

MENEZES
NIEBUHR

ADVOGADOS
ASSOCIADOS

ESTUDO

**MODELAGEM DE CONTRATUALIZAÇÃO DE
PROJETO DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA
PARA PRÉDIOS PÚBLICOS**

CONSÓRCIO MN ADVOCACIA | AGES

Joel de Menezes Niebuhr

Coordenador

Cauê Vecchia Luzia

Especialista Jurídico

Luiz Magno Pinto Bastos Junior

Especialista Jurídico

Rodrigo Aguiar Lopes

Especialista em EE

José Zloccowick

Técnico em EE

MENEZES NIEBUHR Advogados Associados S/S

Rodovia José Carlos Daux (SC-401), n. 4.756
Office Park Empresarial, Bloco 2, Ático
Florianópolis/SC, CEP 88.032-005

AGES Consultoria e Projetos Ltda

Rua Dr. Barcelar, n. 368
Edifício Barcelar Work Center, conjunto 14
São Paulo/SP, CEP 04.530-000

Projeto BRA/09/G31 – Transformação de Mercado para Eficiência Energética no Brasil



Ministério
do Meio
Ambiente



PROGRAMA DE
EFICIÊNCIA
ENERGÉTICA



ESTUDO JURÍDICO

Sumário

I. ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS.....	1
I.1. Afirmação de Escopo	2
I.2. Contextualização Geral.....	4
I.3. Glossário e Base Elementar de Informações	11
II. MODELAGEM DE CONTRATUALIZAÇÃO DE PROJETO DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA À LUZ DO REGIME DE DIREITO PÚBLICO	16
II.1. Considerações Iniciais sobre a Celebração de Contrato de Desempenho Energético no Âmbito do Programa de Eficiência Energética (PEE)	17
II.2. Análise das Vulnerabilidades para os Clientes Públicos no Âmbito do Programa de Eficiência Energética (PEE)	21
II.3. Revisão do Processo Seletivo para Clientes Públicos	23
II.4. Não Penalização das Distribuidoras Acaso não Consigam Utilizar os Recursos da Conta Contábil de Eficiência Energética em Razão de Questionamentos dos Órgãos de Controle ou de Terceiros sobre os Processos de Licitação de Clientes Públicos.....	32
II.5. Respostas quanto às Condições do Contrato de Desempenho Energético	35
(a) Modelo Proposto: Amplitude do Contrato de Desempenho Energético e Previsão de Cláusula Resolutiva.....	35
(b) Prazo de Vigência do Contrato de Desempenho e Cronograma de Desembolso.....	36
(c) Parâmetros para Análise Financeira e Orçamentária do Projeto	40
(d) Ressarcimento pelo Cliente Público dos Investimentos	41
(e) Operação Patrimonial Derivada das Benfeitorias Implementadas.....	43
(f) Aspectos Orçamentários, Financeiros e Contábeis do Contrato de Desempenho	46
II.6. Nota Introdutória sobre a Contratação da Executora à Luz do Regime Jurídico Público	52
II.7. Responsável pela Contratação da Execução do Projeto de Eficiência Energética	53
II.8. A Modelagem Privada para a Contratação de Execução dos Projetos de Eficiência Energética	55
II.9. Os Reflexos e Anteparos para a Aplicação por Clientes Públicos da Modelagem dos Clientes Privados	61
II.10. Aspectos Destacados Relacionados à Licitação Pública para a Execução do Programa de Eficiência Energética	74
(a) Modalidades de Licitação	74
(b) Sistema de remuneração	77
(c) Resolução de controvérsias por meio de arbitragem.....	83
(d) Programa de integridade.....	84
III. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
Bibliografia.....	93
ANEXOS.....	97

I. ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS

I.1. Afirmação de Escopo

1. O escopo deste Estudo é centrado na modelagem de um regime de contratualização pautada em desempenho energético (Contrato de Desempenho Energético) para Clientes Públicos, amparado pela Lei Federal n. 8.666/1993 e com recursos do Programa de Eficiência Energética (PEE) da ANEEL. As proposições abrangem os aspectos jurídicos, orçamentários e financeiros do modelo contratual a ser adotado, de acordo com o Produto I do Contrato de Prestação de Serviços de Consultoria Profissional n. BRA10-35229-35230/2017:

Produto 1 - Estudo contendo fundamentação jurídica, orçamentária e financeira para a implementação do contrato de desempenho em projetos no setor público no âmbito do PEE, contendo: a) análise da lei n. 8.666 (Projeto Básico, Crédito orçamentário, Prazo de vigência do contrato; Operação patrimonial), LRF e demais legislações aplicáveis; b) requisitos relacionados às auditorias energéticas; c) responsabilidades de contratados e contratante; d) parâmetros para análise financeira e orçamentária do projeto; e) soluções orçamentárias e minutas de acordos, contratos e documentação necessários.

2. O Programa de Eficiência Energética prevê duas modalidades contratuais, o Contrato a Fundo Perdido e o Contrato de Desempenho Energético. No primeiro, Contrato a Fundo Perdido, o Cliente, quem recebe os recursos, não tem a obrigação de ressarcir-los nem de oferecer contrapartida. No segundo, Contrato de Desempenho Energético, deve haver previsão de ressarcimento dos investimentos em razão da redução do custo de energia ou da demanda do consumo de uso final de energia.

3. O Estudo centra-se no Contrato de Desempenho Energético, conforme escopo definido no Projeto BRA/09/G31. No entanto, a maior parte das considerações deste Estudo podem ser aplicadas aos Contratos a Fundo Perdido. Não se aplicam, em linhas gerais, apenas as considerações atinentes ao ressarcimento dos investimentos, o que é próprio, repita-se, dos Contratos de Desempenho Energético.

4. O Estudo também é restrito à tipologia Poder Público que, no âmbito regulamentar do Programa de Eficiência Energética (PEE), refere-se aos “projetos realizados em instalações de responsabilidade de pessoa jurídica de direito público”^{1 2}. Veja-se que o projeto não precisa realizar-se, necessariamente, em prédio pertencente à pessoa jurídica de direito público. O prédio deve ser “de responsabilidade de pessoa jurídica de direito público”, que é coisa diferente da propriedade.

5. O Estudo não envolve Clientes Privados, ainda que mantenham relações ou estejam conectados com o Poder Público. Aborda-se, no entanto, a modelagem contratual dos Clientes Privados como forma de subsidiar as soluções sugeridas para a modelagem dos Clientes Públicos.

6. O Estudo, para além de aspectos descritivos, propôs-se a realizar apreciação crítica sobre todas as etapas da contratação de Clientes Públicos no âmbito do Programa de Eficiência Energética, com o propósito de identificar vulnerabilidades e soluções. Algumas das soluções passam por alteração das normas regulamentares da ANEEL. Acaso se entenda conveniente, a Consultoria propõe-se a redigir minutas com os ajustes nos dispositivos regulamentares.

7. A análise crítica e a identificação das vulnerabilidades foram baseadas em entrevistas, no acompanhamento que é realizado pela Consultoria do projeto de *retrofit* da ANEEL e da experiência dos Consultores. Sobre as entrevistas, a Consultoria encaminhou cinco questionários, para cinco pessoas diferentes, com experiências diferentes no tocante ao Programa de Eficiência Energética. Infelizmente, apenas três questionários foram respondidos. Os três são anexados ao presente Estudo.

¹ ANEEL. **Regulamento da ANEEL do Programa de Eficiência Energética** (aprovado pela Resolução Normativa n. 300/2008).

² As pessoas jurídicas de Direito Público são aquelas especificadas pelo artigo 41 do Código Civil, nos seguintes termos: “Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei”.

I.2. Contextualização Geral

8. A Política Nacional de Energia expressa a priorização na implementação de programas e ações voltados ao consumo racional de insumos energéticos, atualmente consolidados no Plano Nacional de Energia 2030 (PNE-2030)³. Suas diretrizes engajam de forma coordenada e propositiva os esforços de órgãos governamentais, agências multilaterais, agentes de mercado e entidades da sociedade no planejamento, formulação e implementação de medidas destinadas à conservação energética. A Política abrange os segmentos de petróleo e derivados, gás natural, cana-de-açúcar e eletricidade em relação a todas as cadeias produtivas e segundo uma perspectiva integrada dos recursos disponíveis.

9. Uma das principais orientações fixadas pelo PNE-2030 refere-se à adoção de práticas de efficientização no consumo de energia. As premissas e diretrizes desse tema foram solidificadas pelo Ministério de Minas e Energia (MME) no volume da Política Nacional de Eficiência Energética⁴ e no Plano Nacional de Eficiência Energética (PNEf)⁵, que prescrevem os seguintes objetivos:

- (i) Estabelecimento de projetos prioritários e consistentes, a serem conduzidos sob orientação do MME, em articulação com os demais agentes de Governo.
- (ii) Inserção da eficiência energética no planejamento do setor energético, em consonância com a Matriz Energética Nacional (MEN), o Plano Nacional de Energia (PNE) e o Plano Decenal de Energia Elétrica (PDEE).
- (iii) O planejamento estratégico e a definição de ações prioritárias dos Programas Nacionais de Conservação de Energia – PROCEL e CONPET e outros que venham a ser definidos para áreas específicas.

³ BRASIL (Empresa de Pesquisa Energética). **Plano Nacional de Energia 2030**. Rio de Janeiro: EPE, 2007. Disponível em <http://www.epe.gov.br/PNE/20080111_1.pdf>. Acesso em: 2017.

⁴ BRASIL (MME – Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético). **PNE 2030: Eficiência Energética**. Brasília: MME, 2007. Disponível em <http://www.epe.gov.br/PNE/20080512_11.pdf>. Acesso em: 2017.

⁵ BRASIL (MME – Departamento de Desenvolvimento Energético). **Plano Nacional de Eficiência Energética (PNEf): Premissas e Diretrizes Básicas**. Brasília, 2011. Disponível em <<http://www.mme.gov.br/documents/10584/1432134/Plano+Nacional+Efici%C3%Aancia+Energ%C3%A9tica+%28PDF%29/74cc9843-cda5-4427-b623-b8d094ebf863?version=1.1>>. Acesso em: 2017.

(iv) A formulação de mecanismos regulatórios eficazes e de instrumentos de fiscalização pelas agências de regulação do setor energético – ANEEL e ANP.

(v) A concessão de financiamentos pelos agentes financeiros oficiais em consonância com as diretrizes e linhas de ação estabelecidas.

(vi) A política de pesquisa e desenvolvimento (P&D) para a área de eficiência energética por meio da articulação dos recursos e das instituições envolvidas.

(vii) A concepção e a implementação de projetos de eficiência energética das empresas distribuidoras do setor, em cumprimento aos regulamentos estabelecidos pelas agências reguladoras.

10. Para o setor elétrico, os esforços de efficientização convergem no sentido de estimular a redução do consumo no uso final, pressupondo a implementação de equipamentos e tecnologias com maior grau de eficiência no atendimento das demandas da sociedade. O Programa de Eficiência Energética para o setor elétrico centra-se em medidas na ponta da cadeia produtiva.

11. Nesse contexto, a Lei Federal n. 9.991/2000 institui parâmetros cogentes para a realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das Distribuidoras de Energia Elétrica. Dentre outros aspectos, a Lei estabelece a obrigatoriedade para as concessionárias e permissionárias verterem parcela de suas receitas operacionais líquidas ao financiamento de projetos de conservação de energia. Os objetivos da Lei são bastante claros no sentido de criar mecanismo para viabilizar materialmente a implementação de medidas junto aos consumidores finais.

