores de que trata a subcláusula anterior e que sejam compartilhados com o ESTADO, deverão ser segregados pela CONCESSIONÁRIA na CONTA VINCULADA e utilizados pelo ESTADO exclusivamente para os fins previstos no ANEXO XI – CONTRATO DE CONSTITUIÇÃO DE CONTA VINCULADA.²⁴ (negritos acrescidos)

Em geração fotovoltaica, tem-se prática similar adotada em contratação para o estado do Mato Grosso do Sul:

19.2. A SPE deverá compartilhar com o Poder Concedente os ganhos econômicos decorrentes das fontes de Receitas Acessórias por ela exploradas, mantendo, para tanto, contabilidade específica de cada contrato que vier a celebrar, com detalhamento das receitas, custos e resultados.²⁵

Por fim, as regras contratuais relacionadas à exploração de receitas acessórias, notadamente em razão da versatilidade e volatilidade das questões tecnológicas, não devem ser estanques, de forma que edital e o contrato devem prever mecanismos que permitam ao Poder Concedente se apropriar de uma parcela das receitas acessórias, sem, contudo, desestimular sua exploração.

Neste sentido, o edital não estipula percentual de compartilhamento de receitas acessórias. Sabe-se que um percentual de compartilhamento definido inicialmente em 10% do faturamento bruto, por exemplo, pode passar a ser inadequado ao longo do contrato, seja por se tornar excessivo, inviabilizando o negócio, seja por se tornar deficiente, não remunerando adequadamente o município, considerando o potencial econômico do setor de telecomunicação.

É que a evolução tecnológica e alteração da demanda pode tornar mais lucrativa uma atividade em detrimento de outra em contratos de longo prazo como este (25 anos), o que pode ter o condão de permitir diferentes níveis de compartilhamento de receitas acessórias para cada atividade. É nesta linha, por exemplo, a contribuição de distribuidoras de energia na Consulta Pública nº 69/2020 da ANEEL:

Seria oportuna e necessária uma diferenciação entre atividades, mantendo-se para as tradicionais, percentuais reduzidos ou zerados em um período de transição, de maneira a permitir o desenvolvimento de equipes e tornar as distribuidoras competitivas. Sugere-se que, por um período de 10 anos, a regulamentação permita que as atividades de consultoria e projetos específicos a serem desenvolvidas pelas distribuidoras

²⁴ Anexo 01 - Edital de Concorrência Internacional n.º 01/2021. Minuta de contrato de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares prestados nos municípios localizados no bloco 3.

²⁵ Consulta Pública 01/2022 – PPP Centrais de Energia Fotovoltaica. Disponível em: <https://www.epe.segov.ms.gov.br/wp-content/uploads/2022/06/Anexo-VI-Minuta-de-Contrato-Governo.pdf>. Acesso em 19/03/2024.

contem com percentuais de compartilhamento iguais a zero e, após essa transição, sendo a atividade continuada, passarem para 30%.²⁶

Sob esta perspectiva, destaca-se que a Unidade Técnica do TCE/SC, em recente relatório de análise preliminar da fase interna e planejamento para fins de futura delegação por meio de parceria público privada (PPP) na modalidade administrativa, da prestação do serviço público de iluminação pública, manifestou-se pela necessidade de que as cláusulas relacionadas a exploração de receitas acessórias comportem maior flexibilidade²⁷:

(d) Rever as regras contratuais estabelecidas para as receitas acessórias. **Em vez de definição do percentual de compartilhamento ser definido**, integralmente, na apresentação dos projetos a serem explorados pela Concessionária, estabelecer, de partida, um percentual a ser receita bruta da exploração da atividade acessória a ser repassado ao Poder Público, em atenção a letra 'f' do inc. IX do art. 6º da Lei de Licitações. **Sugere-se que o percentual esteja no intervalo entre 10% e 30%**; (negritos acrescidos)

Diante da ausência de regramento sobre o compartilhamento de receitas acessórias, necessário que se **determine** ao Poder Concedente que **retifique** o edital para, em atendimento ao disposto no art. 11 e art. 18, VI, ambos da Lei nº 8.987/95, incluir na minuta de edital e contrato:

- Possibilidade de exploração de receitas acessórias, mediante anuência previa do poder concedente, em especial dos créditos de carbono eventualmente gerados pela concessionária, com base na Lei Federal n.º 12.187, de 29 de dezembro de 2009 e no Decreto Federal n.º 11.075, de 19 de maio de 2022;
- Mecanismo destinado a garantir, durante a execução contratual, a reversão de receitas não tarifárias, incluídas as decorrentes da exploração do mercado de crédito de carbono, em prol da economicidade da solução adotada, para aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato²⁸;

²⁶ EDP. Reavaliação dos submódulos 2.7 e 2.7A dos Procedimentos de Regulação Tarifária – PRORET, referentes ao compartilhamento de Outras Receitas no segmento de distribuição de energia elétrica. Disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/fdc31e8d-cd08-47c5-8b5c-3f120d561d2b/504caf8e-8c07-f599-fea1-c0b791f8ab57?origin=1>. Acesso em 08/11/2023.

²⁷ Processo nº: @LCC 22/00090743. Unidade Gestora: Prefeitura Municipal de Itajaí. Relator: José Nei Alberton Ascar. Relatório nº: DLC - 163/2022. Data da Sessão: 03/05/2023 - Ordinária - Virtual

²⁸ Em linha com o art. 11 da lei de concessões:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

- Exigência de regramento contábil transparente para o reconhecimento e registro de receitas acessórias pelo parceiro privado;

Além disso, diante da ausência de regra de revisão das disposições que tratam do compartilhamento de receitas acessórias e considerando a mutabilidade inerente aos contratos de concessão, **recomenda-se** que o Poder Concedente:

- Estabeleça na minuta contratual mecanismo destinado a possibilitar a revisão das regras contratuais relacionadas ao compartilhamento de receitas acessórias, acompanhado de metodologia detalhada, seja por meio de estudo de *benchmarking*, ou por outro método igualmente robusto que entender aplicável.

4.4 – Da ausência de governança sobre a contratação de Verificador Independente

O Edital de Concorrência nº. 001/2022 estabelece no item 1.1 que o Verificador Independente (VI) será contratado pela concessionária, após aceite pelo Poder Concedente. Essa informação também se repete na Cláusula 1ª da Minuta de Contrato, Anexo II.

VERIFICADOR INDEPENDENTE: Pessoa jurídica a ser contratada pela CONCESSIONÁRIA, após aceite pelo PODER CONCEDENTE, para prestar apoio ao processo de aferição do desempenho da CONCESSIONÁRIA segundo os Indicadores de Qualidade e Desempenho.

Essa disposição, todavia, conflita com o disposto no Anexo V, Plano de Negócios de Referência, segundo o qual a contratação do VI será feita pelo Poder Concedente.

Contratação, pelo Poder Concedente, de verificador independente para apurar o cumprimento, pelo Concessionário, dos indicadores de desempenho estipulados para execução dos serviços

Também conflita com a cláusula 37.5 e 37.7 da Minuta de Contrato, que tratam a contratação de verificador como uma possibilidade, não como obrigação, ao se utilizar, respectivamente, das expressões “caso o mesmo venha a ser contratado” e “se houver”.

37.5 O pagamento da Contraprestação Mensal Efetiva será efetuado até o dia 15 (quinze) do mês subsequente a emissão da fatura e nota do Verificador Independente, **caso o mesmo venha a ser contratado**, mediante a transferência do valor devido pelo Agente de Pagamento e Garantia em conta corrente de titularidade da CONCESSIONÁRIA devidamente informada no Contrato de Conta Garantia.

37.7 O pagamento da Contraprestação Pública Mensal Efetiva pelo PODER CONCEDENTE terá início após o início da prestação dos serviços de operação, que será informado pela CONCESSIONÁRIA mediante comunicação ao PODER CONCEDENTE, ao Agente de Pagamento e Garantia e, **se houver**, ao Verificador Independente.

O Edital não disciplina a contratação do VI. Tendo em vista que a contratação será feita pela própria Concessionária, é essencial que se estabeleça de antemão regramento com a finalidade de mitigar o conflito de interesse entre as partes e neutralizar eventual risco de captura do verificador independente em razão do vínculo contratual com a concessionário, do qual depende financeiramente.

Em parcerias público-privadas, a doutrina sustenta a necessidade de se regulamentar essa contratação de verificador independente. A fim de reduzir os riscos de conflito de interesse, sugere a possibilidade de a Concessionária estabelecer uma lista de Verificadores Independentes para homologação pelo Poder concedente.

Nesse particular, cabe ao instrumento endereçar as seguintes questões: i) quem seleciona o terceiro especializado?; ii) como será feita a seleção?; e iii) quem realiza a contratação do agente e paga pelos seus serviços? Tais questões estão intimamente relacionadas, uma vez que a atribuição da escolha do terceiro a uma das partes do contrato naturalmente envolve a discussão sobre a melhor forma de disciplinar essa contratação, bem como de neutralizar possíveis situações de conflito de interesses.

Inicialmente, é necessário refletir sobre quem deveria ser a parte contratante do agente auxiliar, ou seja, se a contratação deve ser feita pelo Poder Concedente ou pela concessionária. No entanto, não quer isso dizer que o contrato não possa estabelecer modelos de compartilhamento de escolha desse agente, inclusive com a verificação conjunta de requisitos daqueles que se habilitem para a função.

Como exemplo, vale citar a possibilidade de formação de uma “lista tríplice”, com três (ou mais) empresas ou consórcios de empresas que preencham os requisitos, a ser apresentada pela concessionária para homologação do Poder Concedente. A contratação será efetivada pelo parceiro privado, mas deverá se restringir às opções constantes da lista homologada pelo parceiro público. Essa foi a opção do Estado de São Paulo para a Linha 6 do Metrô, que será tratada com mais vagar no tópico subsequente²⁹.

No caso concreto, a forma estabelecida no edital, no qual a concessionária **indica apenas uma única empresa** para autorização pelo Poder Concedente, pode atrasar o início da prestação de serviços. Pode ocorrer de a primeira escolha da concessionária ser recusada, a segunda também e assim

²⁹ VIANA, Camila Rocha Cunha. PRADO, Inês Maria dos Santos Coimbra de Almeida Prado. Comentários sobre a contratação de certificadoras de implantação e verificadores independentes em Parcerias Público-Privadas. Pág. 30 Disponível em <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/download/46/40/2081>

sucessivamente. A formação de lista pela concessionária, com mais de uma opção de empresas, simplifica o processo de autorização pelo Poder Concedente e lhe confere leque de escolha já de início para comparação dos verificadores existentes.

Essa situação tem o condão de poder atrasar o início da fiscalização ou da execução do contrato, a ponto de comprometer a execução contratual, visto que é no primeiro ano que se concentram os investimentos na usina geradora de energia solar. Ademais, a ausência de lista de empresas para escolha pelo Poder Concedente pode também como criar um incentivo perverso para que o Poder Concedente aceite a primeira escolha do Concessionário, a fim de não se ver descoberto quanto à capacidade de fiscalização de um contrato de grande vulto³⁰ prestes a se iniciar.