12. A implementação de ações no âmbito do Programa de Eficiência Energética (PEE) da ANEEL envolve uma pluralidade de agentes. As relações firmadas são encadeadas e formalizadas em vínculos contratuais submetidos a regimes jurídicos distintos. Os *stakeholders* dessa cadeia são os seguintes:

(i) Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL): Órgão de supervisão e fiscalização na execução do Programa de Eficiência Energética (PEE) pelas Distribuidoras. Nos termos estabelecidos pela Lei Federal n. 9.991/2000 e pela Resolução ANEEL n. 556/2013, a Agência reúne as seguintes competências:

- Estabelecer as diretrizes da política pública de fomento à implementação do Programa de Eficiência Energética (PEE);

- Supervisionar os Projetos de Eficiência Energética eleitos pelas Distribuidoras;
- Avaliar os relatórios finais submetidos pelas Distribuidoras quanto aos Projetos de Eficiência Energética implantados;
- Validar os resultados das Medições e Verificações (M&V) submetidos pelas Distribuidoras sobre os projetos implantados;
- Realizar a avaliação final dos projetos implantados;
- Exercer ampla fiscalização sobre a execução do Programa de Eficiência Energética (PEE);
- Realizar o acompanhamento e monitoramento de longo prazo acerca do atingimento das metas da Política Nacional de Eficiência Energética.

(ii) Distribuidora de Energia Elétrica: Agente financiador para implantação de Projeto de Eficiência Energética. Nos termos do manual de Procedimentos do Programa de Eficiência Energética (ProPEE), a Distribuidora acumula as seguintes responsabilidades:

- Realizar os ciclos dos processos destinados à seleção de Projetos de Eficiência Energética no uso final;
- Julgar a viabilidade técnica e econômica dos Projetos de Eficiência Energética a partir dos Estudos preliminares e Diagnóstico Energético;
- Alimentar o Sistema de Gestão do PEE (SGPEE) com os relatórios de medição e verificação, auditorias contábil e financeira e relatório final dos projetos incentivados;
- Celebrar Contrato de Desempenho Energético com o proponente;
- Financiar a implementação das ações e intervenções de eficiência energética;
- Realizar as auditorias contábeis e financeiras dos projetos executados;
- Elaborar relatórios finais dos projetos implementados;
- Avaliar os resultados das Medições e Verificações (M&V) realizadas sobre os projetos implementados;
- Fiscalizar a regularidade na implementação de Projetos de Eficiência Energética.

(iii) Consumidores: Clientes públicos e privados tomadores dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica e submetidos aos regimes de tarifação estabelecidos pelas concessionárias e permissionárias. No âmbito do Programa de Eficiência Energética (PEE), assumem as seguintes responsabilidades:

- Promoverem a elaboração dos Estudos preliminares e dos Diagnósticos Energéticos de suas unidades;
- Celebrar acordo de intenções e apresentar proposta nos procedimentos de seleção de projetos;
- Celebrar contrato de execução e viabilizar a implementação das ações de eficiência energética em sua unidade consumidora.

(iv) Empresa Executora: Empresa de engenharia dedicada às atividades de planejamento e execução das obras e serviços de implementação de Projetos de Eficiência Energética. O manual de Procedimentos do Programa de Eficiência Energética (ProPEE) atribui às executoras os seguintes encargos:

- Elaborar os Estudos preliminares, pré-diagnósticos e diagnósticos energéticos segundo critérios técnico-econômicos pertinentes;
- Participar, facultativamente, dos chamamentos públicos promovidos pelas Distribuidoras de Energia Elétrica;
- Celebrar contrato de execução e realizar as obras e serviços de engenharia necessários à implementação do Projeto de Eficiência Energética;
- Realizar os procedimentos de Medição e Verificação (M&V) com vistas à determinação das economias geradas.

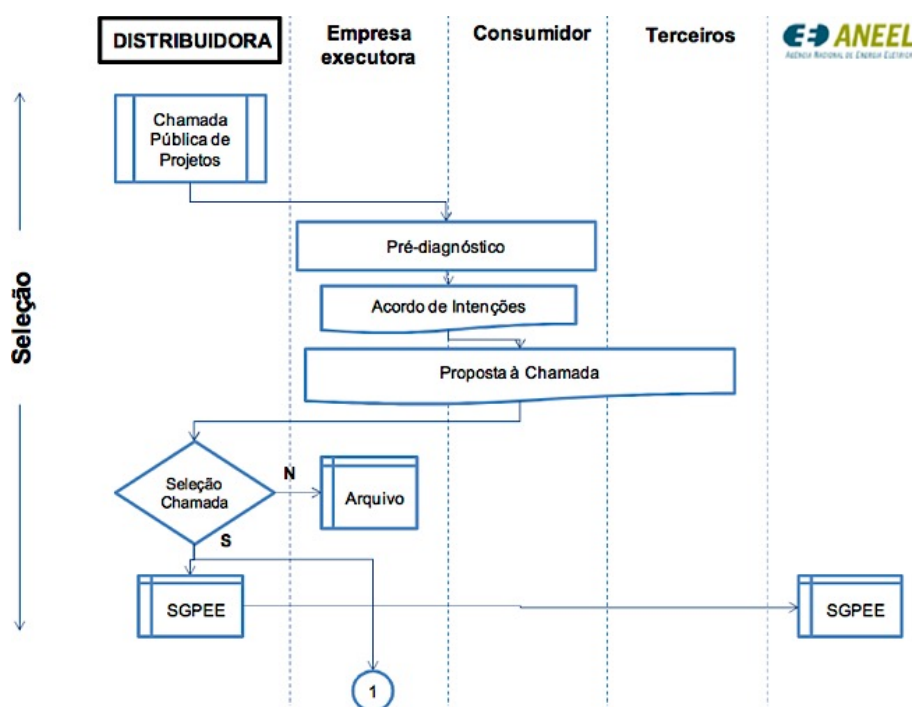
(v) Fornecedores e Prestadores (Terceiros): Indústrias e empresas que comercializam tecnologias e/ou executam as intervenções necessárias à implementação do Projeto de Eficiência Energética. No contexto do Programa de Eficiência Energética (PEE), sua participação envolve:

- Fornecimento de insumos de alta performance energética para a implantação do Projeto de Eficiência Energética;
- Fornecimento de mão de obra qualificada para a execução das intervenções na edificação;
- Em alguns casos, a instalação de equipamentos e tecnologias de acordo com o cronograma executivo das obras;
- Assegurar assistência técnica e garantia legal dos equipamentos e tecnologias fornecidos.

13. Nesse contexto, o Programa de Eficiência Energética (PEE) confia aos *stakeholders* atribuições voltadas a promover o uso eficiente e racional de energia elétrica no final dos diversos setores da economia, por meio de apoio a projetos que disseminem a

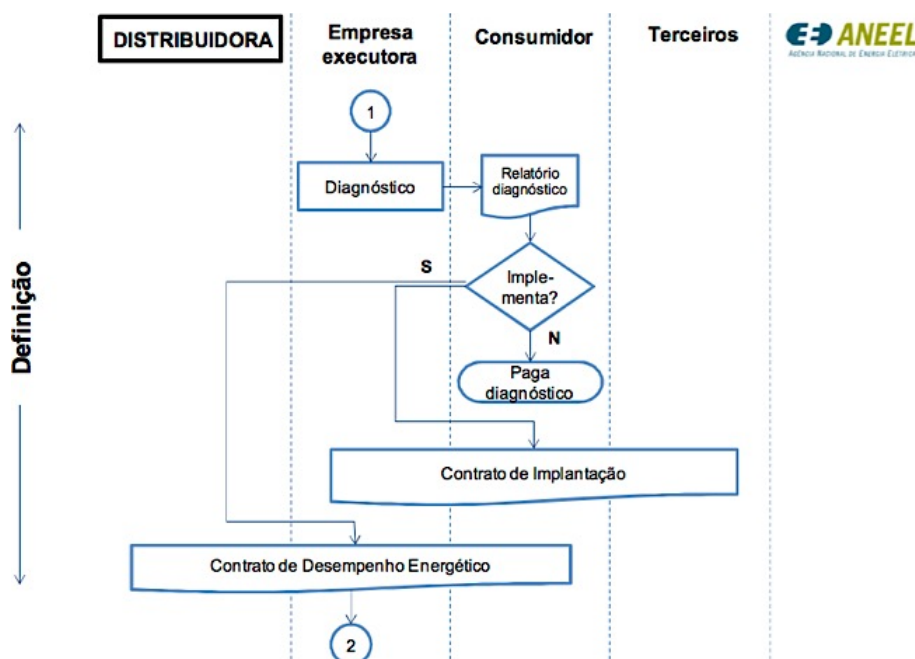
cultura de combate ao desperdício e medidas que assegurem a efficientização de equipamentos, processos e usos finais.

14. Nesse contexto, o manual de Procedimentos do Programa de Eficiência Energética (ProPEE)⁶ prescreve as diretrizes determinativas para implementação do programa, iniciando com etapa seletiva pelo seguinte fluxograma:



15. Após a conclusão do processo seletivo e o envio dos dados do projeto no Sistema de Gestão do PEE (SGPEE), tem início a etapa de detalhamento do projeto:

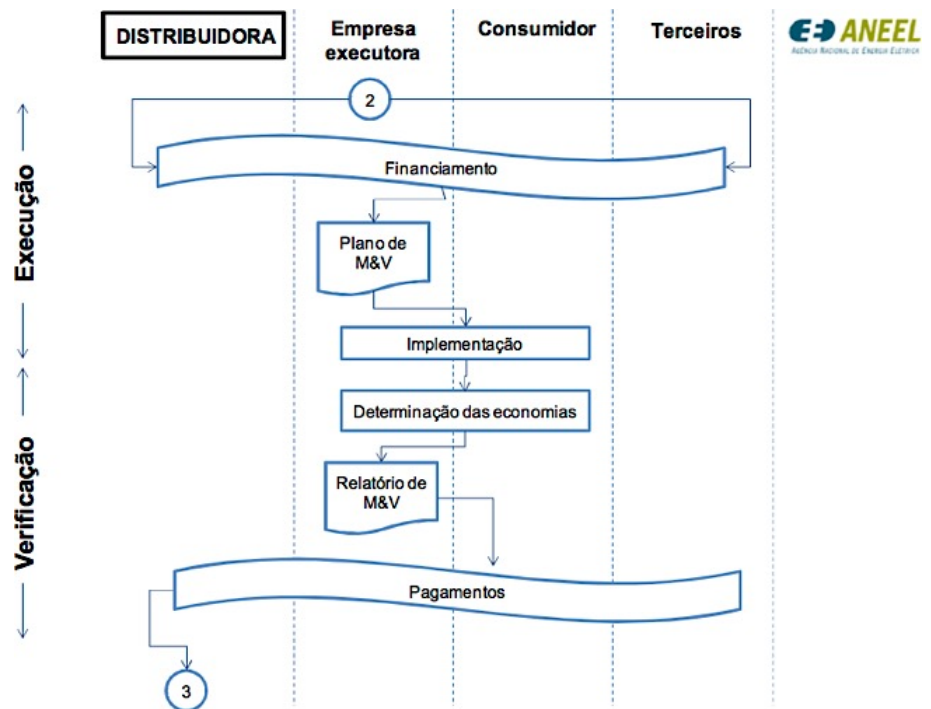
⁶ ANEEL. **Procedimentos do Programa de Eficiência Energética (ProPEE)**. Brasília, 2013. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/programa-eficiencia-energetica>>. Acesso em: 2017.