Também é recomendável que o edital estabeleça os requisitos que a Verificadora Independente (VI) deverá atender para se habilitar a desempenhar a função, bem como que a escolha ou recusa pelo Poder Concedente sejam fundamentadas. Tais aspectos beneficiam não somente o Poder Público, que terá um agente competente a lhe apoiar na fiscalização contratual, como também o parceiro privado, que terá segurança jurídica quanto a uma fiscalização imparcial:

De todo modo, a nós, pouco interessa o nome que se dê à figura; o que interessa é constatar, primordialmente, que ao VI atribui-se uma função no âmbito do contrato de concessão, nos termos delineados acima. Trata-se da mensuração independente da performance do particular na prestação do objeto contratual, seja para fins de apuração de remuneração variável, seja para fins de fiscalização em geral. **Pressupõe-se o desinteresse de tal figura no resultado da fiscalização**, o que não ocorreria se fosse essa empreendida tão somente pela administração pública. **Presta-se, assim, a conferir segurança jurídica à concessionária no que tange à efetiva mensuração de desempenho e às respectivas consequências remuneratórias, e a futuros investidores que certamente serão mobilizados a aplicar seus recursos em setores regulados estáveis e previsíveis.**³¹ (negritos acrescidos)

É essencial que o contrato estabeleça regras e requisitos para a contratação e atuação do Verificador Independente, para se garantir a sua qualificação técnica e a sua independência para o exercício de suas funções, de modo a evitar o conluio ou o conflito de interesse entre os agentes.

Como exemplo de requisitos recomendáveis para a contratação do Verificador Independente, citam-se a exigência de comprovada experiência de atuação em fiscalização, verificação e auditoria em empreendimentos de grande porte e longa duração; a vedação de contratação de VI que seja

³⁰ O valor do contrato remonta a R\$ 139.909.362,58.

³¹ SARTAL, Estevam Palazzi; BARNABÉ, André Isper Rodrigues. Verificador independente: conceito, finalidade, escopo de atuação e formas de contratação. REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA - RDPE, ano 2019, n. 67, p. página inicial-página final, jul. 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/v2/revista/P140/E41840/90449>. Acesso em: 26 mar. 2024.

controladora, controlada, coligada ou que integre grupo econômico da concessionária; a existência de penalidade, caso seja verificado conluio entre a concessionário e o agente contratado; dentre outras possibilidades. E sobre todos estes requisitos o edital e seus anexos são silentes.

Além disso, é necessário que o edital preveja a rotatividade do Verificador Independente, de modo a salvaguardar a imparcialidade do auditor. Para isso, é essencial que haja regra que delimite o período máximo de atuação do agente contratado, vedando-se a reconstratação para o período subsequente.

Embora não haja uma norma específica para disciplinar as regras aplicáveis ao Verificador Independente (V.I.), o princípio da rotatividade do auditor independente pode ser extraído da Resolução CVM nº. 23/2021, que dispõe sobre o registro e o exercício da atividade de auditoria independente no âmbito do mercado de valores mobiliários. Segundo o artigo 31 dessa resolução, esse profissional não pode prestar serviços para um mesmo cliente por prazo superior a 5 anos, exigindo-se um prazo mínimo de 3 anos para sua reconstratação:

DA ROTATIVIDADE DOS AUDITORES³²

Art. 31 - O Auditor Independente - Pessoa Física e o Auditor Independente - Pessoa Jurídica não podem prestar serviços para um mesmo cliente, por prazo superior a cinco anos consecutivos, contados a partir da data desta Instrução, exigindo-se um intervalo mínimo de três anos para a sua reconstratação.

No âmbito das concessões de serviços públicos, o TCU entendeu recentemente pela necessidade de algumas condicionantes para a contratação de VI pela União, dentre elas o prazo limite de 5 anos para rotatividade, conforme quadro 11³³:

No projeto de concessão de uso público do Parque Nacional do Jericoacoara, consta a previsão contratual da figura do "verificador de conformidade" (cláusula 29 da minuta de contrato; peça 32, p. 60-67). Trata-se de pessoa jurídica de direito privado ou consórcio selecionado pelo poder concedente e contratado pela concessionária para suporte ao acompanhamento e à fiscalização da execução do contrato de concessão (peça 7, p. 11).

O fato de a contratação e remuneração do verificador de conformidade serem realizadas pela concessionária poderia, em tese, gerar conflitos de interesses, tendo em vista que esta entidade depende economicamente do parceiro privado que deverá

³² INSTRUÇÃO CVM Nº 308, DE 14 DE MAIO DE 1999. Embora esta resolução tenha sido revogada, a previsão de rotatividade **foi mantida pela sua sucessora, Resolução CVM nº 23, de 25 de fevereiro de 2021**, disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/resolucoes/anexos/001/resol023.pdf>. Acesso em 25/03/2024

³³ Relatório do Acórdão 2534/2022 – Plenário do TCU.

fiscalizar. Esta questão foi objeto de análise por este Tribunal em vários processos de desestatização, inclusive nos de concessão de uso público de unidades de conservação.

(...)

Por meio dos Acórdãos 1.766/2021 e 1.769/2021, ambos do Plenário, o Tribunal admitiu o uso do OAC naquelas concessões, desde que observadas algumas condicionantes, a serem previstas nos documentos jurídicos que regem a licitação e no contrato.

(...)

No processo de concessão em tela, foram analisadas as previsões atinentes ao verificador de conformidade na minuta de contrato da concessão do PNJ, e seus anexos, a fim de compará-las com o teor das determinações prolatadas pelo TCU no âmbito dos Acórdãos 1.766/2021, 1.769/2021 e 2.804/2021, todos do Plenário, em que foram estabelecidas condicionantes para a contratação de uma entidade remunerada pela concessionária para aferição dos parâmetros de desempenho. O objetivo desta comparação é verificar se as alterações propostas para a inclusão do verificador de conformidade na concessão do PNJ atendem àquelas condicionantes determinadas nos referidos acórdãos.

Quadro 11: Atendimento de condicionantes de acórdãos anteriores relativas ao verificador de conformidade

Condicionante	Subcláusulas da minuta de contrato do PNJ (peça 32)
Estabelecimento de mecanismos para redução dos conflitos de interesse na contratação do OAC que deverá atuar na concessão (Acórdão 1.766/2021-P, item 9.1.5)	16.2. São obrigações da concessionária: (...) cc) Apresentação, ao poder concedente, de lista triplíce de pessoas jurídicas e/ou consórcios com comprovada capacidade técnica para o desempenho das atividades de verificador de conformidade (p. 41)
	17.1. São obrigações do poder concedente: (...) n) selecionar pessoa ou consórcio dentre aqueles apresentados pela concessionária em lista triplíce, para desempenho das atividades de verificador de conformidade (...) (p. 43)
	29.2.5 O verificador de conformidade selecionado pelo poder concedente e contratado pela concessionária terá prazo de atuação máximo de 5 anos, não sendo possível a recontração para o período subsequente (p. 64)
	29.9. Eventual interesse da concessionária em rescindir o contrato celebrado com o verificador de conformidade deverá ser submetido previamente à manifestação do poder concedente, com a apresentação dos respectivos fundamentos e indicação de lista triplíce para aprovação de novo verificador de conformidade (p. 66)
	29.10. A concessionária, mediante deliberação devidamente motivada do poder concedente, deverá rescindir o contrato celebrado com o verificador de conformidade em razão da emissão de informações não fidedignas, do não atendimento às demandas, e de inoperância (p. 67)
	29.11. Eventual comprovação de conluio para atuação fraudulenta do verificador de conformidade importará na aplicação de sanções administrativas à concessionária e ao verificador de conformidade, além das possíveis cominações cíveis e penais no âmbito judicial (p. 67)
Validação por órgão técnico do poder concedente dos pareceres elaborados pelo OAC, sendo que tal validação não deverá estar vinculada às conclusões do OAC e responderá solidariamente por eventuais irregularidades (Acórdãos 1.766/2021-P, item 9.1.5; 1.769/2021-P, item 9.1.4)	29.7. A opinião emitida pelo verificador de conformidade não vincula quaisquer uma das partes (p. 66)

(...)

Constata-se, assim, que **foram incluídos dispositivos na minuta de contrato da concessão do PNJ para atender todas as recomendações exaradas pelo Tribunal em processos de concessão anteriores, no que se refere ao verificador de conformidade.**³⁴ (grifos nossos, inclusive no quadro 11)

³⁴ Relatório do Acórdão 2534/2022 – Plenário do TCU.

Sobre o estabelecimento de requisitos para a contratação de verificador independente, cabe citar o exemplo da a PPP dos Complexos Hospitalares, mencionado no artigo Comentários sobre a contratação de certificadoras de implantação e verificadores independentes em Parcerias Público-Privadas³⁵:

“O contrato trouxe, ainda, requisitos para que as empresas possam se habilitar a desempenhar tal função. Entre eles, destaco as seguintes vedações estipuladas com o objetivo de neutralizar possíveis conflitos de interesse e garantir a imparcialidade da certificadora:

9.5 A CERTIFICADORA DA IMPLANTAÇÃO deverá atender aos seguintes requisitos: a) ter comprovadamente executado serviços de características semelhantes aos descritos nesta cláusula e Anexo XIII, assim entendidos como, atividades de:

- 1) certificação/verificação/auditoria;
- 2) gerenciamento;
- 3) supervisão;
- 4) fiscalização e controle.

a1) as atividades deverão ser comprovadas em empreendimentos de grande porte (estações metroviárias ou ferroviárias, túneis metroviários, ferroviários ou rodoviários, rodovias, terminais rodoviários ou portuários ou aeroportuários, obras de usinas elétricas), abrangendo obras civis, sistemas elétricos, eletrônicos e mecânicos;

a2) a comprovação de que trata essa alínea se dará obrigatoriamente em no mínimo duas das atividades listadas.

b) apresentar plano de trabalho demonstrando a metodologia a ser aplicada na condução dos trabalhos de acompanhamento das atividades da CONCESSIONÁRIA e seus contratados;

c) não ser controladora, controlada ou coligada ou sob controle comum da CONCESSIONÁRIA ou de seus acionistas;

d) não estar submetida a liquidação, intervenção ou Regime de Administração Especial Temporária – RAET, falência ou recuperação judicial; não encontrar-se em cumprimento de pena de suspensão temporária de participação em licitação ou impedimento de contratar com a Administração; não ter sido declarada inidônea para licitar ou contratar com a Administração Pública, bem como não ter sido condenada, por sentença transitada em julgado, a pena de interdição de direitos devido à prática de crimes ambientais, conforme disciplinado no art. 10 da Lei no 9.605, de 12.02.1998;

e) contar com equipe técnica de especialistas de nível superior qualificados profissionalmente, conforme requisitos constantes do ANEXO XIII.

9.5.1 Não poderá participar, direta ou indiretamente, da equipe técnica vinculada ao acompanhamento da execução do objeto deste CONTRATO, pessoa que seja ou que tenha sido, nos últimos 6 (seis) meses, dirigente, gerente, empregado, contratado terceirizado ou sócio dos acionistas da CONCESSIONÁRIA. (g.n.)”

³⁵ Ibidem. Disponível em <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/download/46/40/2081>

Para exemplificar a regulamentação da contratação do Verificador Independente, também pode-se citar a Concessão para a Prestação dos Serviços de Gestão, Operação e Manutenção da Rede Metroferroviária da Região Metropolitana de Belo Horizonte, que regulamentou a contratação do Verificador Independente nos seguintes termos.

14.13.1. As empresas constantes na lista tríplice devem atender, cumulativamente, aos seguintes requisitos mínimos:

(i) Ter comprovadamente executado, em relação a empreendimentos de grande porte e longa duração (concessões de linhas metroviárias ou ferroviárias, rodovias, terminais rodoviários, portuários ou aeroportuários), abrangendo obras civis, sistemas elétricos, eletrônicos e mecânicos, serviços de características semelhantes aos descritos neste item, assim entendidos como ao menos 2 (duas) das seguintes atividades:

(i.1) fiscalização/verificação/auditoria;

(i.2) gerenciamento;

(i.3) supervisão;

(i.4) fiscalização e controle.

(ii) Não integrar o grupo econômico da Controladora da CONCESSIONÁRIA; e (iii) Apresentar, no momento da contratação, compromisso de não indicar profissional que seja membro de Conselho de Administração ou outro órgão societário da CONCESSIONÁRIA, de suas Controladas, Controladoras ou de integrantes do mesmo grupo econômico.

14.14. A contratação de que resultar do procedimento a que se refere a Subcláusula 14.13 deverá perdurar por, no máximo, 5 (cinco) anos, vedada a recontração do mesmo ORGANISMO DE AVALIAÇÃO DE CONFORMIDADE para o período subsequente.

14.14.1. A CONCESSIONÁRIA, diante da restrição prevista acima, deverá diligentemente adotar as providências cabíveis para viabilizar a contratação, de maneira tempestiva e sem solução de continuidade dos serviços prestados, de novo ORGANISMO DE AVALIAÇÃO DE CONFORMIDADE, observado o procedimento e demais regras previstas na Subcláusula 14.13.

14.15. É admitida a contratação de mais de uma empresa para atuar como ORGANISMO DE AVALIAÇÃO DE CONFORMIDADE no âmbito do Contrato, conforme diferenciação de conhecimentos necessários à sua atuação, nos diversos temas contratuais.

14.16. Enviada a lista mencionada na Subcláusula 14.13 acima, o PODER CONCEDENTE terá 05 (cinco) dias para, justificadamente, recusar uma ou até as 3 (três) opções apresentadas pela CONCESSIONÁRIA, ou 30 (trinta) dias para escolher a empresa que atuará como ORGANISMO DE AVALIAÇÃO DE CONFORMIDADE.

14.17. Em caso de recusa justificada do PODER CONCEDENTE, caberá à CONCESSIONÁRIA encaminhar ao PODER CONCEDENTE, em até 10 (dez) dias,

nova lista tríplice, devendo ser adotado o procedimento previsto na Subcláusula 14.13.1.

14.18. Os honorários devidos ao ORGANISMO DE AVALIAÇÃO DE CONFORMIDADE serão pagos integralmente pela CONCESSIONÁRIA.

14.19. Eventual comprovação de conluio para atuação fraudulenta do ORGANISMO DE AVALIAÇÃO DE CONFORMIDADE importará em sanções administrativas para este e para a CONCESSIONÁRIA, além das possíveis cominações cíveis e penais no âmbito judicial.

Ante o exposto, diante da ausência de regramento relativo à contratação do Verificador Independente, conclui-se pela **irregularidade do Edital** e propõe-se que seja **determinada a alteração do Instrumento Regulatório para que este discipline a contratação do Verificador Independente**, visando à redução dos riscos de captura ou de conflito de interesse com a concessionário, devendo constar, no mínimo, as seguintes regras de governança para esta contratação:

- Exigência, para fins de qualificação técnica, de comprovação de experiência de atuação de atuação em fiscalização, verificação e auditoria em empreendimentos de grande porte e longa duração como este em análise;
- Vedação de contratação de VI que seja controladora, controlada, coligada ou que integre grupo econômico da concessionária;
- Previsão de penalidade, caso seja verificado conluio entre a concessionário e o agente contratado;
- Estabelecimento de prazo máximo de atuação para um mesmo VI, não sendo possível a sua recontração para o período subsequente, a fim de garantir sua rotatividade.

4.5 - Das inconsistências na contraprestação efetiva

A concessionária será remunerada por meio da contraprestação efetiva, a ser calculada pela seguinte fórmula:

59.32 A CONTRAPRESTAÇÃO EFETIVA devida à SPE será calculada por meio da seguinte fórmula, a ser calculada com o apoio da ENTIDADE VERIFICADORA:

$$CPE_m = (CMP_{max} \times FD_m)$$

59.33 Definições:

CPE: Contraprestação Mensal Efetiva

m: Período de Referência

CMP_{max}: Contraprestação Mensal Máxima

FD: Fator de Desempenho

Percebe-se do cálculo da contraprestação efetiva que ela é resultado da redução da contraprestação máxima por um fator de desempenho (FD), assim descrito pelo edital:

59.35 Para fins de apuração da Fator de Desempenho (FD) da UFV, será considerada a quantidade de créditos de energia elétrica efetivamente disponibilizados para compensação e não apenas os créditos compensados nos faturamentos mensais de cada unidade consumidora participante do sistema de compensação **(O valor do FD poderá variar entre 0,7 e 1,0)**.

59.36 Cálculo do fator de Desempenho (FD)

$$FD = [(CG + CE) - CC] / CC$$

59.37 Definições:

Créditos Gerados (CG): Quantidade de Créditos de Energia Elétrica efetivamente gerados.

Créditos Contratados (CC): Quantidade de Créditos de Energia Elétrica contratados, conforme edital e anexos.

Créditos Contratados Não Compensados (CCNC): Quantidade de Créditos de Energia Elétrica contratados que não foram utilizados no período.

Créditos Excedentes Acumulada (CE): Saldo de Créditos de Energia Elétrica efetivamente gerados acima da quantidade de Créditos de Energia Elétrica contratados, que ainda não foram utilizados. (negrito acrescido)

Constata-se que o FD varia entre 0,7 e 1,0, o que faz com que a remuneração da concessionária seja, na pior das hipóteses, 70% da contraprestação máxima.

No entanto, ao contrário da banda estabelecida para o FC, observa-se que a fórmula de cálculo deste fator assume valores que extrapolam aqueles da banda. Senão, vejamos simulação de valores obtidos para FD com diferentes cenários das variáveis de entrada tendo por base valores relacionados aos créditos contratados (CC):

Tabela 1: simulação de variações no fator de desempenho por meio de alterações no valor de CG e CE, todos em função de CC.

Parâmetro		FD
CG	CE	
0,1 CC	0,1 CC	-0,8
0,2 CC	0,2 CC	-0,6
0,5 CC	0,5 CC	0
0,85 CC	0,5 CC	0,35
1,7 CC	0 CC	0,7
1,2 CC	0,5 CC	0,7
0,7 CC	1 CC	0,7
1 CC	1 CC	1
2 CC	0 CC	1
1,5 CC	0,5 CC	1
1,7 CC	0,5 CC	1,2
1,9 CC	0,5 CC	1,4
2,1 CC	0,5 CC	1,6

Verifica-se da simulação feita que os valores que FD assume podem ser de diferente ordem, extrapolando facilmente os limites de 0,7 e 1,0 do edital, podendo, inclusive, ter valor negativo.

Embora haja essa larga possibilidade de extrapolação da banda de remuneração (0,7 a 1,0), não cuida o edital para disciplinar qual valor se considerar para o FD caso a banda fixa de 0,7 a 1,0 seja extrapolada. Assim, não se sabe de antemão o que aconteceria com a concessionária caso ela tivesse um grande excedente acumulado de energia em um mês, ou sua planta gerasse mais energia que o contratado, a ponto de se ter uma FD da ordem de 2. O inverso também não é detalhado pelo instrumento convocatório, ou seja, não se sabe a contraprestação a se pagar se ocorrer em um dado mês uma geração de energia aquém da contratada, combinada com um excedente de energia acumulado baixo, tornando o FD igual a 0,5.

Nesta perspectiva, constata-se flagrante inconsistência na regulação contratual quanto à remuneração do particular, o que tem o condão de afetar a formulação das propostas pelos licitantes, bem como não remunerar de forma proporcional o real fator de desempenho da concessionária durante a futura execução contratual, caso seu desempenho esteja fora da faixa de variação de FD do edital.

Ressalva-se, do ponto de vista prático, a necessidade de se sopesar a limitação na quantidade de energia gerada pela PPP, sobretudo quando ao limite superior para a energia gerada, visto que a energia produzida pela usina incide na forma de crédito na conta de luz do município até o momento em que há consumo suficiente de energia para absorver este crédito. A partir do instante em que todo

o consumo de energia municipal foi absorvido pela geração, o excedente gerado não gera economia ao município, a menos que, nos próximos 60 meses, seu consumo de energia aumente a ponto de absorver o excedente gerado³⁶. Essa lógica se deve ao fato de se tratar de autogeração de energia.

A falta de clareza no cálculo da remuneração do concessionário, materializada na contraprestação efetiva, resulta na impossibilidade do licitante saber como sua receita será afetada pelo próprio desempenho. Esse fato prejudica não somente a precificação das propostas, como também a futura execução contratual, deixando *a posteriori* decisões sobre como se afetará a receita por variações desempenho fora da banda fixada pelo edital³⁷.

Trata-se de contraste com a lei de PPPs (lei 11.079/2004), que prevê a necessidade de critérios objetivos de aferição de desempenho:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

(...)

VII - **os critérios objetivos de avaliação do desempenho** do parceiro privado;

A objetividade dos critérios de verificação do fator de desempenho perpassa a sua clara conexão com a remuneração do parceiro privado:

Não basta que os indicadores de desempenho sejam bem estruturados para que os contratos de concessão comum e PPP para a prestação de serviços públicos sejam cumpridos de forma eficiente. **É preciso que tais indicadores estejam adequadamente conectados com o sistema de pagamentos, de modo a gerar incentivos econômicos para que o parceiro privado os cumpra.** Para isso, é indispensável que o descumprimento dos indicadores dê azo a punições (a aplicação de multas, por exemplo) ou a **redução do pagamento do parceiro privado** (usando a lógica, do que se chama na teoria jurídica de “exceção de descumprimento do contrato”).

(...)

Para isso, é preciso que conste claramente nos contratos as escalas de preço, que permitam realizar os descontos no preço do serviço, no caso dele não ser prestado nas quantidades e qualidade exigidos no contrato para percepção pelo parceiro privado do pagamento integral (tenha esse pagamento origem na cobrança de tarifa ou no Erário).

³⁶ Prevê o contrato: 59.38 O PODER CONCEDENTE poderá utilizar os Créditos Contratados Não Compensados por até 60 meses, ou conforme normativa da ANEEL e CEMIG.

³⁷ Marçal argumenta contra tal prática de se alterar critérios de remuneração do particular após a assinatura do contrato: Não é possível que se leve uma concessão à licitação pública com previsão de que a tarifa será fixada pelo custo do serviço e, depois de promovida a outorga, resolva-se mudar o critério de fixação da tarifa, a forma de reajuste e assim por diante. (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003.p. 361.)

Esse desconto no valor do pagamento ao parceiro privado é relativamente simples de operacionalizar quando se trata de pagamento público, o que ocorre nas concessões administrativas ou patrocinadas, pois, nestes casos, se trata de abater valor do pagamento a ser realizado pela Administração ao parceiro privado.

(...)

...os indicadores de desempenho e o sistema de pagamento definem (a) o que a Administração Pública/usuário vão adquirir por meio do contrato; (b) o preço e forma de pagamento pelo serviço.³⁸ (negritos acrescidos)

Carece o edital, portanto, de informações que concernem a forma de pagamento pelo serviço, resultando em lacunas que têm o condão de prejudicar a efetividade dos incentivos econômicos do fator de desempenho para que o parceiro privado execute o contrato em linha com os objetivos do Município, que são:

- Previsibilidade dos gastos com energia, e proteção contra bandeiras tarifárias, que resultam em maior custo de energia;
- Economia, por meio da redução do custo relacionado ao consumo de energia elétrica;
- e
- Ambiental, por meio da contribuição para a preservação do meio ambiente através da utilização de energia limpa e renovável.³⁹

Em síntese, a irregularidade é grave por **prejudicar a precificação das propostas**, indo contra não somente ao art. 5º, inciso VII da lei 11.079/2004, como também afetando a busca da solução mais vantajosa e **trazendo riscos à execução contratual** diante de eventual descasamento entre remuneração e desempenho.

Tais fatos configuram requisito de *fumus boni iuris*, justificando a concessão de **suspensão cautelar** do certame, pois a falta de informações sobre a remuneração da concessionária e o fator de desempenho representam fatores que podem ocasionar a inviabilidade da contratação no longo prazo. Observou-se que não há informação sobre a apuração do pagamento ao parceiro privado no caso de se terem valores do fator de desempenho fora da banda fixada no edital, resultando em um edital que estipula regras apenas para aquela usina que se comportar dentro da estreita faixa de FD de 0,7 a 1,0. Como agravante, as simulações de cálculo da tabela anterior mostraram que o FD pode se comportar, inclusive, com valores negativos, ou mesmo com valores largamente superiores ao limite superior de 1,0.