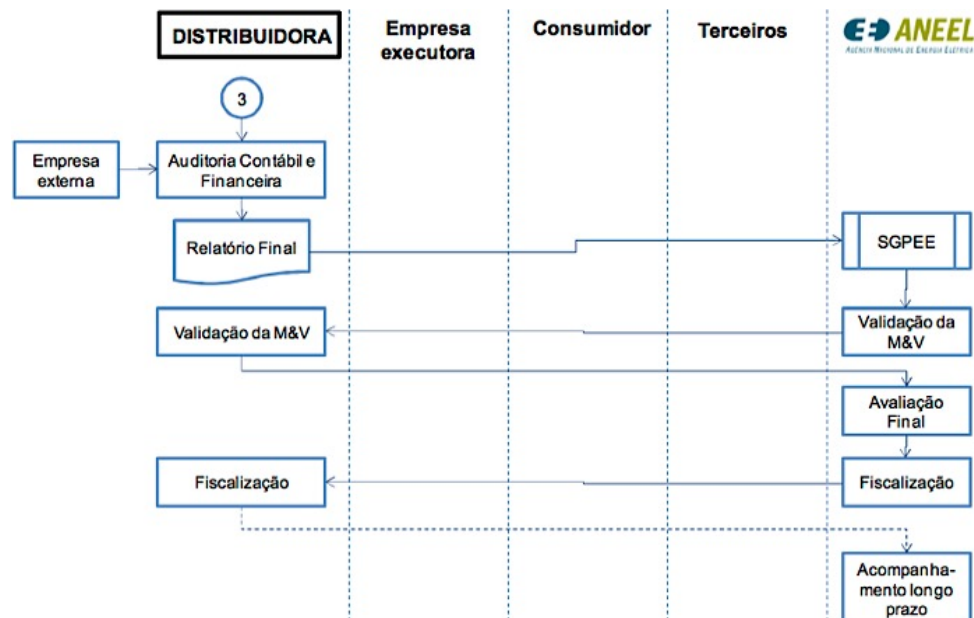
16. Ao final dessa etapa conceitual, projetam-se duas relações contratuais inter-relacionadas, a saber: uma celebrada entre o Cliente e a Empresa Executora, tendo como objeto a implementação do Projeto de Eficiência Energética; e, a outra celebrada entre a Distribuidora e o Cliente, regulando a transferência dos recursos e o ressarcimento dos investimentos, se for o caso.

17. A modelagem da relação firmada entre o Cliente e a Empresa Executora deve ser condicionada pelo regime jurídico inerente às suas partes. Ou seja, no caso de Cliente Privado, essa contratação será regida pelo Direito Civil. Ao passo que, tratando-se de Cliente Público, a relação submeter-se-á ao regime de Direito Administrativo incidente.

18. Em continuidade, após a formalização das relações contratuais derivadas do processo seletivo, o Projeto de Eficiência Energética eleito e contratado passa às etapas de execução e de verificação:



19. Por fim, os agentes do Programa de Eficiência Energética (PEE) se ocupam com as verificações de regularidade do projeto:



I.3. Glossário e Base Elementar de Informações

20. As terminologias adotadas neste Estudo estão alinhadas às nomenclaturas usuais empregadas no manual de Procedimentos do Programa de Eficiência Energética (ProPEE) da ANEEL, cabendo destacar os seguintes elementos:

- Programa de Eficiência Energética (PEE): Programa destinado a promover o uso eficiente e racional da energia elétrica em todos os segmentos da sociedade e da economia, instrumentalizado por planos e ações de combate ao desperdício e de melhoria no uso final de energia.
- Distribuidora de Energia Elétrica (Distribuidora): Empresa estatal ou privada delegatária do serviço público de distribuição de energia elétrica em determinada área territorial, responsável pela transmissão de energia elétrica de forma pulverizada para os consumidores finais.
- Chamada Pública de Projetos (CPP): Procedimento realizado pelas Distribuidoras de Energia Elétrica com vistas à seleção de Projetos de Eficiência Energética no uso final, dentro de critérios técnico-econômicos de elegibilidade definidos em edital público, a serem custeados com recursos do Programa de Eficiência Energética (PEE).
- Cliente Público: Órgão ou entidade da Administração Pública Direta e Indireta detentor, proprietário ou usuário de Prédio Público (Tipologia Poder Público) objeto do Projeto de Eficiência Energética.
- Prédio Público: Edificação de tipologia Poder Público elegível à implantação de Projeto de Eficiência Energética mediante contratualização pautada em resultados e desempenho.
- Empresa de Serviço de Conservação de Energia (ESCO): Empresas de Engenharia com *know how* e *expertise* voltados ao planejamento executivo e à intervenção técnica para implantação de soluções de mitigação de desperdícios e medidas de conservação de energia.

- Diagnóstico Preliminar: Avaliação prévia de viabilidade para implantação do Projeto de Eficiência Energética, elaborada com base em Estudos técnicos preliminares, resultando na estimativa do investimento em ações de eficiência energética, na economia de energia e na redução da demanda de carga relacionadas.
- Diagnóstico Energético: Avaliação detalhada das oportunidades de eficiência energética na edificação, a partir de critérios técnico-econômicos, compreendendo os elementos necessários e suficientes para a implantação do Projeto de Eficiência Energética com o detalhamento da metodologia das intervenções para implantação das ações de eficiência energética, detalhamento dos investimentos, indicadores de resultados (economia de energia e redução da demanda de carga), índices de Energia Atual Economizada (EE), Redução de Demanda na Ponta (RDP) e da Relação de Custo-Benefício (RCB), análise de viabilidade e metodologia de medição e verificação a ser adotada.
- Licitação: Processo formal, regido pela Lei Federal n. 8.666/1993, realizado pelo Cliente Público destinado à contratação de empresa ou consórcio de empresas para concepção e implantação de Projeto de Eficiência Energética no Prédio Público.

21. Para assegurar a mais adequada abordagem sobre a forma de contratação baseada no desempenho energético e financeiro do projeto, buscando apreender o estado da arte do Programa de Eficiência Energética (PEE) e do regime de contratações públicas, o presente Estudo pauta-se na seguinte base elementar de informações:

- Lei Federal n.º 9.991/2000, que dispõe sobre realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética, e respectivos regulamentos;
- Lei Federal n. 10.295/2001, que dispõe sobre a Política Nacional de Conservação e Uso Racional de Energia, e seu regulamento;
- Lei Federal n. 12.212/2010, que dispõe sobre a tarifa social de energia elétrica;
- Lei Federal n. 13.203/2015, que dispõe sobre a repactuação do risco hidrológico de geração de energia elétrica;

- Resolução Normativa n. 556/2013 da ANEEL, que aprova os procedimentos do programa de eficiência energética.
- Manuais de orientação da ANEEL:
 - Procedimentos do Programa de Eficiência Energética da ANEEL (aprovado pela RN n. 556/2013);
 - Trabalhos de Auditoria Técnica, Contábil e Financeira em Pesquisa e Desenvolvimento e Eficiência Energética (aprovado pela RE n. 316/208 e RN n. 300/2008);
 - Auditoria dos Programas de Eficiência Energética e de Pesquisa e Desenvolvimento Tecnológico do Setor de Energia Elétrica;
 - Contabilidade do Setor Elétrico (MCSE);
 - Responsabilidade Socioambiental;
 - Auditoria das Demonstrações Contábeis Regulatórias.
- Lei Federal n. 8.666/1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, e respectivos regulamentos;
- Lei Federal n. 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal;
- Lei Federal n. 9.074/1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências;
- Lei Federal n. 11.107/2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos;
- Lei Federal n. 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), suas normas complementares e respectivos regulamentos;
- Processo de consulta pública quanto ao anteprojeto de lei proposto pelo MPOG, para regulamentar os contratos de desempenho institucional no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta;
- Lei Federal n. 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

- Lei Federal n. 4.320/1964, que estatui normas de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal;
- Lei Complementar n. 101/2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal;
- Lei Federal n. 9.648/1998, que promove a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS - e de suas subsidiárias;
- Lei Federal n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal;
- Instrução Normativa n. 2/2008 do MPOG, que dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não;
- Instrução Normativa n. 1/2010 do MPOG, que dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional;
- Instrução Normativa n. 10/2012 do MPOG, que estabelece regras para elaboração dos Planos de Gestão de Logística Sustentável de que trata o artigo 16, do Decreto n. 7.746, de 5 de junho de 2012;
- Portaria n. 23/2015 do MPOG, que estabelece boas práticas de gestão e uso de Energia Elétrica e de Água nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional;
- Instrução Normativa n. 2/2014 do MPOG, que dispõe sobre regras para a aquisição ou locação de máquinas e aparelhos consumidores de energia pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e uso da Etiqueta Nacional de Conservação de Energia (ENCE) nos projetos e respectivas edificações públicas federais novas ou que recebam *retrofit*.
- Portaria Interministerial n. 1.877/1985 MME-MDIC, que institui o Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica (PROCEL);

- Regulamento Técnico da Qualidade para o Nível de Eficiência Energética de Edificações Comerciais (RTQ-C) e Requisitos de Avaliação da Conformidade para Eficiência Energética de Edificações (RAC) do Programa Brasileiro de Etiquetagem de Edificações (PBE Edifica);
- Protocolo Internacional de Medição e Verificação (PMIVP) e Procedimentos de M&V do ProPEE

II. MODELAGEM DE CONTRATUALIZAÇÃO DE PROJETO DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA À LUZ DO REGIME DE DIREITO PÚBLICO

II.1. Considerações Iniciais sobre a Celebração de Contrato de Desempenho Energético no Âmbito do Programa de Eficiência Energética (PEE)

22. O inciso I do artigo 5º da Lei Federal n. 9.991/2000⁷ delegou à ANEEL a competência para regulamentar os critérios de aplicação dos investimentos em eficiência energética. No exercício dessa competência, a Agência editou a Resolução Normativa ANEEL n. 556/2013⁸, aprovando os Procedimentos do Programa de Eficiência Energética.

23. O Regulamento da ANEEL estabelece regras quanto à tipologia e elegibilidade dos projetos, procedimentos de avaliação das propostas, regimes de supervisão e fiscalização do programa, metas e objetivos esperados e, ainda, procedimentos de contabilização de custos e apropriação de investimentos. A norma divide-se em 10 módulos temáticos que, conjuntamente, formam um guia procedimental para a aplicação dos recursos.

24. O procedimento prescrito pela ANEEL divide-se em etapas:

- (i) Etapa de seleção e definição dos projetos;
- (ii) Etapa de execução dos projetos;
- (iii) Etapa de verificação, validação e auditoria dos projetos.

25. Dentro desse procedimento prescrito no Regulamento da ANEEL, projetam-se duas relações contratuais inter-relacionadas:

- (i) Relação contratual entre a Distribuidora e o Cliente, cujo objeto é a transferência dos recursos e o ressarcimento dos investimentos, se for o caso;
- (ii) Relação contratual entre o Cliente e a Empresa Executora, cujo objeto é a implementação do Projeto de Eficiência Energética.

⁷ “Art. 5º Os recursos de que trata esta Lei serão aplicados da seguinte forma: I - os investimentos em eficiência energética, previstos no art. 1º, serão aplicados de acordo com Regulamentos estabelecidos pela ANEEL”.

⁸ ANEEL. **Procedimentos do Programa de Eficiência Energética (ProPEE)**. Brasília, 2013. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/programa-eficiencia-energetica>>. Acesso em: 2017.