³⁸ Ribeiro, M. P. Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos, Ed. Atlas, 2011. 154 p.

³⁹ Item 21.10 do edital.

Entende-se que o potencial **prejuízo à precificação das propostas**, podendo ser sanado por republicação do edital, não acarreta em atrasos substanciais a ponto de prejudicar o município, visto que se trata de concessão com foco na redução de despesas correntes do município na forma de conta de luz, previsibilidade dos gastos com energia e busca pelo uso de energia limpa. Não se constata, portanto, situação de emergência relacionada à concessão que comprometa benefícios de uma melhoria no edital, com atraso na contratação.

Ao contrário, um edital mais claro sobre a estrutura de remuneração do parceiro privado e sua relação com o fator de desempenho contribuirá para atrair mais potenciais licitantes, maximizando a busca da solução mais vantajosa em um contrato de longo prazo, bem como garantindo uma execução contratual claramente aderente à minuta de contrato presente.

Neste sentido, deve ser **determinado** ao município que, para a continuidade do certame, promova a retificação do edital, estabelecendo regras mais consistentes de remuneração atrelada ao fator de desempenho ou contemplando como se dará a remuneração do parceiro privado em caso do fator de desempenho extrapolar os limites de 0,7 e 1,0.

4.6. - Ausência de regra que mitigue os riscos relacionados à eventual redução do consumo de energia pela prefeitura ao longo do contrato de concessão.

Segundo o Estudo de Viabilidade, o consumo total de energia da prefeitura de Patrocínio no período de referência foi de 10.775.962 kWh/ano, referente ao valor que pode ser compensado através de créditos de energia solar.

“Forma mapeadas 316 contas de energia pagas pela prefeitura, nas novas unidades consumidoras, que não possuíam histórico de energia, foram utilizados os dados de unidades de tamanho e utilizações similares, de forma a poder considerar esses prédios na futura PPP, tendo em vista que até a construção das usinas estes prédios já estarão operando normalmente (...) Porém para a compensação de créditos temos que descontar o valor da demanda contratada, pois esse valor não poderá ser pago com os créditos de energia elétrica gerados pelas usinas solares fotovoltaicas. De forma que ao fazer os descontos chegamos nos seguintes valores:

- Consumo de 10.775.962 kWh/ano e média mensal de 897.996,83 kWh/mês
- Gasto anual de R\$ 6.197.514,00 e média mensal de R\$ 516.459,50”

Por sua vez, o item 22.8⁴⁰ estabelece que a geração de energia elétrica da UFV de geração distribuída deverá ser de, no mínimo, 10.775.962,00 kWh/ano, a partir do segundo ano de contrato.

Edital nº. 17/2023: “22.8 A projeção total de geração de energia elétrica da UFV de geração distribuída é de no mínimo 10.775.962,00 kWh/ano (dez milhões, setecentos e setenta e cinco mil, novecentos e sessenta e dois quilowatts hora por ano), a partir do segundo ano de CONTRATO”.

Ou seja, o Município está contratando a quantidade mínima de energia **equivalente à totalidade do consumo de energia da Prefeitura no período de referência**⁴¹, passível de compensação através dos créditos de energia solar gerados pela usina.

Não há uma margem de segurança entre a quantidade de energia contratada e a quantidade de energia utilizada, para caso ocorra uma redução no consumo de energia. A diminuição no consumo de energia é perfeitamente possível, tendo em vista a evolução tecnológica e a utilização de lâmpadas econômicas.

O item 59.39 do Edital estabelece que os créditos excedentes poderão ser usados como créditos gerados para compensação futura por até 60 meses. Caso haja uma redução do consumo de energia, a usina gerará créditos excedentes, que terão prazo máximo para utilização. Após o prazo, se o município não conseguir se apropriar dos créditos via aumento de seu consumo de energia, haverá prejuízo para a Administração Pública.

A Matriz de Riscos, prevista no item 58.2, aloca como risco do Poder Concedente a redução de carga instalada com a retirada, diminuição, reforma de equipamentos e ou prédios públicos. Para essa hipótese, o edital não reconhece o direito a reequilíbrio contratual.

⁴¹ Conforme Anexo V – Plano de Negócios de Referência: “Foram analisadas as faturas dos últimos 3 anos de onde se utilizou da média no período de 12 meses entre abril de 2021 e abril de 2022. Para as unidades consumidoras sem histórico, foram considerados os consumos de unidades similares dentro do município, de forma a garantir que as novas unidades estejam consideradas no futuro fornecimento, aumentando assim a vantagem do empreendimento”.

Tabela 2: matriz de riscos quanto à redução de carga

RISCO	ALOCAÇÃO	DIREITO AO REEQUILÍBRIO CONTRATUAL
Redução de carga instalada com a retirada, diminuição, reforma de equipamentos e ou prédios públicos.	PODER CONCEDENTE	Não

Sobre a possibilidade de redução da demanda de energia, cabe destacar que em 2023 foi feita a substituição do parque de iluminação pública por lâmpadas de LED, que são mais econômicas, conforme noticiado na imprensa local e no Portal da Prefeitura de Patrocínio⁴².

O município de Patrocínio conseguiu junto ao Governo Estadual, através da Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG), dentro do Programa Minas LED, uma nova iluminação sendo que as lâmpadas a vapor estão sendo substituídas por lâmpadas de LED.

Essa medida resulta em economia de custos, com redução da demanda de energia. Além disso, deixa a cidade ainda mais bonita, com melhor visibilidade e mais segurança.

Até o momento algumas das principais avenidas de Patrocínio já receberam a melhoria, são elas (destacadas nas fotos): Avenida do Catiguá (Altino Guimarães, Dom José André Coimbra e João Furtado de Oliveira), Faria Pereira, Jacinto Barbosa, Marciano Pires e Padre Matias.⁴³

Destaca-se que o Edital em diversos dispositivos menciona a iluminação público como parte do objeto da concessão. O Anexo V também informa que o cálculo da estimativa de consumo médio mensal levou em consideração as faturas de Iluminação Pública⁴⁴.

⁴² <https://portal.patrocinio.mg.gov.br/pm/index.php/noticias/3449-municipio-de-patrocinio-recebera-melhorias-na-iluminacao>
<https://www.patrocinioonline.com.br/noticia/patrocinio-recebe-1607-das-3938-lampadas-de-led-instaladas-em-cidade-da-regiao-68056.html>

⁴³ <https://portal.patrocinio.mg.gov.br/pm/index.php/noticias/3527-avenidas-de-patrocinio-recebe-melhorias-na-iluminacao>. Acesso em 19/03/2024.

⁴⁴ Anexo V: “Para estimativa do consumo médio mensal, considerou-se as faturas do Serviço Público Municipal, Água Esgoto e Saneamento, Iluminação Pública e demais prédios públicos, podendo ser monofásicas, bifásicas ou trifásicas”.

Porém os estudos que fundamentaram os valores da licitação tiveram como referência o período de abril de 2021 a abril de 2022, ou seja, **não considerou a modernização do parque de iluminação pública.**

Ademais, o Edital, no item 38.1⁴⁵, prevê que após 5 anos será feita revisão dos índices de desempenho e qualidade, para avaliar a efetiva demanda dos serviços prestados. Posteriormente será feita revisão periódica a cada 5 anos para avaliar o desempenho, as metas e novas possibilidades tecnológicas a serem implantadas, o crescimento projetado e o crescimento real no período. Todavia, a princípio, essa revisão periódica não contempla a avaliação da efetiva demanda de energia, que pode ser reduzida ao longo do contrato.

Por fim, conforme jurisprudência do TCU, as estimativas e parâmetros econômico-financeiros que compõem o EVTEA do projeto a ser concedido devem ser produzidos com **antecedência máxima de 18 meses**, para que sua defasagem seja considerada aceitável. Nesse sentido, os estudos produzidos em 2021 encontram-se fora desse prazo, sendo necessária sua atualização na hipótese de republicação do edital.

ACOMPANHAMENTO DO PROCESSO DE CONCESSÃO DE OUTORGA DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE PASSAGEIROS MEDIANTE TREM DE ALTA VELOCIDADE. ADIAMENTO DO CERTAME POR PRAZO INDETERMINADO. PREMISSAS UTILIZADAS NO ESTUDO DE VIABILIDADE TÉCNICA, ECONÔMICO-FINANCEIRA E AMBIENTAL DESATUALIZADAS. ATUALIZAÇÃO SELETIVA DAS PREMISSAS NO ÚLTIMO ESTUDO ENCAMINHADO. DETERMINAÇÕES. ARQUIVAMENTO.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de acompanhamento da concessão de outorga do serviço público de transporte de passageiros por meio de Trem de Alta Velocidade (TAV), no trecho compreendido entre os municípios de Rio de Janeiro/RJ e Campinas/SP,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

⁴⁵ 38.1 Após o transcurso de 5 (cinco) anos, contados do início da Concessão, o PODER CONCEDENTE fará uma revisão dos índices de desempenho e qualidade e dos respectivos pesos de atividades, conforme indicados no Contrato, para avaliar a efetiva demanda dos serviços prestados, o perfil efetivo dos casos e verificar a pertinência das metas estabelecidas, posteriormente a cada 5 (cinco) anos será feita uma revisão para avaliar o desempenho, as metas e novas possibilidades tecnológicas a serem implantadas, o crescimento projetado e o crescimento real no período.

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres que:

9.1.1. caso e quando decida dar prosseguimento à licitação do trem de alta velocidade, envie ao Tribunal, nos termos do art. 7º, inciso I, da IN-TCU 27/1998, novos estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental, produzidos com antecedência máxima de dezoito meses, conforme jurisprudência majoritária desta Corte;

(...)

31. O Tribunal vem firmando entendimento no sentido de que **as estimativas e parâmetros econômico-financeiros que compõem o EVTEA do projeto a ser concedido deve ter sido produzido com antecedência máxima de dezoito meses, para que sua defasagem seja considerada aceitável (Acórdãos 2.104/2008, 682/2010, 683/2010 e 684/2010, todos proferidos pelo Plenário). – grifos nossos⁴⁶.**

Portanto, por todo o exposto e, em especial, tendo em vista que os estudos não consideraram os impactos na demanda provenientes da já implementada modernização do parque de iluminação pública municipal, há indícios de que os estudos de demanda de energia que embasaram a publicação do edital estejam defasados e podem implicar prejuízos à Administração, sendo necessária sua atualização na hipótese de republicação do Edital.

Diante do exposto, conclui-se pela irregularidade do Edital, propondo-se que seja **determinado** ao Poder Concedente que promova a **atualização dos estudos de demanda de energia** que fundamentaram a licitação, de forma que a demanda seja estabelecida considerando as eficientizações já realizadas pela Prefeitura e que impactam diretamente na quantidade de energia necessária.

Propõe-se, ainda, que seja recomendada:

- a) inclusão expressa da avaliação da demanda efetiva de energia na revisão ordinária e periódica do contrato.

ANÁLISE DOS APONTAMENTOS DA DENÚNCIA

5.1. Do procedimento de manifestação de interesse

5.1.1. Denúncia

⁴⁶ Acórdão de Relação 2052/2014 – Plenário. Relatório Benjamin Zymler, Sessão 06/08/2014

A denunciante alega que o procedimento licitatório apresenta inconformidades nos dados do dimensionamento do projeto, que está baseado em um plano de negócios que não reflete a realidade do Município, uma vez que os números da demanda energética estariam superdimensionados.

A denunciante também alega que a empresa Smart Serviços de Engenharia Ltda teria sido aberta em 20/09/2022, sendo que, somente um mês após a abertura, em 25/10/2022, essa empresa teria firmado requerimento de autorização para apresentação dos estudos de viabilidade.

Argumenta a denunciante que um dos requisitos imprescindíveis para a realização dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental - EVTEJA seria a demonstração da experiência do interessado na realização de projetos similares. Esse requisito não teria sido observado, considerando o pouco tempo de abertura da empresa responsável.

Segundo a denunciante, também causa estranheza que a Smart Serviços de Engenharia Ltda não tenha se consorciado com outras empresas para realização dos estudos, algo que normalmente ocorre em razão da diversidade de matérias envolvidas na implantação.

Alega, ainda, que o EVTEJA não apresentou matriz de risco, nem minuta de edital licitatório e do futuro contrato a ser firmado, o que viola as exigências previstas no item 4 do termo de referência do PMI. A denunciante destaca que, apesar do descumprimento das exigências relativas aos estudos da viabilidade jurídica, a Smart propôs o valor de R\$ 150.000,00 para o caderno jurídico no requerimento de autorização.

A denunciante também alega que o EVTEJA está não está materializado em papel timbrado da Smart, mas em papal timbrado da própria Prefeitura de Patrocino, bem como que não há rubrica em todas as páginas pelos responsáveis pelos estudos.

Também alega que o ressarcimento está condicionado ao dever de atualizar e adequar os estudos em decorrência de alteração de premissas regulatórias e de atos normativos aplicáveis, sendo que em 2024 entrou em vigor a Nova Lei de Licitação e o novo marco regulatório do setor, sendo imperativo a atualização da EVTJA.

Sustenta, ainda, que a licitação da usina fotovoltaica calcada em estudos equivocados pode lesar o interesse público, presente e futuro, o que estenderá efeitos danosos para outras gerações.

Segundo a denunciante, causa estranheza o fato de o Estudo de Mercado para Composição do Investimento da Usina Solar de Patrocínio e o Estudo de Viabilidade da PPP terem sido realizados por outra empresa, a Lemes Energia Solar Ltda, com sede em Iturama/MG.

Quanto a esse apontamento, conclui a denunciante que a exigência de ressarcimento de R\$ 750.000,00 (Setecentos e cinquenta mil reais) pela realização de estudos de viabilidade, que parecem não seguir parâmetros mínimos estipulados no termo de referência, onera em demasia a participação de interessados.

5.1.2. Análise Técnica

Após a análise da documentação referente à licitação em análise, verifica-se que os Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica, Jurídica e Ambiental de Patrocínio não estão subscritos, nem há indicação do responsável.

Esse documento foi elaborado em papel timbrado da própria Prefeitura Municipal de Patrocínio.

Verifica-se do portal de Patrocínio que foi elaborado Edital de Chamamento Público para o Procedimento de Manifestação de Interesse nº. 01/2023.

Conforme o Portal da Prefeitura⁴⁷, somente consta um único Requerimento de Autorização, da empresa Smart Serviços de Engenharia Ltda, apresentado no dia 07 de novembro de 2022, protocolado pelo número 0026082/2022.

Esse requerimento foi recebido como Manifestação de Interesse Privado (MIP), resultando na publicação no Edital de Chamamento Público para Procedimento de Manifestação de Interesse nº. 01/2022.

O Chamamento Público do PMI foi declarado deserto, pois nenhum interessado, nem mesma a própria Smart Serviços de Engenharia Ltda, teria apresentado requerimento no prazo estabelecido no edital. A obrigação de apresentar Requerimento de Autorização para o PMI também se aplicava igualmente à proponente da MIP (manifestação de interesse privado), nos termos do item 3.4 do Edital.

⁴⁷ <https://portal.patrocinio.mg.gov.br/pmp/index.php/publicacoes/ppp/fotovoltaiica-2023>

O Edital de Chamamento Público foi novamente publicado em 24 de fevereiro de 2023 (Edital nº. 01/2023), com igual conteúdo do edital anterior.

No item 2.1 desses editais consta a informação de que o requerimento da Smart Serviços de Engenharia Ltda foi recebido pelo Município de Patrocínio como Manifestação de Interesse Privado (MIP) e aceito pela Administração Pública.

2.1 Por meio do presente edital de chamamento público o MUNICÍPIO DE PATROCÍNIO torna público o recebimento e o aceite da manifestação de interesse privado (MIP) pela sociedade empresária SMART SERVICOS DE ENGENHARIA LTDA, nos termos do art. 3º do Decreto Federal nº 8.428/15, e divulga a todos os potenciais interessados sua intenção de reunir estudos técnicos oriundos da iniciativa privada para a celebração de parceria público-privada, na modalidade administrativa, para a implantação, operação e manutenção de usinas fotovoltaicas de geração distribuída para compensação de créditos de energia para atender demanda energética da estrutura física do município de Patrocínio/MG.

Segundo a Ata de Reunião do Comitê Gestor de Parcerias Público Privadas (CGP) do dia 12 de abril de 2023, a Smart Serviços de Engenharia Ltda foi a única interessada que apresentou a documentação para habilitação.

Na reunião de 29 de junho de 2023, o Comitê Gestor de parcerias público privadas de Patrocínio aprovou o estudo técnico e arbitrou o ressarcimento em R\$750.000,00, valor máximo estipulado no Chamamento Público.

Em consulta ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, verifica-se que a Smart Serviços de Engenharia Ltda foi aberta no dia 20 de setembro de 2022, ou seja, pouco antes de assinar o Requerimento de Autorização.

Essa empresa está cadastrada como microempresa, com capital social de R\$1.000,00, tendo como sócio administrador Rodrigo Cavalcanti Duarte.

No Requerimento de Autorização, a Smart Serviços de Engenharia Ltda justifica que a empresa, embora jovem, possui corpo técnico com grande experiência nas áreas de projetos de engenharia e construção civil.

Não há nos autos nem no Portal da Prefeitura de Patrocínio a documentação de habilitação dessa empresa, de modo que **será necessária a realização de diligência para que o Município de Patrocínio apresente a documentação comprobatória da experiência exigida da empresa responsável pelo PMI**, que, nos termos do item 4.2, II.1 do Edital de Chamamento Público, pode

consistir da juntada de documentos que comprovem as qualificações técnicas de profissionais vinculados ao interessado.⁴⁸

Sobre a atuação da empresa Lemes Energia Solar Ltda, responsável pelo Estudo de mercado para composição do investimento da Usina Solar de Patrocínio e pelo Estudo de Viabilidade da PPP, verifica-se que foi contratada através do Edital nº. 94/2022, Processo nº. 119/2022. Ela também participou do processo de aprovação dos estudos apresentados pela Smart Serviço de Engenharia Ltda, manifestando-se no sentido de que os estudos apresentados atendem a todos os pré-requisitos técnicos e jurídicos exigidos.

A licitação regida pelo Edital nº. 94/2022 teve como objeto a contratação de empresa para prestação de serviços técnicos especializados em engenharia elétrica e assessoria técnico-administrativa visando o desenvolvimento de Parceria Público Privada (PPP) para a implementação de uma Usina Fotovoltaica para atendimento a demanda energética dos prédios públicos municipais.

O Termo de Referência (Anexo I do Edital) acrescenta que a prestação do serviço contratado deverá apoiar a viabilização dos Estudos para o projeto de PPP, além de auxiliar na localização e classificação de documentação necessários para disciplinar e promover a realização de parcerias público-privadas no âmbito da Administração Pública do Município de Patrocínio – MG. A empresa também deverá disponibilizar um engenheiro eletricista como Conselheiro Técnico do Conselho Gestor do Programa Municipal de Parceria Público-Privado, visando a prestar apoio na obtenção de documentações e informações relacionadas ao projeto e os demais que regem os atos da Administração Pública, necessárias para a execução dos estudos, editais, contratos, aditamentos, prorrogações; acompanhar o procedimento licitatório; avaliar os estudos Parcerias Público Privadas (PPP) para a implementação de Usina Fotovoltaica; participar na seleção dos estudos para a implementação da Parcerias Público Privadas (PPP) para a implementação de Usina Fotovoltaica.

Já o Chamamento Público regido pelo Edital nº. 01/2023 teve como objeto a formulação de estudos técnicos oriundos da iniciativa privada para a celebração de parceria público-privada, na modalidade administrativa, para a implantação, operação e manutenção de usinas fotovoltaicas de geração

⁴⁸ 4.2 O REQUERIMENTO DE AUTORIZAÇÃO deverá conter os seguintes elementos:

II Demonstração da atuação na área de domínio do projeto e de possuir a equipe técnica com a formação necessária para o desenvolvimento de todas as etapas dos estudos técnicos, nos termos exigidos pelo Termo de Referência; II.1 - A demonstração de experiência a que se refere o item II do poderá consistir na juntada de documentos que comprovem as qualificações técnicas de profissionais vinculados ao interessado.

distribuída para compensação de créditos de energia para atender demanda energética da estrutura física do município de Patrocínio/MG.

Pela leitura dos instrumentos convocatórios, verifica-se que as contratações das duas empresas tiveram objetos distintos. A empresa Lemes Energia Solar Ltda foi contratada para assessoria técnico-administrativa e para apoiar a viabilização dos Estudos para o projeto de PPP, enquanto a empresa Smart Serviço de Engenharia Ltda foi contratada para efetivamente formular os estudos técnicos para a celebração da PPP.

Entretanto, a empresa Lemes Energia Solar Ltda, contratada através do Edital n°. Edital n°. 94/2022, também foi responsável para apresentar Estudo de Mercado para Composição do Investimento da Usina Solar de Patrocínio (SGAP n°. 11) e pelo Estudo de Viabilidade da PPP (SGAP n°. 12).

Ficou a cargo da empresa Smart Serviço de Engenharia, contratada através do Chamamento Público para o Procedimento de Manifestação de Interesse, a apresentação dos estudos de viabilidade técnica, econômica, jurídica e ambiental (SGAP n°. 16).

Diante dessa circunstância, é necessária a realização de **diligência** para perquirir o Município de Patrocínio se havia a necessidade de contratação de duas empresas distintas, já que a empresa contratada para o assessoramento técnico também elaborou os estudos técnicos sobre a viabilidade da PPP e de composição dos investimentos, que também eram, em tese, de responsabilidade da empresa contratada através do PMI. Também é necessário que seja encaminhado a esta Unidade Técnica cópia do contrato administrativo com a empresa Lemes Energia Solar Ltda, para subsidiar a análise.

O valor de ressarcimento, estabelecido em R\$750.000,00, é mais elevado que de outras licitações com objetos semelhantes, citando-se como exemplo o Edital de Concorrência n°. 016/2022 do Município de Patos de Minas, que estipulou um ressarcimento de R\$590.222,04⁴⁹, ou o Edital de Concorrência Pública n°. 04/2023, do Município de Orlandia/SP, que estipulou o ressarcimento em R\$600.000,00⁵⁰.

Com base apenas no valor, não é possível apontar irregularidade, pois a definição do valor a ser ressarcido não possui regulamentação na legislação. Entretanto, considerando o elevado valor, é

⁴⁹ Edital disponível em <https://patosdeminas.mg.gov.br/wp-content/uploads/2022/10/Edital-de-Licitacao-PPP.p>

⁵⁰ Edital disponível em <https://www.orlandia.sp.gov.br/novo/wp-content/uploads/2023/07/EDITAL-CONCORR%C3%AANCIA-P%C3%A9BLICA-04-2023-Ilumina%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAblica.pdf>

necessário que a definição do montante devido a título de ressarcimento seja devidamente justificada por metodologia robusta e confiável, uma vez que corresponde ao valor máximo fixado pelo Município no Edital de Chamamento Público para PMI.

Por essa razão, recomenda-se a realização de **diligência** para que o Município de Patrocínio informe as premissas e memória de cálculo utilizada na definição do valor máximo de ressarcimento, que correspondeu ao valor pleiteado pela única empresa que participou da seleção.