26. O Regulamento prevê duas espécies de contratos possíveis:

(i) Contratação a Fundo Perdido: Espécie contratual na qual não há retorno ou ressarcimento dos recursos pagos. Essa modalidade é obrigatória para os projetos das tipologias “Gestão Energética Municipal”, “Educacional” e “Iluminação Pública”. Sua aplicação é vedada para as tipologias “Industrial”, “Comercial e Serviços” e “Rural”, sendo opcional para as demais tipologias; e,

(ii) Contrato de Desempenho Energético⁹: Espécie contratual em que há a previsão de cláusula de retorno dos investimentos em montante atrelado à redução do custo ou da demanda de consumo no uso final. Essa modalidade é obrigatória para as tipologias “Industrial”, “Comércio e Serviços” e “Rural”. Sua aplicação é vedada para as tipologias “Gestão Energética Municipal”, “Educacional” e “Iluminação Pública”, sendo opcional para as demais tipologias.

27. A relação contratual estabelecida entre a Distribuidora e os Clientes Públicos dá-se por meio de convênio, embora o instrumento seja denominado *Contrato de Desempenho Energético*. Nos convênios, os interesses das partes são comuns, ocorre a soma de esforços para objetivos convergentes. Em sentido diverso, nos contratos em sentido estrito, os interesses são contrapostos. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles¹⁰, “convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.¹¹

⁹ “O Contrato de Desempenho é aquele celebrado entre o Cliente e a concessionária/permissionária visando à execução de ações de eficiência energética, de modo que o valor do investimento realizado seja recuperado pela redução nos gastos com energia elétrica, em decorrência das ações de eficiência energética realizadas” (ANEEL. **Regulamento da ANEEL do Programa de Eficiência Energética** (aprovado pela Resolução Normativa n. 300/2008).

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 407.

¹¹ Para Carlos Ari Sundfeld, as relações convencionais redundam “ato bilateral por meio do qual pessoas de direito público ou privado ajustam a conjugação de esforços para o atingimento de objetivo comum ou a execução de obra, facultada a denúncia unilateral a qualquer tempo”; e os vínculos contratuais, noutro lado, implicam “atos bilaterais e consensuais reguladores de interesses contrapostos, geradores de efeitos jurídicos e vinculantes para as partes que os celebram” (SUNDFELD, C. A. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 198-199).

28. O Contrato de Desempenho Energético, firmado entre Distribuidora e Cliente Público, desvela interesses comuns. O Contrato de Desempenho Energético, sob a perspectiva jurídica, é uma modalidade ou espécie de convênio.¹²

29. Isso porque, ambas as partes, Distribuidora e Clientes Públicos, somam esforços para promover as políticas públicas de eficiência energética, que se conectam com a proteção ao meio ambiente, cuja competência é comum a todos os entes federativos, portanto para as Distribuidoras, delegadas de serviços públicos federais, e para todos os Clientes Públicos, na forma do inciso VI do artigo 23 da Constituição Federal¹³.

30. O Contrato de Desempenho Energético tem como objeto imediato a alocação de recursos e o apoio financeiro concedido pela Distribuidora ao Consumidor. Seu objeto mediato envolve a efficientização do consumo de energia elétrica no uso final. Entre uma e outra finalidade, o instrumento contempla cláusula de ressarcimento dos investimentos a partir dos resultados alcançados.

31. O Contrato de Desempenho tem suas finalidades centradas num contexto de transferência voluntária de recursos, acrescido de cláusula prevendo o ressarcimento do investimento por meio de parcelas variáveis, apuradas a partir das economias geradas após a implementação do projeto. A particularidade do instrumento reside, então, na cláusula de ressarcimento.

32. A cláusula de ressarcimento pode, então, ser definida pelas Distribuidoras na fase negocial de formalização do instrumento com os Clientes Públicos, observando eventuais condicionantes específicas que lhes sejam aplicáveis no âmbito da concessão ou permissão.

33. É de mencionar que a Resolução Normativa ANEEL n. 556/2003 impõe às Distribuidoras a realização das despesas para os investimentos no Programa de Eficiência

¹² Sobre o tema: TAMBELLINI, Guilherme Luís da Silva. Termo de parceria. Convênio administrativo em sua essência. Instrumento que institui vínculo de cooperação, independentemente do nomen juris a ele atribuído. **Boletim de Licitações e Contratos** (Ministério Público Federal), São Paulo, v. 18, n. 7, p. 504-507, jul. 2005.

¹³ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”.

Energética. Nesse sentido, não devem dispor, na Conta Contábil de Eficiência Energética, em 31 de dezembro de cada ano, montante superior ao investimento obrigatório dos últimos 24 (vinte e quatro) meses, sob risco de serem penalizadas¹⁴.

34. Os Clientes, que firmam contratos de eficiência energética, podem ser Privados ou Públicos. A Resolução Normativa ANEEL n. 556/2003 não prescreve diferenciação substancial nos modelos de contratação para Clientes Públicos e Privados. Por exemplo, ambos os Clientes devem ser selecionados por meio de Chamamento Público, sem distinção de suas condicionantes e exigências¹⁵.

35. Sem embargo disso, a modelagem da relação firmada entre o Cliente e a Empresa Executora depende da natureza jurídica dos contratantes, se vinculados ou não à Administração Pública. Se for Cliente Privado, não vinculado à Administração Pública, a relação contratual é regida pelo Direito Privado. Se for Cliente Público, vinculado à Administração Pública, a relação contratual é regida pelo Direito Público.

36. Há ainda as situações em que o Cliente é Privado, porém mantém relação ou está conectado à Administração Pública, como é o caso das empresas públicas, sociedades de economia mista, entidades profissionais e Sistema S. Nessas situações, o regime contratual é de Direito Privado, porém, com maior ou menor intensidade, tal regime sofre influxos do Direito Público.

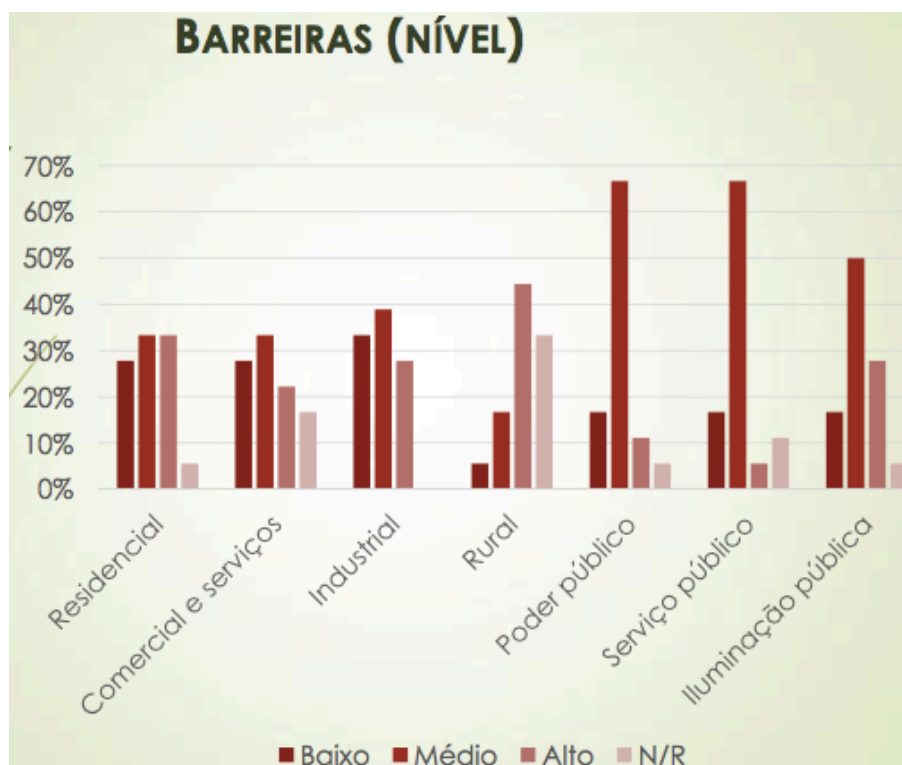
¹⁴ “Art. 7º A concessionária ou permissionária de distribuição de energia elétrica que acumular, em 31 de dezembro de cada ano, na Conta Contábil de Eficiência Energética montante superior ao investimento obrigatório dos últimos 24 (vinte e quatro) meses, incluindo o mês de apuração, estará sujeita às penalidades previstas na Resolução Normativa n. 63, de 12 de maio de 2004”.

¹⁵ “Art. 9º As concessionárias ou permissionárias de distribuição de energia elétrica deverão realizar Chamada Pública para seleção de projetos, uma vez por ano, a partir de 24 (vinte e quatro) meses da data de publicação desta Resolução”.

II.2. Análise das Vulnerabilidades para os Clientes Públicos no Âmbito do Programa de Eficiência Energética (PEE)

37. O Cliente Público submete-se a regime jurídico especial, composto por um conjunto de restrições e formalidades, que se revelam como barreiras para a contratação no âmbito do Programa de Eficiência Energética.

38. Tais barreiras foram confirmadas e quantificadas pela Consultoria GIZ (*Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit*), em estudo realizado no ano de 2015¹⁶, cujas conclusões apontam que mais de 60% das intenções de implantação de ações de eficiência energética pelo setor público não se concretizam. O estudo indica que as tipologias “Poder Público”, “Serviço Público” e “Iluminação Pública” são os setores mais prejudicados:



¹⁶ GIZ. Editais, Questionários e Entrevistas sobre CPPs. Apresentação de consultoria, Salvador e Rio de Janeiro, 29 nov. 2015.

39. De forma objetiva e empírica, os Clientes Privados encontram cenário mais favorável para contratarem no âmbito do Programa de Eficiência Energética. De uma maneira geral, em razão de reuniões, entrevistas, literatura e experiências dos consultores, identificaram-se três grandes barreiras para a contratação de Clientes Públicos, que desvelam vulnerabilidades do Contrato de Desempenho Energético:

(i) Os Clientes Públicos, geralmente, não dispõem de especialistas em energia e encontram dificuldades para contratar terceiros para realizar os estudos e reunir a documentação necessária para participar dos processos de Chamamento Público. Daí que, uma das soluções para ampliar a contratação de Clientes Públicos, é a revisão dos processos seletivos no âmbito do Programa de Eficiência Energética, estabelecendo-se procedimentos próprios, com requisitos padronizados e distintos dos processos seletivos dos Clientes Privados.

(ii) As Distribuidoras, conforme artigo 7º da Resolução Normativa ANEEL n. 556/2003, precisam utilizar os recursos da Conta Contábil de Eficiência Energética em prazo específico, sob pena de serem sancionadas. Os Clientes Privados contratam com mais agilidade e praticamente não há riscos de questionamentos por parte de terceiros. Os Clientes Públicos precisam realizar licitação, o processo é lento e usualmente questionado por órgãos de controle ou por terceiros. Ou seja, para as Distribuidoras é melhor contratar Clientes Privados, porque os riscos são bem menores. Nesse sentido, a solução seria estimular a contratação de Clientes Públicos. A sugestão é eximir as Distribuidoras de penalidades quando os prazos dos Clientes Públicos não são cumpridos em razão de questionamentos dos órgãos de controle ou de terceiros.

(iii) Os modelos tradicionais de contratação dos Clientes Públicos, baseados na Lei Federal n. 8.666/1993, não se ajustam aos modelos de contratos no âmbito do Programa de Eficiência Energética. A solução é a definição de novos modelos contratuais inspirados nas práticas dos Clientes Privados. Sem descuidar da legalidade, devem-se procurar fórmulas e soluções contratuais mais simples que as atualmente adotadas.