Pela sucessão de atos que compõem o procedimento, verifica-se que esse valor foi inicialmente estipulado pela empresa proponente da MIP, que se consagrou vencedora do chamamento público. Desse modo, o valor foi unilateralmente definido pela empresa contratada, sem transparência quanto aos reais custos incorridos por essa empresa.

Nos termos do artigo 21 da Lei nº. 8.987/95, o ressarcimento pelos estudos vinculados à concessão, a cargo da vencedora da licitação, deve corresponder aos dispêndios com essas atividades, especificados no edital. Extrai-se deste artigo que o valor deve corresponder aos dispêndios realizados pela empresa responsável pelo PMI e especificado no Edital.

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os **dispêndios correspondentes**, especificados no edital.

No entanto, o Edital de Chamamento Público se limitou a informar o valor máximo para proposta. Como resultado, considerando que só a proponente do MIP apresentou proposta, o valor do ressarcimento ficou estipulado no patamar máximo, coincidente com o valor proposto pela Smart Serviços de Engenharia Ltda.

Sobre esse aspecto, importa registrar que compete aos Tribunais de Contas analisar a regularidade dos valores repassados às estruturadoras de projeto, ainda que esse pagamento seja feito por intermédio da futura concessionária.

Nesse sentido, destaca-se o posicionamento exarado no Acórdão n. 3164/2020, do TCU:

Compete ao TCU analisar indícios de sobrepreço no pagamento de valores a título de ressarcimento pela realização de estudos preliminares em Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI (Decreto 8.428/2015), pois, apesar de o pagamento ser feito diretamente pela futura concessionária aos consultores responsáveis pela realização dos estudos selecionados, constitui efetiva redução do valor de outorga,

fato que, apesar de não representar renúncia de receita nos estritos termos do art. 14 da Lei Complementar 101/2000 (LRF), lhe confere a característica, de forma indireta, de despesa arcada pela União.

Para melhor apuração dos fatos, propõe-se a realização de **diligência**, para que o jurisdicionado seja intimado para apresentar as seguintes informações e documentos:

1 - Justificativa sobre o fato de os estudos técnicos da empresa Smart Serviço de Engenharia Ltda. terem sido disponibilizados no Portal da Prefeitura de Patrocínio sem assinatura e em papel timbrado da própria Prefeitura de Patrocínio;

2 – Os estudos originais apresentados pela empresa Smart Serviço de Engenharia Ltda, devidamente assinados pelo responsável técnico da empresa;

3 – Motivação para a realização de duas contratações distintas, uma para assessoramento e realização de estudos de viabilidade da PPP e de composição de investimento da Usina Solar de Patrocínio, e outra para a contratação empresa para apresentação de estudos técnicos, especificando as distinções entre os contratos que justifiquem as contratações simultâneas, bem como encaminhando a cópia dos respectivos contratos;

4 – A documentação de habilitação das empresas Smart Serviço de Engenharia Ltda e Lemes Energia Solar Ltda nos respectivos processos licitatórios, em especial a comprovação de experiência exigida pela empresa responsável pelo PMI;

5 – Justificativa sobre como a Prefeitura Municipal de Patrocínio estipulou o valor máximo para o ressarcimento pelos estudos técnicos em R\$ 750.000,00 nos Chamamentos Públicos n.ºs. 01/2022 e 01/2023, acompanhada de:

- Memória de cálculo;
- Evidências que comprovem todos os valores considerados;
- Indicação dos Responsáveis pelos cálculos dos valores, por suas análises e homologação.

5.2. Do anexo v do edital – o plano de negócios de referência. O dimensionamento da usina

5.2.1 – Denúncia

Insurge a denunciante contra cláusula que versa sobre o diagnóstico (61), que considera a média tarifária referencial de R\$ 0,504491/KWh. Aduz que apresentou impugnação ao município, que respondeu se tratar de estudos meramente referenciais, sendo de responsabilidade do proponente o dimensionamento para a confecção de sua proposta.

Alega, no entanto, que, caso divirja dos números referenciais do poder público, precisaria ter em mãos toda a memória de cálculo com as contas de energia cadastradas no CNPJ da Prefeitura, o que inexistente no edital e seus anexos. Assim, não resta ao proponente acatar os valores informados de demanda.

Afirma que aos proponentes foi tão somente informado que, para estimativa do consumo médio mensal, foram consideradas as faturas do Serviço Público Municipal, Água Esgoto e Saneamento, Iluminação Pública e demais prédios públicos.

Em síntese, diz que o edital simplesmente informa e não demonstra de maneira clara como foi obtido o consumo médio mensal. É explicado apenas o recorte entre as datas de 04/2021 e 04/2022, chegando-se ao valor médio de R\$ 0,53/KWh um desconto mínimo de 5%, chegou-se ao valor de R\$ 0,50/kwh. Conclui que o cálculo do município apresenta erro, tendo considerado subsídios atuais, prejudicando, inclusive, a transparência do certame.

Sustenta que, nos editais de licitação, a clareza, objetividade e completude das informações são indispensáveis para que os interessados a participar das licitações possam instruir suas propostas com preços justos, exequíveis e compatíveis com o mercado.

Também aduz, com base nos dados informados no Anexo V, que o valor tarifário de expectativa da Prefeitura é de R\$ 0,50/kwh, ou seja, maior que o valor que ela tem em algumas categorias tarifárias junto a CEMIG. Sendo assim, segundo a denunciante, o cálculo estaria “contaminado” em sua elaboração, uma vez que as referidas contas de consumo de energia incluem valores que a Prefeitura tem subsídios na data de hoje.

Ao final, sustenta haver irregularidades na composição da formação do dimensionamento da usina fotovoltaica, além de comprometimento da transparência, ante a ausência de memória de cálculo discriminando as contas de energia da Prefeitura de Patrocínio.

5.2.2 – Análise Técnica

A licitação regida pelo Edital de Concorrência nº. 17/2023 tem como objeto a concessão administrativa do serviço de implantação, operação e manutenção de usinas fotovoltaicas de Geração Distribuída para a compensação de créditos de energia para atender a demanda energética da estrutura física do município de Patrocínio/MG.

O critério de julgamento adotado é o de menor valor da Contraprestação Pública Mensal Máxima (CMPmax) a ser paga pelo Poder Concedente à Concessionária.

O valor da CMPmax compõe o cálculo da contraprestação efetiva (CPEm), resultado do produto entre o CMPmax e do Fator de Desempenho (FD).

Conforme item 22.46, a concessionária deverá fornecer no mínimo 10.775.962,00 kwh/ano (projeção total de geração de energia elétrica por ano). Os créditos de energia elétrica excedentes, gerados acima do quantitativo contratado, impactam positivamente no Fator de Desempenho (FD), conforme item 59.32. O FD pode variar entre 0,7 e 1,0, de modo que a CPEm nunca excederá a CMPmax.

A análise das faturas de energia elétrica da Prefeitura no período entre abril de 2021 e abril de 2022 resultou na tarifa média referencial de R\$0,504491 de kwh.

Nos termos do item 14.2.1, a proposta econômica, valor da contraprestação pública mensal máxima (CMPmax), não poderá exceder ao valor de R\$ 453.031,21. Esse valor foi calculado considerando a projeção total de geração de energia elétrica e a tarifa média referencial, conforme cálculo abaixo:

- Fornecimento mínimo de energia por ano (10.775.962,00 kwh/ano), dividido por 12 (para se calcular a quantidade média mensal mínima): 897.996,83 kwh/mês;
- Valor da tarifa média referencial: R\$ 0,504491 kwh;
- Valor máximo da proposta (CMPmax): **R\$ 453.031,32** (R\$ 0,504491 kwh x 897.996,83 kwh/mês).

Sendo assim, verifica-se que a **tarifa média referencial, cujo valor foi contestado pela denunciante, teve como primeira finalidade a de definir o valor teto da proposta (R\$ 453.031,32).**

O valor teto da proposta (item 14.2.1) naturalmente está vinculado ao valor da fatura de conta de energia, pois o custo da energia solar contratada não poderá exceder o valor de energia atualmente paga pelo município, sob pena de tornar a licitação desvantajosa.

Entretanto, se o valor da tarifa referencial estiver subestimado, ou seja, abaixo do valor real, poderá comprometer a proposta comercial da licitante, pois reduzirá o valor do teto da proposta.

Por outro lado, se a tarifa referencial estiver superestimada, ou seja, superior ao valor real, não impactará negativamente na formulação da proposta pelo licitante, visto que este poderá apresentar valor inferior ao máximo estipulado pelo edital. Todavia, poderá resultar na escolha de proposta economicamente desvantajosa para o Poder Concedente.

Segundo levantamento de tarifas feito pela denunciante, com base na Resolução Homologatória n.º 3.202, de 23 de maio de 2023, o valor tarifário referencial informado no edital estaria “contaminado” em sua elaboração, pois seria maior que o valor de algumas categorias tarifárias, bem como teria desconsiderado a existência de subsídios em favor da Prefeitura no período de referência.

A denunciante, embora tenha apresentados os dados através dos quais baseou sua conclusão, não informou o valor que entende ser o mais adequado.

Os dados apresentados no levantamento da denunciante são insuficientes para se concluir se o valor referencial informado no edital estaria superdimensionado ou subdimensionado, nem se há alguma diferença relevante entre os valores. Para se chegar a esse valor, seria necessário que os dados apresentados fossem submetidos a um cálculo que considera a média ponderada entre as diferentes categorias tarifárias, o que não foi feito.

Entretanto, o Anexo V, Plano de Negócios de Referência⁵¹, não esclarece qual foi a metodologia de cálculo utilizada pelo Poder Concedente, nem os dados das faturas de energia considerados. Apenas informa que o diagnóstico foi feito a partir do levantamento da demanda de energia elétrica nas instalações prediais, por meio das faturas de energia elétrica da distribuidora local e do dimensionamento do potencial de aproveitamento da energia solar da região, tendo como referência o período de abril/2021 e abril/2022. Também informa que foi considerado um desconto de 5% na

⁵¹ O edital completo, com o anexo V, está disponível em https://www.portal.patrocínio.mg.gov.br/pmp/images/publicacoes/processoslicitatorios/2023/processo280/EDITAL_01900_02_00104001_2023_0000280.pdf. Acesso em 09.03.2024.

tarifa média para que o Poder Concedente tenha um ganho mínimo garantido, além da exclusão com gastos de bandeira tarifaria (que traz além do benefício econômico, a previsibilidade dos gastos).

O Estudo de Viabilidade da PPP, elaborado pela Lemes Energia Solar LTDA, empresa contratada para prestação de serviços técnicos especializados em engenharia elétrica e assessoria técnico-administrativa, informa que, para a elaboração do parecer, foram consideradas as contas dos últimos 2 anos, bem como que as contas de 2022 forma projetadas até o final do ano. **Essa informação se contradiz com a do edital, que informa um período de referência entre abril/2021 e abril/2022.**

Esse estudo também informa que foram mapeadas 316 contas de energia pagas pela prefeitura, agrupadas em 12 pastas e secretarias. Em relação às novas unidades consumidoras, que não possuíam histórico de energia, foram utilizados dados de unidades de tamanho e utilizações similares, de modo permitir considerar esses prédios na futura PPP.

O Estudo de Viabilidade, apresentado pela empresa Lemes Energia Solar Ltda, esclarece que, para fins de compensação com os créditos de energia solar, foi descontado o valor da demanda contratada, pois, segundo o documento, esse valor não poderá ser pago com os créditos de energia elétrica gerados pelas usinas solares.

Como resultado, o estudo conclui que o consumo total foi de 10.775.962 kWh/ano e que o consumo médio mensal foi de 897.996,83 kWh/mês. Já o gasto anual foi de R\$6.197.514,00 e média mensal de R\$ 516.459,50. Esse valor de consumo total foi considerado no Edital.