40. Passa-se a abordar, em pormenor, essas três barreiras e proposições para soluções.

II.3. Revisão do Processo Seletivo para Clientes Públicos

41. Atualmente, o Contrato de Desempenho Energético pressupõe a prévia seleção da proposta por meio de Chamamento Público e detalhamento das ações de eficiência energética (artigo 9º da Resolução Normativa ANEEL n. 556/2013). A opção pela metodologia apoiou-se na ideia de “propiciar maior transparência e participação social no Programa, assim como otimizar a alocação de seus recursos”¹⁷.

42. Isso significa que o acesso aos recursos disponíveis no âmbito do Programa de Eficiência Energética (PEE) depende da seleção de projeto em Chamamento Público realizado pela Distribuidora. O Regulamento da ANEEL declara a obrigatoriedade da realização de Chamada Pública para a concessão de financiamento a projeto:

4.3. A partir de 24 (vinte e quatro) meses a contar da data de publicação da Resolução Normativa que aprova o PROPEE, a seleção de projetos do PEE deverá ser realizada por meio de Chamada Pública, uma vez por ano, nos termos da seção 3.2.

[...]

4.5. As chamadas públicas serão feitas para as tipologias descritas no Módulo 4 - Tipologias de Projeto, exceto para Baixa Renda, Educacional e Gestão Energética Municipal, ou seja:

Tabela 2 – Tipologias para Chamadas Públicas de Projeto
Industrial
Comércio e Serviços
Poder Público
Serviços Públicos
Rural
Residencial
Iluminação Pública

¹⁷ O relatório e voto apresentado pelo Diretor André Pepitone da Nóbrega quanto ao resultado da Audiência Pública n. 73/2012 prescreve as seguintes justificativas: “17. Com vistas a propiciar maior transparência e participação social no Programa, assim como otimizar a alocação dos seus recursos, foi instituída a Chamada Pública de Projetos, como obrigatória para todas as Distribuidoras a partir de vinte e quatro meses a contar da data de publicação da nova Resolução. 18. Essa ação tem por objetivo aumentar o incentivo à participação de consumidores e ESCOs, dar mais transparência às decisões das Distribuidoras na realização de projetos, priorizar o investimento de acordo com o perfil de mercado de cada empresa, conforme critérios definidos pela ANEEL”. (ANEEL: Processo 48500.003786/2012-54, SPE, 18 jun. 2013).

4.6. Caso não haja ofertas qualificadas de projetos suficientes para atender ao recurso disponibilizado, a Distribuidora deverá elaborar projetos diretamente com os consumidores.

43. A participação em Chamamento Público pressupõe a apresentação por parte dos interessados, Clientes Públicos ou Privados, de diversos documentos técnicos relativamente complexos, como Diagnóstico Preliminar, Propostas Técnica e Orçamentária, Diagnóstico Energético e Relatório de Diagnóstico. Na prática, antes da formalização do Contrato de Desempenho e de acesso aos recursos do Programa de Eficiência Energética, apenas para participar do Chamamento Público, os Clientes precisam verter esforços e recursos para a elaboração dos sobreditos documentos técnicos.

44. Para ser mais preciso, a ANEEL oferece parâmetros e concede certo grau de liberdade para as Distribuidoras definirem os requisitos do Chamamento Público. É possível que ele ocorra em uma ou seja dividido em duas etapas. De acordo com o Guia Prático da ANEEL¹⁸:

3.5 Etapas e prazos

O prazo de execução do Edital dependerá da decisão da distribuidora de como desenvolverá a CPP:

- (i) em uma única etapa (diagnóstico energético) ou
- (ii) em duas etapas (pré-diagnóstico e diagnóstico energético).

45. Em linha de síntese, ou o Chamamento Público realiza-se em etapa única, com base no Diagnóstico Energético, ou em duas etapas, a primeira centrada no Pré-Diagnóstico e a segunda no Diagnóstico Energético. O Módulo 3 do Regulamento da ANEEL oferece as diretrizes sobre o conteúdo do Pré-Diagnóstico e do Diagnóstico Energético:

3.2.2. As empresas proponentes (ou a distribuidora) avaliam em cada instalação as ações de eficiência energética viáveis por meio de um pré-diagnóstico.

3.2.2.1. No caso da Chamada Pública de Projeto, para que o proponente possa apresentar a sua proposta, o pré-diagnóstico antecede a Chamada.

¹⁸ ANEEL. **Guia Prático de Chamadas Públicas para Distribuidoras**. Brasília, 2016. Disponível em <http://www.aneel.gov.br/documents/656831/15104008/Guia+CPP+Distribuidoras.pdf/5a486b1a-8741-471c-bc57-83fce8c60ff7?version=1.0>.

3.2.3. Como resultado, o pré-diagnóstico deve apresentar um relatório contendo, entre outros pontos definidos pela distribuidora, uma estimativa do investimento em ações de eficiência energética, economia de energia (e/ou redução de demanda na ponta) e valor do diagnóstico para definição e descrição das ações de eficiência energética que serão implementadas.

[...]

3.3.1. Os projetos selecionados para implantação passam à fase de diagnóstico.

3.3.2. O diagnóstico se inicia com base no “Acordo de Intenções” mencionado no item 3.2.4 a) acima.

3.3.3. Como resultado, o diagnóstico deve apresentar um relatório contendo, entre outros pontos definidos pela distribuidora, a descrição detalhada de cada ação de eficiência energética e sua implantação, o valor do investimento, economia de energia (e/ou redução de demanda na ponta) relacionada (estimativa ex-ante), análise de viabilidade, estratégia de medição e verificação, incluindo o modelo para o consumo de referência, segundo o Módulo 8 – Medição e Verificação dos Resultados.

3.3.3.1. As informações mínimas que deverão ser enviadas à ANEEL estão mais detalhadas no Módulo 4 - Tipologias de Projeto (de acordo com as tipologias em que se enquadrar o projeto em questão).

3.3.4. As diferenças admitidas entre os valores de investimento e economias estimados no pré-diagnóstico e no diagnóstico deverão ser pré-definidas na Chamada Pública de Projetos.

46. O Pré-Diagnóstico representa estudo mais superficial, no entanto deve conter dados técnicos difíceis de serem apurados por quem não é especializado e experiente, como, por exemplo, estimativa de investimento e de economia gerada. O Diagnóstico Energético é mais complexo e deve conter o detalhamento do empreendimento.

47. Quase a totalidade dos órgãos e entidades da Administração Pública não são especializados em energia e, por conseguinte, não reúnem *expertise* necessária para confeccionar, por seus próprios meios, aquele complexo conjunto de diagnósticos e relatórios técnicos. Então, como regra, os Clientes Públicos recorrem ao mercado para produzirem os documentos técnicos. E, para tal objetivo, são obrigados a realizar licitação pública, com todas as suas formalidades e restrições.

48. Para realizar a licitação pública, o inciso III do § 2º do artigo 7º da Lei Federal n. 8.666/1993, combinado com o § 3º do mesmo artigo, prescrevem a obrigatoriedade de previsão de recursos orçamentários:

Art. 7º. [...]

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:
[...]

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

[...]

§ 3º É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica. (Grifo acrescido).

49. O dispositivo supracitado não exige a disponibilidade do numerário financeiro em caixa para a licitação. A condição é que, à época da licitação, a Administração Pública conte com a previsão de crédito orçamentário. E, mais, a norma também não exige que a previsão orçamentária seja referente a recursos próprios. A origem do recurso não importa, desde que seja lícita, evidentemente.

50. O primeiro problema é que, antes da celebração do Contrato de Desempenho Energético, os Clientes Públicos, muitas vezes, não dispõem de estofo orçamentário para deflagrar a licitação. A situação agrava-se em momento de crise econômica, como a atual, em que os Clientes Públicos sofrem com cortes orçamentários.

51. O segundo problema é que os Clientes Públicos, ainda que disponham de orçamento, precisam despender recursos públicos para elaborarem os estudos e documentos técnicos apenas para participar do processo de Chamamento Público, sem garantia alguma de que sejam selecionados. Ou seja, devem remunerar as empresas ou profissionais especializados sem a certeza de serem selecionados. Destinam recursos públicos sem contrapartida garantida.

52. Mais uma vez, essa situação agrava-se diante da crise econômica. Com poucos recursos, preferem direcionar seus investimentos para demandas mais concretas e não apenas para participarem de processo seletivo. Além disso, as economias geradas com eficiência energética não são, na maior parte, experimentadas imediatamente. É necessária, especialmente em prédios públicos, uma série de intervenções físicas, que precisam ser contratadas com terceiros também por meio de licitação pública, o que demanda, com

frequência, bastante tempo. Depois de executadas as intervenções físicas, a economia vem aos poucos, os investimentos são amortizados em anos.

53. Ou seja, sem o orçamento e os recursos do Programa de Eficiência Energética, muitos Clientes Públicos, por limitações orçamentárias, sequer participam do Chamamento Público.

54. A realidade é que Clientes Públicos e Privados são diferentes, sobretudo quanto às suas capacidades na prospecção de oportunidades energéticas. Os Clientes Privados dispõem de recursos e *expertise* técnica para elaborar projetos complexos e detalhados para redução no consumo na ponta e gozam de ampla liberdade para contratarem terceiros. Noutro ângulo, os Clientes Públicos sofrem com limitações informacionais e burocráticas.

55. Nesse contexto, o melhor seria não condicionar a seleção de Clientes Públicos aos mesmos rigores da seleção de projetos privados. Fazem-se duas sugestões: a primeira é que a seleção de Clientes Públicos não seja mais realizada por Chamamento Público. A segunda sugestão, subsidiária, acaso seja mantido o Chamamento Público, é que ele seja realizado para os Clientes Públicos de forma e com requisitos mais simples, que possam ser atendidos pelos Clientes Públicos sem a necessidade da contratação de serviços técnicos especializados.

56. É oportuno tecer considerações jurídicas sobre a desnecessidade de Chamamento Público para a seleção de Clientes Públicos. Como já acentuado, o Contrato de Desempenho tem natureza jurídica de convênio, é uma espécie de convênio.

57. Os convênios são versados no artigo 116 da Lei Federal n. 8.666/1993, cujo texto, em boa medida vago, prescreve a aplicação das disposições da Lei Federal n. 8.666/1993 para os convênios “no que couber...”. Em âmbito federal, os convênios são regulamentados pelo Decreto Federal n. 6.170/2007 e pela Portaria Interministerial MPOG-CGU n. 507/2011, a qual prescreve os seguintes regimes:

DO CHAMAMENTO PÚBLICO OU CONCURSO DE PROJETOS

Art. 7º Para a celebração dos instrumentos regulados por esta Portaria com entes públicos, o órgão ou entidade da Administração Pública Federal **poderá**, com vista a selecionar projetos e órgãos ou entidades públicas que tornem mais eficaz a execução do objeto, realizar chamamento público no SICONV, que deverá conter, no mínimo:

[...]

Art. 8º A formação de parceria para execução descentralizada de atividades, por meio de convênio ou termo de parceria, com entidades privadas sem fins lucrativos **deverá** ser precedida de chamamento público ou concurso de projetos a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem eficaz o objeto do ajuste. (Grifo acrescido).

58. Claramente, o Chamamento Público não é obrigatório para Clientes Públicos. É obrigatório para convênios com entidades privadas. O Tribunal de Contas da União edita uma espécie de Manual sobre Convênios, em que afasta qualquer dúvida:

A realização do chamamento público é **facultada** para os convênios celebrados com estados ou municípios. Essa decisão compete às autoridades responsáveis pela concepção e gestão de cada programa federal. Contudo, se o beneficiário for entidade privada sem fins lucrativos, o chamamento público ou concurso de projetos é obrigatório.¹⁹ (Grifo acrescido).