Assim como o Termo de Referência, esse estudo também não informa a metodologia utilizada, não apresenta informações sobre as categorias tarifárias, nem sobre as bandeiras consideradas para a estipulação da tarifa média.

Não se pode perder de vista que a informação sobre o consumo referencial de energia impacta na formulação de propostas.

Nos termos do Edital, a proposta técnica consiste na CMPmax, que por sua vez é calculada a partir tarifa x, isto é, da tarifa presente mensalmente nas contas de energia, considerado para cada grupo e subgrupo tarifário, nos termos do item 59.27 no Anexo IV do Edital.

Conforme analisado no item 4.1, a utilização de uma variável exógena para o cálculo da contraprestação configura irregularidade.

Porém, caso esse entendimento não prevaleça e a remuneração da concessionária seja calculada com base na tarifa média de energia elétrica, deve-se reconhecer a imprescindibilidade de que os licitantes tenham acesso às informações relativas às faturas de energia, para que possam formular suas propostas, com base no peso de cada subgrupo de consumo.

Por fim, cabe pontuar que a fórmula da contraprestação máxima prevista no item 59.27 do Edital considera o Fator K, valor percentual de desconto oferecido pela concessionária.

O critério de julgamento é o de menor valor da contraprestação máxima (CMPmax), nos termos do item 3.1

3.1 A presente LICITAÇÃO será realizada na modalidade de Concorrência Pública, tendo como critério de julgamento o Menor Valor da Contraprestação Pública Mensal Máxima a ser paga pelo PODER CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA, conforme disposto no artigo 12, inciso II, alínea —al da Lei de PPP, e nos termos do Modelo de Carta de Apresentação de PROPOSTA ECONÔMICA, constante no Anexo V do EDITAL.

Para a formulação da proposta, o licitante deverá se utilizar da seguinte fórmula prevista no item 59.27 do Edital:

$$\text{CMPmax} = 0,95 \times (\text{Credx} \times \text{Tarifax} + \dots) \times (1 - K)$$

Definições: CMPmax: Contraprestação Mensal Máxima

K: Valor percentual do desconto oferecido pela concessionária

Credx: Créditos utilizados para compensação de energia consumida do Grupo
x

Tarifax: tarifa da ANEEL do grupo x, importante destacar que a tarifa a ser utilizada como referência é a Tarifa presente mensalmente nas contas de energia como — “Preço unit R\$”.

O K se refere ao percentual de desconto oferecido pela concessionária.

O Edital também não esclarece quais grupos serão considerados para fins de compensação de créditos de energia, se serão todos existentes afetos ao consumo pela prefeitura. Tampouco se esclarece qual é a unidade de medida que o licitante deverá utilizar no cálculo, em especial no que se refere ao Credx, se seria, por exemplo, em kWh.

Essas informações são imprescindíveis para a segurança jurídica relacionada à interpretação do instrumento convocatório e, conseqüentemente, para a formulação da proposta técnica. O Edital deveria ser mais transparente e especificar essas informações, de modo a evitar divergências de interpretação dos licitantes interessados.

Esse cenário prejudica a formulação de propostas pelos potenciais interessados e macula a competitividade do certame, indo de encontro a um dos principais pilares da licitação.

Destaca-se que o estudo de viabilidade da empresa Lemes Engenharia Ltda apresenta apenas o consumo total de energia da prefeitura de Patrocínio no período de referência, entre abril de 2021 e abril de 2022, no valor de 10.775.962 kWh/ano. O estudo não apresenta o valor a ser considerado para cada grupo tarifário.

O ideal seria o próprio edital definir os valores para Credx e Tarifax, deixando apenas a variável K, que se refere ao desconto, para ser definida pelo licitante. Essa medida evitaria que os licitantes oferecessem suas propostas a partir de variáveis distintas.

Portanto, conclui-se pela **procedência** da denúncia. A ausência de informação essencial para a formulação da proposta econômica é de extrema gravidade, pois compromete a competitividade. A gravidade dos fatos justifica a **concessão de cautelar para que a licitação permaneça suspensa** até que haja as alterações pertinentes no edital, de forma que a contraprestação seja estabelecida com base nos estudos de viabilidade do projeto e não com base em variável alheia. Ou, caso se mantenha a contraprestação vinculada a fatura de energia elétrica, mas com data-base pré-definida, que haja divulgação dos dados das faturas de energia utilizados como premissas para a definição da tarifa média referencial adotada no Estudo de Viabilidade da PPP.

Entende-se, ainda, necessário que seja determinado aos responsáveis que apresentem a este de **Contas a memória de cálculo e a metodologia utilizada na estipulação do valor tarifário referencial, com os dados das faturas de energia elétrica para cada grupo e subgrupo tarifário.**

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, esta Coordenadoria chegou às seguintes conclusões quanto aos apontamentos analisados:

4.1 - Variável exógena na composição da contraprestação devida à concessionária

A utilização do valor da tarifa da ANEEL sem data-base fixa, resulta em variável exógena e que flutua ao longo do tempo, não sendo adequada para o cálculo da contraprestação efetiva.

Ocorre que a estrutura remuneratória no presente caso não deveria ter sido estabelecida com base tarifa de energia, porquanto alheia ao projeto de prestação de serviços de energia solar, mas sim como resultado das variáveis (demanda, custos, impostos, investimentos) do modelo econômico financeiro do próprio projeto, de forma a financiar seus custos e remunerar o capital aplicado. A CPem (contraprestação efetiva) deveria, ao menos, ser calculada a partir de uma variável fixa, sobre a qual incidirá o FD (fator de desempenho), em vez de considerar uma variável flutuante. Essa opção reduz os riscos de deslocamento entre os custos de produção de energia elétrica e da contraprestação efetiva ao longo nos anos.

Assim, por tudo que foi exposto, **conclui-se pela existência de irregularidade** na definição da contraprestação deste contrato, sendo necessário **determinar** ao município que:

- Avalie a possibilidade de fixar contraprestação com base nos estudos de viabilidade da concessão em análise, de forma que **a estrutura remuneratória seja estabelecida com base nas variáveis (demanda, custos, impostos, investimentos) do modelo econômico financeiro do próprio projeto**, refletindo os custos do serviço de geração fotovoltaica, seja com base em custos deste contrato, ou em custos de outras concessões com escopo similar, por meio de comparação, por exemplo, por análise de benchmarking;
- Caso entenda o município pela impossibilidade de se fixar a contraprestação com base em fatores atinentes ao setor de geração fotovoltaica, que apresente as justificativas para utilização de variável exógena na definição da estrutura remuneratória, bem como **defina uma data-base** para a tarifa dos subgrupos de consumo de energia que compõe a fórmula da contraprestação máxima e efetiva presente no edital.

Conforme exposto na análise, a utilização de variável exógena flutuante no cálculo da contraprestação pode comprometer a economicidade da licitação e gerar irreversíveis prejuízos à precificação das propostas pelos licitantes, bem como danos à execução contratual e ao erário, caso a licitação seja concluída e o contrato assinado.

Nessa ordem de ideias, entende-se que **gravidade dos fatos justifica a concessão de cautelar** para manter o certame suspenso até a retificação do edital a fim de que a estrutura remuneratória adotada reflita os estudos de viabilidade do empreendimento a ser delegado ou, ao menos, seja estabelecida

com base em variável exógena com data base pré-fixada, de forma a permitir a análise de viabilidade do empreendimento, coibir duplicidade de reajuste e conferir maior previsibilidade e segurança jurídica quanto ao seu cálculo ao longo de toda a concessão.

4.2 - Da cláusula de reajuste

Considerando-se que os reajustes têm como objetivo garantir o equilíbrio econômico-financeiro pactuado no momento da licitação, motivo pelo qual sua sistemática deve guardar estreita relação com o estudo de viabilidade econômico-financeira, **entende-se ser imprescindível, para a continuidade do certame, que o edital seja retificado para excluir o dispositivo que atrela o reajuste do contrato ao reajuste das tarifas dos grupos da ANEEL**, inserindo índices ou fórmulas que reflitam a real variação dos custos atinentes ao serviço a se contratar.

Ressalta-se que **gravidade dos fatos justifica a concessão de cautelar** para manter o certame suspenso até a retificação do edital, excluindo o dispositivo que atrela o reajuste do contrato ao reajuste das tarifas dos grupos da ANEEL, de forma a impedir a configuração de um reajuste em duplicidade, bem como garantir que o critério de reajuste a ser aplicado reflita o estudo de viabilidade econômico financeira da concessão.

4.3 - Da ausência de regras contratuais de governança sobre a exploração de receitas acessórias

Diante da ausência de regramento sobre o compartilhamento de receitas acessórias, necessário que se **determine** ao Poder Concedente que **retifique** o edital para, em atendimento ao disposto no art. 11 e art. 18, VI, ambos da Lei nº 8.987/95, incluir na minuta de edital e contrato:

- Possibilidade de exploração de receitas acessórias, mediante anuência previa do poder concedente, em especial dos créditos de carbono eventualmente gerados pela concessionária, com base na Lei Federal n.º 12.187, de 29 de dezembro de 2009 e no Decreto Federal n.º 11.075, de 19 de maio de 2022;
- Mecanismo destinado a garantir, durante a execução contratual, a reversão de receitas não tarifárias, incluídas as decorrentes da exploração do mercado de crédito de

carbono, em prol da economicidade da solução adotada, para aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato⁵²;

- Exigência de regramento contábil transparente para o reconhecimento e registro de receitas acessórias pelo parceiro privado;

Além disso, diante da ausência de regra de revisão das disposições que tratam do compartilhamento de receitas acessórias, **recomenda-se** que o Poder Concedente:

- Estabeleça na minuta contratual mecanismo destinado a possibilitar a revisão das regras contratuais relacionadas ao compartilhamento de receitas acessórias, acompanhado de metodologia detalhada, seja por meio de estudo de *benchmarking*, ou por outro método igualmente robusto que entender aplicável.

4.4 – Da ausência de governança sobre a contratação de Verificador Independente

Ante o exposto, diante da ausência de regramento relativo à contratação do Verificador Independente, conclui-se pela **irregularidade** do Edital e propõe-se que seja **determinada** a alteração do Instrumento Regulatório para que este discipline a contratação do Verificador Independente, visando à redução dos riscos de captura ou de conflito de interesse com a concessionário, devendo constar, no mínimo, as seguintes regras de governança para esta contratação:

- Exigência, para fins de qualificação técnica, de comprovação de experiência de atuação de atuação em fiscalização, verificação e auditoria em empreendimentos de grande porte e longa duração como este em análise;
- Vedação de contratação de VI que seja controladora, controlada, coligada ou que integre grupo econômico da concessionária;
- Previsão de penalidade, caso seja verificado conluio entre a concessionário e o agente contratado;

⁵² Em linha com o art. 11 da lei de concessões:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

- Estabelecimento de prazo máximo de atuação para um mesmo VI, não sendo possível a sua recontratação para o período subsequente, a fim de garantir sua rotatividade.

4.5 - Das inconsistências na contraprestação efetiva

Constata-se o cálculo da contraprestação efetiva é resultado da redução da contraprestação máxima por um fator de desempenho (FD), em que o FD varia entre 0,7 e 1,0, o que faz com que a remuneração da concessionária seja, na pior das hipóteses, 70% da contraprestação máxima

Observou-se, contudo, que não há informação sobre a apuração do pagamento ao parceiro privado no caso de se terem valores do fator de desempenho fora da banda fixada no edital, resultando em um edital que estipula regras apenas para aquela usina que se comportar dentro da estreita faixa de FD de 0,7 a 1,0. Como agravante, as simulações de cálculo da tabela anterior mostraram que o FD pode se comportar, inclusive, com valores negativos, ou mesmo com valores largamente superiores ao limite superior de 1,0.