59. Está-se diante de quatro premissas:

(i) É oportuno e conveniente ampliar a participação de Clientes Públicos no âmbito do Programa de Eficiência Energética;

(ii) Os Clientes Públicos encontram dificuldades para participar das chamadas públicas, muito em razão de deficiências orçamentárias e de recursos financeiros;

(iii) As Chamadas Públicas não seriam, em princípio, obrigatórias para a contratação de Clientes Públicos;

(iv) A ANEEL exige a Chamada Pública para a contratação de Clientes Públicos, na forma do artigo 9º da Resolução Normativa ANEEL n. 556/2013, por liberalidade sua, por avaliação de conveniência e não por imposição ou obrigação legal.

¹⁹ TCU. **Convênios e outros repasses**. 6. ed. Brasília, 2016. p. 21.

60. A conclusão parece lógica: o melhor é que não se exija mais a Chamada Pública para a seleção de Clientes Públicos no Programa de Eficiência Energética, ajustando a redação do artigo 9º da Resolução Normativa ANEEL n. 556/2013.

61. Sugere-se que os Clientes Públicos possam requerer os recursos do Programa de Eficiência Energética a qualquer tempo, livremente, sem maiores formalidades e sem a obrigação de apresentarem documentos técnicos exaurientes. Os Clientes Públicos deveriam apenas apresentar os dados técnicos dos seus prédios, respondendo questionário cujo modelo poderia ser proposto pela própria ANEEL. E as Distribuidoras, que têm *expertise*, fiquem encarregadas de reunir as informações técnicas e realizarem a avaliação inicial sobre a viabilidade técnica e o potencial de eficiência energética de cada pleito, a fim de eleger aqueles contemplados no âmbito do Programa de Eficiência Energética.

62. Acaso a sugestão de acabar com as Chamadas Públicas para Clientes Públicos não seja acatada, subsidiariamente, sugere-se que as exigências para que os Clientes Públicos participem das Chamadas Públicas sejam substancialmente atenuadas. A intenção é fazer com que os Clientes Públicos não precisem direcionar tantos recursos apenas para participarem da Chamada Pública, sobretudo que não precisem contratar terceiros apenas para participar do processo seletivo.

63. Os critérios para a seleção dos Clientes Públicos também precisariam ser simplificados. Atualmente, em consonância com os parâmetros definidos nos Critérios de Seleção para Chamadas Públicas de Projetos estabelecidos pela ANEEL²⁰, os requisitos são os seguintes: (A) relação custo-benefício; (B) economia de escala; (C) peso do investimento em equipamentos no custo total; (D) impacto direto na economia de energia e redução de demanda na ponta; (E) qualidade da apresentação do projeto; (F) capacidade para superar barreiras de mercado e efeito multiplicador; (G) experiência em projetos semelhantes; (H) contrapartida; (I) diversidade de usos finais; e, (J) ações educacionais (treinamento e capacitação).

64. A seleção dos Clientes Públicos, nessa versão simplificada do processo seletivo, seria mais concentrada na relação proporcional entre o volume de recursos disponíveis para todos os projetos de Clientes Públicos, o volume de recursos demandados por cada projeto e o potencial de resultados de redução de custos ou demanda no uso final

²⁰ ANEEL. **Critérios de Seleção de para Chamadas Públicas de Projetos**. Brasília, 2013. Disponível em <<http://www2.aneel.gov.br/arquivos/PDF/CriteriosChamada.pdf>>. Acesso em: 2017.

de cada projeto. Ou seja, deve-se ponderar, de uma forma mais direta, a capacidade de investimento total, a demanda de investimento específica e o resultado específico.

65. Com essas sugestões, extinção ou simplificação do Chamamento Público para os Clientes Públicos, as etapas de definição e elaboração do Diagnóstico Energético e eventuais projetos passam a fazer parte do objeto do Contrato de Desempenho. Ou seja, depois de selecionados, é que os Clientes Públicos devem contratar terceiros para a definição e elaboração dos Projetos de Eficiência Energética, sobretudo do Diagnóstico Energético.

66. Sob essa perspectiva, o ideal é que, dentro do Contrato de Desempenho Energético, os recursos financeiros da Distribuidora assegurados aos Clientes Públicos prestem-se a viabilizar a contratação de todas as etapas dos Projetos de Eficiência Energética. Noutros termos, os Clientes Públicos não precisariam mais aportar recursos próprios para os projetos conceituais (Diagnóstico Preliminar e Energético), que passariam a contar com a disponibilidade financeira do Programa de Eficiência Energética.

67. Nessa situação, os recursos da Distribuidora recebidos pelos Clientes Públicos devem ser contabilizados na espécie “Transferências de Convênios” (Categoria Econômica: Receita de Capital; Origem: Transferências de Capital), gerando aumento na disponibilidade financeira do orçamento²¹.

68. Esse cenário também possibilita a previsão de extinção do Contrato de Desempenho na hipótese em que os estudos realizados por ocasião dos Projetos de Eficiência Energética encontrem barreiras técnicas que inviabilizem tais Projetos ou que os tornem excessivamente onerosos.

69. Acaso assim não se entender conveniente, pode-se prever no Contrato de Desempenho que os Clientes Públicos custeiem, com recursos próprios, os Projetos de Eficiência Energética. Seria uma espécie de contrapartida. Os Clientes Públicos custeiam os projetos e as Distribuidoras os serviços e obras necessárias para prover a eficiência energética.

²¹ Portaria Interministerial MF-MPOG n. 163, de 4 de maio de 2001: “Art. 2º A classificação da receita, a ser utilizada por todos os entes da Federação, consta do Anexo I desta Portaria, ficando facultado o seu desdobramento para atendimento das respectivas peculiaridades.

CÓDIGO	ESPECIFICAÇÃO
2000.00.00	Receitas de Capital
2400.00.00	Transferências de Capital
2470.00.00	Transferências de Convênios”

70. Essa hipótese, embora não a ideal, já traz benefícios concretos e favorece a contratação de Clientes Públicos. Sucede que, diferentemente do que ocorre atualmente, os Clientes Públicos despenderiam recursos apenas depois de selecionados, quando já tivessem certeza ou indicativos concretos de que receberiam os recursos da distribuidora.

71. Nesse novo modelo, com processo seletivo diferenciado para os Clientes Públicos, ter-se-ia que estabelecer uma cota reservada para a contratação com Clientes Públicos e outra para os Clientes Privados²².

²² A Consultoria GIZ (*Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit*) também apresentou sugestão no sentido de estratificação dos recursos em razão das variadas tipologias, assim: “A concorrência entre tipologias diferentes causa distorções na pontuação dos critérios de seleção, pela diversidade de volume de recurso requerido, contrapartida, usos finais etc. Recomenda-se, portanto, que os recursos financeiros disponíveis para a concorrência sejam informados por tipologia no Edital” (GIZ. **Editais, Questionários e Entrevistas sobre CPPs**. Apresentação de consultoria, Salvador e Rio de Janeiro, 29 nov. 2015).

II.4. Não Penalização das Distribuidoras Acaso não Consigam Utilizar os Recursos da Conta Contábil de Eficiência Energética em Razão de Questionamentos dos Órgãos de Controle ou de Terceiros sobre os Processos de Licitação de Clientes Públicos

72. O artigo 7º da Resolução Normativa ANEEL n. 556/2003 prevê que as Distribuidoras devem utilizar os recursos da Conta Contábil de Eficiência Energética, sob pena de serem sancionadas. Confira-se:

Art. 7º - A concessionária ou permissionária de distribuição de energia elétrica que acumular, em 31 de dezembro de cada ano, na Conta Contábil de Eficiência Energética montante superior ao investimento obrigatório dos últimos 24 (vinte e quatro) meses, incluindo o mês de apuração, estará sujeita às penalidades previstas na Resolução Normativa n. 63, de 12 de maio de 2004.

73. As Distribuidoras precisam selecionar os projetos, firmar os Contratos de Desempenho e diligenciar para que os Clientes Privados e Públicos utilizem os recursos, porque eles precisam ser efetivamente empregados. Se os recursos não são empregados, a Distribuidora, como visto, deve ser penalizada.

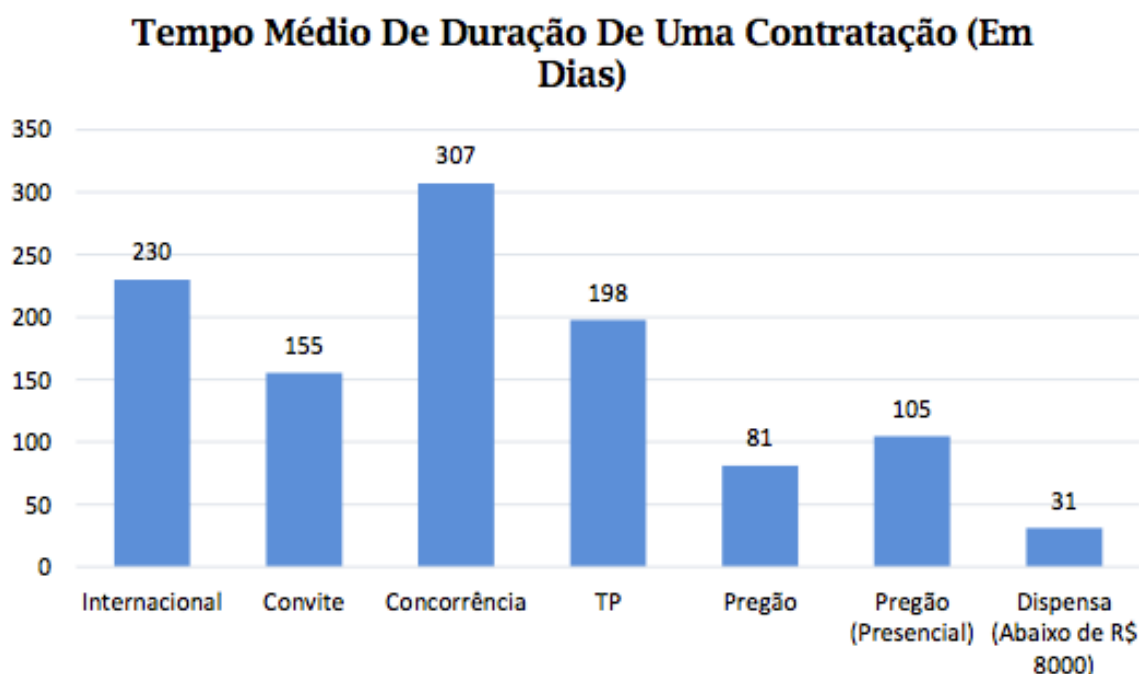
74. Assim, as Distribuidoras são potencialmente responsáveis por relação contratual que lhes é estranha. Sucede que os Clientes Privados e Públicos firmam contratos com terceiros para executar os projetos de Eficiência Energética e é nesses contratos que ocorre o efetivo emprego dos recursos da Conta Contábil de Eficiência Energética. Se houver problemas nesses processos de contratação, os recursos não são empregados e a Distribuidora acaba sendo responsabilizada.

75. O ponto é que os riscos de ocorrerem problemas nos processos de contratação de Clientes Públicos são muito maiores do que nos processos dos Clientes Privados. Os Clientes Públicos são obrigados a realizar licitação, com suas formalidades e restrições, em que todos os interessados devem ser tratados com igualdade. Também estão sujeitos aos órgãos de controle, inclusive Tribunal de Contas e Poder Judiciário, com competência para suspender o processo de contratação. Os Clientes Privados contratam livremente, não têm a obrigação de realizar a licitação e de tratar qualquer interessado com igualdade, bem como não estão sujeitos aos órgãos de controle.

76. Trocando-se em miúdos, os Clientes Privados gozam de liberdade para escolher os seus contratados, portanto costumam contratar empresas bem referenciadas e experientes. Não precisam publicar editais, conceder prazos para impugnações, recursos etc. Daí que os Clientes Privados tendem a contratar com agilidade e com empresas ou profissionais gabaritados, cumpridores das suas obrigações.

77. Os Clientes Públicos não gozam de liberdade para escolher com quem contratar. São obrigados a publicar editais, conceder prazos, receber e responder impugnações, recursos e toda sorte de questionamentos de interessados no contrato e dos órgãos de controle. Por tudo isso, consomem mais tempo para firmar os contratos e não raras vezes contratam empresas que não cumprem suas obrigações.

78. A realização de licitação pelos Clientes Públicos demanda tempo considerável. O processamento de licitações públicas é atrelado a diversas etapas, prazos e formalidades, que prolongam a sua duração e conclusão. Em ambiente real, conforme análise apresentada pelo Conselho Nacional de Secretarias de Estado da Administração (CONSED)²³, no ano de 2015, os tempos médios identificados em relação à cada modalidade licitatória foram os seguintes:



²³ DEZOLT, Ana Lucia Paiva; BARBOSA, Gilberto Porto. Diagnóstico das Compras Públicas Estaduais em 2015. In: CONGRESSO DO CONSED DE GESTÃO PÚBLICA, IX, 8 a 10 jun. 2016, Brasília. **Anais...** Brasília: CONSED, 2016.

79. A etapa de contratação da Empresa Executora, que no mercado privado se resolve em poucos dias, no setor público se prolonga por 100, 200 e até supera 300 dias, em média, a depender da modalidade licitatória. O ponto é que essa demora tem o efeito de encurtar sobremaneira o prazo fixado para as Distribuidoras aplicarem os recursos de seus Programas de Eficiência Energética. Isso torna a promoção de projetos com Clientes Públicos menos atrativa às Distribuidoras, que estariam expostas a riscos de penalização maiores.

80. Desse modo, para as Distribuidoras, sujeitas às penalidades acaso os recursos não sejam efetivamente empregados, é melhor contratar Clientes Privados, porque os riscos são bem menores. Ao fim e ao cabo, o modelo atual estimula as Distribuidoras a contratarem os Clientes Privados.

81. Para reverter esse quadro, estimulando as Distribuidoras a contratarem Clientes Públicos, sugere-se nova alteração pontual no artigo 7º da Resolução Normativa ANEEL n. 556/2003, eximindo as Distribuidoras de penalidades quando os prazos dos Clientes Públicos não são cumpridos em razão de questionamentos dos órgãos de controle ou de terceiros.

II.5. Respostas quanto às Condições do Contrato de Desempenho Energético

(a) Modelo Proposto: Amplitude do Contrato de Desempenho Energético e Previsão de Cláusula Resolutiva

82. A alternativa proposta neste estudo é que o Contrato de Desempenho Energético com Cliente Público abranja a integralidade do Projeto de Eficiência Energética, desde sua concepção e até a aferição de seus resultados.

83. A grande diferença do modelo proposto em face do tradicional é que o Diagnóstico Energético é inserido no Contrato de Desempenho Energético. Tradicionalmente, o Diagnóstico Energético é realizado em etapa precedente ao Contrato de Desempenho. Os Clientes Públicos precisam, via de regra, contratar terceiros para desenvolverem o Diagnóstico a fim de participarem do Chamamento Público, o que causa uma série de dificuldades, já expostas neste estudo.

84. No modelo proposto, repita-se, para vencer tais dificuldades, o Diagnóstico Energético dos Clientes Públicos é deslocado para o Contrato de Desempenho Energético, depois da seleção do projeto, podendo ou não ser custeado com recursos do Programa de Eficiência Energética, repassados aos Clientes Públicos pelas Distribuidoras, ou com recursos próprios dos Clientes Públicos.

85. Nesse sentido, a aferição definitiva quanto à viabilidade do projeto ocorre dentro da relação celebrada entre a Distribuidora e o Cliente Público e firmada por meio do Contrato de Desempenho Energético. A avaliação pormenorizada que é feita atualmente no processo seletivo passa a ser realizada quando já firmado o Contrato de Desempenho Energético.

86. Explicando melhor: o Cliente Público, com base no Contrato de Desempenho Energético, firmaria dois outros contratos, um para a elaboração do Diagnóstico Energético e outro para a execução dos serviços, obras e instalações que fossem necessários.

87. Nesses casos, faz-se uma ressalva: se o Diagnóstico Energético concluir que o empreendimento pretendido é inviável sob o ponto de vista técnico ou excessivamente oneroso, diante dos resultados que possa gerar, é necessário que se preveja no próprio Contrato de Desempenho Energético cláusula resolutiva, por meio da qual o Contrato se extingue, sem que as partes sejam penalizadas.

(b) Prazo de Vigência do Contrato de Desempenho e Cronograma de Desembolso

88. Como afirmado no item II.3, o Contrato de Desempenho Energético, quando firmado com Clientes Públicos, tem natureza jurídica de convênio, dado que as partes contratantes, a Distribuidora e os Clientes Públicos somam esforços para a consecução de interesses comuns.

89. Assim sendo, o Contrato de Desempenho é regido pelas normas atinentes aos convênios, dentre as quais o artigo 116 da Lei Federal n. 8.666/1993, cujo texto, do *caput*, prescreve que “aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”. O texto é vago e impreciso, não esclarece quais os dispositivos da Lei Federal n. 8.666/1993 aplicar-se-iam sobre os convênios, quais que lhe seriam cabíveis.

90. Discute-se sobre a eventual necessidade dos convênios respeitarem as normas previstas na Lei Federal n. 8.666/1993 que estabelecem limites aos prazos contratuais. Tais normas são dispostas no artigo 57 da Lei Federal n. 8.666/1993²⁴.

²⁴ “Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

III - (Vetado);

IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato;

V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até cento e vinte meses, caso haja interesse da administração;

V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração.

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em

91. Em regra, o legislador vinculou os prazos dos contratos administrativos aos créditos orçamentários, pelo que eles não devem ir para além de 31 de dezembro, quando se encerra o crédito orçamentário. No entanto, o legislador previu exceções, em que é permitido que o contrato ultrapasse o crédito orçamentário. De todo modo, as prorrogações devem ser justificadas e é vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

92. O entendimento que vem prevalecendo é o de que os convênios não estão sujeitos às regras sobre prazos contratuais entabuladas no artigo 57 da Lei Federal n. 8.666/1993. Veja-se, a propósito, a orientação da Consultoria Zênite:

Na formalização de convênios, a Administração Pública deve observar as disposições do art. 57 da Lei n. 8.666/1993 em relação ao prazo de duração?

Considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. Esse acordo de vontades se forma a partir de interesses contrapostos e fixa obrigações e direitos recíprocos. Assim, o interesse da Administração recai sobre a utilidade que o bem ou serviço a ser prestado lhe proporcionará, e o interesse do contratado na remuneração que receberá.

De acordo com o art. 57, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, que condiciona a duração dos contratos à vigência do crédito orçamentário (regra geral), esse prazo só poderá ser ultrapassado se configurada uma das situações previstas nos incs. I, II e IV desse dispositivo. Essa regra se relaciona diretamente com a disciplina de Direito Financeiro vigente, mais especificamente com o princípio da anualidade do orçamento. Sua finalidade é assegurar a adequada previsão de recursos para fazer frente aos contratos celebrados. Com isso, pretende-se evitar a formação de ajustes por longos períodos, sem a respectiva certeza de existência de recursos financeiros.

documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

§ 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

§ 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do *caput* deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses”.

A questão é saber se essa mesma regra se aplica à formação dos convênios, especialmente em vista da disposição inserida no art. 116 da Lei n. 8.666/1993, segundo a qual, “aplicam-se as disposições desta Lei, **no que couber**, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”. (Grifamos.)

Por força desse dispositivo, é possível concluir que somente serão aplicadas aos convênios as disposições afetas aos contratos que não colidirem com a própria natureza e finalidade dos convênios (**no que couber**). Assim, para saber se as regras do art. 57 da Lei n. 8.666/1993 são aplicáveis aos convênios é preciso investigar se essas disposições se compatibilizam com a natureza dos convênios.

Para tanto, toma-se o convênio como uma união de esforços a ser celebrada entre órgãos/entidades da Administração Pública ou entre estes e particulares, voltada para a satisfação de interesses públicos comuns, na qual os partícipes assumem prestações e contraprestações para a satisfação dos objetivos propostos e o fazem sem qualquer finalidade lucrativa.

Nesse mesmo sentido, explica Jessé Torres Pereira Junior que:

'no convênio têm-se partícipes (convenientes não vinculados contratualmente) que propugnam por objetivos de interesses comuns [...]. Sendo assim, qualquer partícipe, a todo momento, pode denunciar o convênio e dele se retirar [...]. O convênio pode ter por objeto qualquer coisa (obra, serviço, atividade, uso de certo bem), desde que encarne um interesse público [...]’.

Em vista dessas características, não parece adequado vincular a duração à regra demarcada pelo art. 57 da Lei n. 8.666/1993. A finalidade dessa norma é assegurar ao contratado a existência de recursos financeiros para fazer frente à execução do ajuste. Ainda que o convênio envolva o repasse de recursos financeiros, eventual inexistência destes não impedirá sua denúncia.

Ao que tudo indica, a distinção entre a natureza desses dois institutos afasta a aplicação da regra inserida no art. 57 *caput* e incisos da Lei de Licitações aos convênios. Não obstante isso, o convênio não deixa de ser um ajuste ou acordo. Nessa qualidade, poderia ser estabelecida uma relação de equivalência entre contratos e convênios para fins de aplicação da norma geral prevista no § 3º do mesmo art. 57, segundo a qual fica impedida a formação de ajustes com prazos de vigência indeterminados.

Pelas razões expostas, responde-se objetivamente ao questionamento no sentido de que, **na formalização de convênios, a Administração não está obrigada a atender ao disposto no art. 57, *caput* e incisos da Lei n. 8.666/1993. No entanto, a norma do § 3º desse preceito deve**

ser observada, porque, em que pese a distinta natureza de convênio e contrato, essa é uma norma geral compatível com a natureza dos convênios.²⁵ (Grifo no original.)

93. A Advocacia-Geral da União lavrou parecer sobre o assunto. São as conclusões:

- a) Os convênios devem ser escritos e ter como cláusula necessária o prazo de vigência. Lembre-se que o prazo de vigência deve ser estipulado de acordo com a natureza e complexidade do objeto, as metas estabelecidas e o prazo necessário para sua execução, previsto no plano de trabalho;
- b) O que interessa nos convênios é o cumprimento do seu objeto - seja uma obra, um serviço ou a aquisição de um bem – no prazo de vigência inicialmente ajustado. Contudo, podem ocorrer situações imprevistas e supervenientes à celebração do acordo administrativo que impõem a alteração dos prazos estabelecidos no plano de trabalho e, consequentemente, a prorrogação da vigência do convênio;
- c) Considerando o regime jurídico aplicável aos convênios, as limitações de prazo previstas nos incisos do art. 57 da Lei n. 8.666/1993 não podem ser tidas como absolutas, sendo possível a prorrogação do prazo de vigência do convênio em hipóteses diversas daqueles previstas no mencionado artigo, inclusive, em situações excepcionais, além do prazo de 60 (sessenta) meses;²⁶

94. O artigo 116 da Lei Federal n. 8.666/1993 não oferece qualquer indicativo de que as regras sobre os prazos dos contratos administrativos aplicam-se sobre os convênios. Aliás, as distinções entre convênios e contratos, centradas nos interesses que lhe são subjacentes, fazem com que não haja sentido em aplicar as restrições dos contratos administrativos, cujos interesses das partes são contrapostos, sobre os convênios, cujos interesses são comuns. Diante de tais interesses comuns, os prazos dos convênios devem ser ajustados livremente, de modo que os objetos dos convênios possam ser executados de maneira adequada.