Constata-se flagrante inconsistência na regulação contratual quanto à remuneração do particular, o que tem o condão de afetar a formulação das propostas pelos licitantes, bem como não remunerar de forma proporcional o real fator de desempenho da concessionária durante a futura execução contratual, caso seu desempenho esteja fora da faixa de variação de FD do edital.

Entende-se, ainda, que a irregularidade é grave por prejudicar a precificação das propostas, indo contra não somente o art. 5º, inciso VII da lei 11.079/2004, como também afetando a busca da solução mais vantajosa e trazendo riscos à execução contratual pela insegurança jurídica quanto a algum descasamento entre remuneração e desempenho, o que justificando a concessão de suspensão cautelar do certame

Neste sentido, deve ser determinado ao município que, para a continuidade do certame, promova a retificação do edital, estabelecendo regras mais consistentes de remuneração atrelada ao fator de desempenho ou contemplando como se dará a remuneração do parceiro privado em caso do fator de desempenho extrapolar os limites de 0,7 e 1,0.

4.6. Ausência de regra que mitigue os riscos relacionados à eventual redução do consumo de energia pela prefeitura ao longo do contrato de concessão.

Para a especificação da demanda, Município está contratando a quantidade mínima de energia **equivalente à totalidade do consumo de energia da Prefeitura no período de referência**⁵³, passível de compensação através dos créditos de energia solar gerados pela usina. Contudo, os estudos que fundamentaram os valores da licitação tiveram como referência o período de abril de 2021 a abril de 2022, ou seja, **não considerou a modernização do parque de iluminação pública, que, por sua vez, tem o condão de reduzir consideravelmente a demanda de energia.**

Além disso, os estudos **ultrapassam a antecedência máxima de dezoito meses**, admitida pela jurisprudência, para que sua defasagem seja considerada aceitável.

Assim, por todo o exposto e, em especial, tendo em vista que os estudos não consideraram os impactos na demanda provenientes da já implementada modernização do parque de iluminação pública municipal, há indícios de que os estudos de demanda de energia que embasaram a publicação do edital estão defasados. Caso haja uma redução do consumo de energia, sem que o município consiga se apropriar dos créditos via aumento de seu consumo de energia, haverá prejuízo para a Administração Pública.

Conclui-se, assim, pela irregularidade do Edital, propondo-se que seja **determinado** ao Poder Concedente que promova a **atualização dos estudos de demanda** de energia que fundamentaram a licitação, de forma que a demanda seja estabelecida considerando as eficientizações já realizadas pela Prefeitura e que impactam diretamente na quantidade de energia necessária.

Propõe-se, ainda, que seja **recomendada** inclusão expressa da avaliação da demanda efetiva de energia na **revisão ordinária e periódica** do contrato.

5.1. Do procedimento de manifestação de interesse

Com a finalidade de subsidiar a análise desse apontamento por esta Unidade, propõe-se a realização de **diligência**, para que o jurisdicionado seja intimado para apresentar as seguintes informações e documentos:

⁵³ Conforme Anexo V – Plano de Negócios de Referência: “Foram analisadas as faturas dos últimos 3 anos de onde se utilizou da média no período de 12 meses entre abril de 2021 e abril de 2022. Para as unidades consumidoras sem histórico, foram considerados os consumos de unidades similares dentro do município, de forma a garantir que as novas unidades estejam consideradas no futuro fornecimento, aumentando assim a vantagem do empreendimento”.

- 1 - Justificativa sobre o fato de os estudos técnicos da empresa Smart Serviço de Engenharia Ltda. terem sido disponibilizados no Portal da Prefeitura de Patrocínio sem assinatura e em papel timbrado da própria Prefeitura de Patrocínio;
- 2 – Os estudos originais apresentados pela empresa Smart Serviço de Engenharia Ltda, devidamente assinados pelo responsável técnico da empresa;
- 3 – Motivação para a realização de duas contratações distintas, uma para assessoramento e realização de estudos de viabilidade da PPP e de composição de investimento da Usina Solar de Patrocínio, e outra para a contratação empresa para apresentação de estudos técnicos, especificando as distinções entre os contratos que justifiquem as contratações simultâneas, bem como encaminhando a cópia dos respectivos contratos;
- 4 – A documentação de habilitação das empresas Smart Serviço de Engenharia Ltda e Lemes Energia Solar Ltda nos respectivos processos licitatórios, em especial a comprovação de experiência exigida pela empresa responsável pelo PMI;
- 5 – Justificativa sobre como a Prefeitura Municipal de Patrocínio estipulou o valor máximo para o ressarcimento pelos estudos técnicos em R\$ 750.000,00 nos Chamamentos Públicos n.ºs. 01/2022 e 01/2023, acompanhada de:
 - Memória de cálculo;
 - Evidências que comprovem todos os valores considerados;
 - Indicação dos Responsáveis pelos cálculos dos valores, por suas análises e homologação.

5.2. Do anexo v do edital – o plano de negócios de referência. O dimensionamento da usina

Os dados apresentados no levantamento da denunciante são insuficientes para se concluir se o valor referencial informado no edital estaria superdimensionado ou subdimensionado, nem se há alguma diferença relevante entre os valores.

A ausência de informação essencial para a formulação da proposta econômica é de extrema gravidade, pois compromete a competitividade. A gravidade dos fatos justifica a **concessão de cautelar para**

que a licitação permaneça suspensa até que haja as alterações pertinentes no edital, de forma que a contraprestação seja estabelecida com base nos estudos de viabilidade do projeto e não com base em variável alheia. Ou, caso se mantenha a contraprestação vinculada a fatura de energia elétrica, mas com data-base pré-definida, que haja **divulgação dos dados** das faturas de energia utilizados como premissas para a definição da tarifa média referencial adotada no Estudo de Viabilidade da PPP.

Entende-se, ainda, necessário que seja determinado aos responsáveis que apresentem a este de **Contas a memória de cálculo e a metodologia utilizada na estipulação do valor tarifário referencial, com os dados das faturas de energia elétrica para cada grupo e subgrupo tarifário.**

ANÁLISE DO PEDIDO LIMINAR

Diante de todo o exposto, esta Unidade Técnica conclui que a denúncia apresentada reúne elementos suficientes para demonstrar a existência de irregularidades no instrumento convocatório, com força para provocar restrição indevida à competitividade do procedimento licitatório deflagrado, violação à busca pela proposta mais vantajosa e prejuízos à viabilidade do empreendimento e à execução do contrato, o que caracteriza a presença de *fumus bonis iuris*, de modo a justificar a concessão de **medida cautelar** e, por conseguinte, a suspensão do certame.

De início, reitera-se que, nos moldes editalícios, a contraprestação da concessionária está diretamente atrelada ao valor da tarifa da ANEEL, sem estabelecimento de data-base fixa, o que resulta em **estrutura remuneratória baseada em variável exógena e que flutua ao longo do tempo.**

Entende-se que a estrutura remuneratória no presente caso não deveria ter sido estabelecida com base tarifa de energia, porquanto alheia ao projeto de prestação de serviços de energia solar, mas sim como resultado das variáveis (demanda, custos, impostos, investimentos) do modelo econômico financeiro do próprio projeto, de forma a financiar seus custos e remunerar o capital aplicado. Com efeito, a utilização da tarifa da ANEEL como variável para a definição do valor da contraprestação efetiva pode resultar em um **deslocamento entre o custo de produção da energia solar pela concessionária e o valor da contraprestação** paga pelo Poder Concedente no longo prazo.

E, mais que isso, no presente caso, a fixação da contraprestação **não possui data-base**, sendo vinculada à da tarifa vigente na distribuição de energia em cada mês da execução contratual, o que além de acarretar problemas de **dupla incidência de reajuste**, também induz **constantes variações na contraprestação por fatores exógenos ao contrato**, trazendo imprevisibilidade e insegurança jurídica para ambos município e contratado, que não terão previsão sobre a remuneração do privado.

Esse cenário é potencializado pelo fato de que o reajuste contratual também está fixado à tarifa da CEMIG, o que, além de não refletir os custos da prestação do serviço de geração de energia solar, configurará **a duplicidade do reajuste.**

Ora. Na medida em cálculo da contraprestação leva em consideração a tarifa vigente da ANEEL, os reajustes incidentes na tarifa de energia elétrica já são automaticamente incorporados na contraprestação. Assim, quando o contrato for o contrato reajustado anualmente com base nesse mesmo índice ou outro que venha a substituí-lo⁵⁴, haverá dupla incidência do reajustamento, **configurando o enriquecimento sem causada da concessionária e dano ao erário.**

Além disso, verificou-se flagrante inconsistência na regulação contratual quanto à cálculo da contraprestação efetiva, estabelecida como resultado da redução da contraprestação máxima por um fator de desempenho (FD), o que tem o condão de **afetar a formulação das propostas pelos licitantes**, bem como não remunerar de forma proporcional o real fator de desempenho da concessionária durante a futura execução contratual, caso seu desempenho esteja fora da faixa de variação de FD do edital.

Por fim, constatou-se **ausência de informação essencial** para a formulação da proposta econômica, o que tem o condão de **comprometer a competitividade.**

Por tudo isso, verifica-se presente o requisito da **fumaça do bom direito.**

Já o *periculum in mora* resta caracterizado em função da possibilidade de continuidade do procedimento licitatório e conseqüente risco de celebração de um ajuste de longo prazo já maculado por vícios graves que podem ensejar graves irregularidades.

O certame foi suspenso pelo próprio município⁵⁵, tratando-se de decisão amparada na conveniência e oportunidade da Administração, não havendo qualquer imposição nesse sentido, de forma que a Administração pode, a qualquer momento, optar por dar continuidade ao certame, subsistindo, portanto, o risco de uma contratação com graves irregularidades.

Entende-se, assim, que o dano ao interesse público derivado da realização do certame da forma como ele se encontra, sobretudo em se tratando de contrato com longa duração (26 anos) e de grande vulto,

⁵⁴ O item 59.42 acrescenta que caso venha a ocorrer a extinção dos índices oficiais utilizados nas fórmulas, serão adotados outros índices oficiais que venham a substituí-los.

⁵⁵ Disponível em <https://www.portal.patrocínio.mg.gov.br/pmp/images/publicacoes/ppp/fotovoltaiacal7-2023/07-%20SUSPENS%C3%83O%20-%20CONC.%2017-23.pdf>. Acesso em 26/03/2024.

com apenas os investimentos iniciais já totalizando R\$ 139.909.362,58, justifica a prévia retificação do Edital para se dar continuidade à contratação em análise.

Presentes, portanto, os requisitos que justificam a concessão de medida liminar esta Coordenadoria opina **provimento do pleito liminar**, a fim de que o certame não prossiga sem a adequação do seu instrumento convocatório, nos termos do presente relatório, e a consequente republicação do edital.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, esta Unidade Técnica propõe:

- A **concessão da medida liminar**, para que se abstenha de dar continuidade ao certame até que sejam promovidas as alterações necessárias para sanar os vícios identificados, conforme determinações propostas.
- A **intimação** dos responsáveis para apresentar as informações e documentos solicitados, bem como os demais motivações e esclarecimentos que entender cabíveis acerca dos apontamentos da denúncia e das irregularidades identificadas por esta Unidade Técnica.
- Em casos de anulação ou revogação do certame em epígrafe e promoção e elaboração de novo edital de licitação com objeto idêntico ou similar ao ora analisado, **comunicar** a este Tribunal de Contas, remetendo sua cópia para exame, após a publicação.

À consideração superior,

CFCP, aos 01 de abril de 2024.

Jonas Vale Lara
TC 3204-0
Analista de Controle Externo



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações - CFCP



Romário Teles Rochas
TC 3398-4
Analista de Controle Externo

Mayara Caroline de Oliveira
TC 3197-3
Analista de Controle Externo