95. Esse parece ser o teor do inciso VI do § 1º do artigo 116 da Lei Federal n. 8.666/1993, cujo texto determina que os planos de trabalho dos convênios devem conter

²⁵ Convênio – Prazo de Vigência – Aplicação do Art. 57 da Lei n. 8.666/1993 – Considerações (Perguntas e Respostas). Informativo de Licitações e Contratos (ILC). Curitiba: Zênite, edição 171, maio 2008, p. 597.

²⁶ AGU. Parecer n. 03/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEP CONSU/PGF/AGU. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/15247695>>. Acesso em: 2017.

“previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas”. Ou seja, os prazos dos convênios devem ser ajustados diante das necessidades de execução dos seus objetos.

96. Deve-se atentar, entretanto, à regra do § 3º do artigo 57 da Lei Federal n. 8.666/1993, cuja dicção veda contrato administrativo com prazo de vigência indeterminado. Essa regra pode e deve ser aplicada aos convênios. Que os convênios tenham prazo suficiente para que os seus objetos sejam executados. Que os convênios possam ser prorrogados, de acordo com a vontade das partes, se mantida a comunhão de interesses. Sem embargo, que os convênios tenham prazos estabelecidos e determinados, o que também se harmoniza ao disposto no inciso VI do § 1º do artigo 116 da Lei Federal n. 8.666/1993.

97. Em conclusão, reitera-se que o Contrato de Desempenho é uma espécie de convênio. Daí que, por todo o exposto, os prazos dos convênios e dos Contratos de Desempenho não estão adstritos aos prazos dos contratos administrativos fixados no artigo 57 da Lei Federal n. 8.666/1993, devendo-se atentar apenas para que sejam estabelecidos prazos e que sejam determinados. O critério para mensurar os prazos é atrelado ao objeto do Contrato de Desempenho. Noutras palavras, o Contrato de Desempenho deve ter o prazo suficiente e adequado para a execução do seu objeto, no melhor interesse das partes.

(c) Parâmetros para Análise Financeira e Orçamentária do Projeto

98. O Módulo 10 do Regulamento da ANEEL define as diretrizes de controle e fiscalização da execução financeira, orçamentária e contábil do programa. O Módulo estabelece instrumentos de controle sobre a aplicação dos recursos e, também, mecanismos de fiscalização sobre a execução do programa. A sistemática de controle e fiscalização abrange a avaliação quanto ao cumprimento dos objetivos do programa e, também, a verificação da regularidade dos projetos executados.

99. A metodologia de controle e fiscalização organiza instrumentos específicos para análise dos projetos executados, sobretudo os seguintes:

(i) Relatório de Execução Financeira do Projeto (REFP): Demonstrativo dos dispêndios realizados com cada Projeto de Eficiência Energética, com periodicidade mensal. A apresentação e análise do relatório têm como finalidade correlacionar e comprovar os investimentos efetuados.

(ii) Auditoria Contábil e Financeira: Procedimento de revisão das demonstrações financeiras de cada projeto, realizado por profissional ou empresa independente. A auditoria abrange os custos realizados e suas correspondências ao lastro documental do projeto.

(iii) Fiscalização: Controle realizado pela ANEEL para avaliação quanto ao cumprimento das metas do programa e quanto à regularidade dos projetos executados no âmbito das Distribuidoras. A atividade de fiscalização é formal e documentada, resultando em relatório de fiscalização e, eventualmente, em notificação e penalização decorrentes de irregularidade constatada junto à Distribuidora.

100. Os parâmetros de análise estabelecidos no Regulamento da ANEEL são adequados para a sindicância de projetos de Clientes Públicos. Não se vislumbra necessidade de revisão ou adaptação aos referidos critérios em relação ao objeto do presente estudo.

(d) Ressarcimento pelo Cliente Público dos Investimentos

101. O Regulamento da ANEEL estabelece que, “como regra geral para os setores privados da economia, entende-se que o aporte feito pelo PEE deva ser reembolsado pelo consumidor” (item 4.1.1 do Módulo 3). Além disso, prescreve que “o consumidor reembolsará ao PEE somente a parte do financiamento relativa à implantação” (item 4.1.1.3 do Módulo 3). Portanto, o ressarcimento é obrigatório em relação aos custos de implantação realizados para projetos de Clientes Privados.

102. O Regulamento da ANEEL não contempla regra específica quanto ao ressarcimento de projetos implementados por Clientes Públicos. Então, do ponto de vista da regulação do Programa de Eficiência Energética, não há obrigatoriedade de ressarcimento dos investimentos recebidos pelos Clientes Públicos. O ressarcimento dos investimentos, se for o caso, deve ser previsto no Contrato de Desempenho Energético, de acordo com a vontade das partes.

103. Afora o ressarcimento dos investimentos, é permitido que o Contrato de Desempenho, na melhor vontade das partes, preveja qualquer espécie de contrapartida. Inclusive, de contrapartida que não importe no ressarcimento de todos os investimentos para a Distribuidora. Esse ressarcimento pode ser parcial.

104. A definição da contrapartida em si depende de aspectos e limites orçamentários da esfera política do Cliente Público e, portando, encontra variáveis. A União Federal, o Distrito Federal, cada Estado Membro e cada Município isoladamente considerados podem estabelecer condicionantes orçamentárias diferentes para os compromissos de contrapartida em convênios²⁷. Significa que os limites para contrapartida são diferentes para cada Cliente Público, tornando inadequada a definição de um critério *a priori* de contrapartida.

105. O ponto é que o estabelecimento de contrapartida é viável em regime convencional, mas a definição da contrapartida em si deve observância às particularidades de cada Cliente Público. A parcela de contrapartida, então, deve ser definida caso a caso durante a etapa negocial do Contrato de Desempenho Energético.

106. Além disso, a parcela de contrapartida²⁸ coaduna-se com a ideia de ressarcimento dos investimentos. É que, tal como na contrapartida, o ressarcimento envolve

²⁷ Para registro ilustrativo, no caso das transferências voluntárias de recursos da União Federal, desde o exercício de 2002, as sucessivas Leis de Diretrizes Orçamentárias prescrevem como obrigatório o estabelecimento de contrapartida exclusivamente financeira nos convênios, observada a capacidade financeira e o índice de desenvolvimento do ente beneficiado. Na atual Lei Federal n. 13.408/2016, que cuida das diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2017, são fixados os seguintes limites:

“Art. 79 A realização de transferências voluntárias, conforme definidas no *caput* do art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal, dependerá da comprovação, por parte do conveniente, de que existe previsão de contrapartida na lei orçamentária do Estado, Distrito Federal ou Município.

§ 1º A contrapartida, exclusivamente financeira, será estabelecida em termos percentuais do valor previsto no instrumento de transferência voluntária, considerando-se a capacidade financeira da respectiva unidade beneficiada e seu Índice de Desenvolvimento Humano - IDH, tendo como limite mínimo e máximo:

I - no caso dos Municípios:

a) 0,1% (um décimo por cento) e 4% (quatro por cento) para Municípios com até cinquenta mil habitantes;
b) 0,2% (dois décimos por cento) e 8% (oito por cento) para Municípios acima de cinquenta mil habitantes localizados nas áreas prioritárias definidas no âmbito da Política Nacional de Desenvolvimento Regional - PNDR, nas áreas da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE, da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM e da Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste - SUDECO;
c) 1% (um por cento) e 20% (vinte por cento) para os demais; e
d) 0,1% (um décimo por cento) a 5% (cinco por cento) no caso de Municípios com até 200 mil habitantes, situados em áreas vulneráveis a eventos extremos, como: secas, deslizamentos, inundações, incluídas na lista classificatória de vulnerabilidade e recorrência de mortes por desastres naturais fornecida pelo MCTI;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal:

a) 0,1% (um décimo por cento) e 10% (dez por cento) se localizados nas áreas prioritárias definidas no âmbito da PNDR, nas áreas da SUDENE, SUDAM e SUDECO; e
b) 2% (dois por cento) e 20% (vinte por cento) para os demais;

III - no caso de consórcios públicos constituídos por Estados, Distrito Federal e Municípios, 0,1% (um décimo por cento) e 4% (quatro por cento)”.

²⁸ “No que tange à necessidade de contrapartida, cabe ressaltar que o termo, utilizado em sentido amplo, refere-se a qualquer atuação do ente que compense o fato de receber verbas públicas. Em sentido estrito, o termo se

o aporte de recursos financeiros vertidos pelo beneficiário em razão da execução do projeto. Para ambos, contrapartida e ressarcimento, a abrangência pode ser livremente pactuada entre as partes, desde que condizente com as finalidades do programa de governo e compatível com eventuais limites aplicáveis ao agente concedente.

107. Então, não se vê nenhum óbice para que a contrapartida seja estabelecida em forma de cláusula de desempenho, prevendo assim o reembolso parcial ou integral dos investimentos a partir do compartilhamento dos resultados obtidos com o projeto, sempre observando eventuais particularidades incidentes sobre o Cliente Público específico.

(e) Operação Patrimonial Derivada das Benfeitorias Implementadas

108. O resultado principal na implantação de Projeto de Eficiência Energética é a redução dos custos ou demanda de consumo no uso final, ou seja, a redução das despesas correntes suportadas pelo Cliente Público em sua conta de energia elétrica. Todavia, um resultado secundário corresponde ao acréscimo patrimonial derivado das obras de implementação. A edificação, em razão dos projetos, é incrementada com equipamentos e tecnologias novas que lhe oferecem maior valor patrimonial.

109. Os bens gerados ou adquiridos com recursos transferidos constituem o patrimônio remanescente da relação convencional. Esse patrimônio é de propriedade do agente financiador do programa, no caso, a Distribuidora. Todavia, o Contrato de Desempenho deve prever a doação do patrimônio constituído ao Cliente Público, como condição de continuidade do programa²⁹. Nesses termos, a doação deve pressupor: avaliação prévia do bem; destinação do bem em proveito ao atendimento das finalidades do programa de governo; exercício do juízo discricionário acerca da oportunidade e conveniência social e econômica da doação, ou

referiria apenas à contrapartida financeira. Entendida de forma ampla, a contrapartida é logicamente imprescindível ao convênio, uma vez que este é acordo em que ocorre a cooperação entre sujeitos, fixando-se responsabilidades para todos os participantes, ainda que esta consista na mera gestão das verbas recebidas” (AGU. Parecer n. 35/2010/DECOR/CGU/AGU).

²⁹ No âmbito da União, o Decreto Federal n. 99.658/1990 contempla a hipótese de doação dos bens adquiridos sob regime convencional, assim: “Art. 15. A doação, presentes razões de interesse social, poderá ser efetuada pelos órgãos integrantes da Administração Pública Federal direta, pelas autarquias e fundações, após a avaliação de sua oportunidade e conveniência, relativamente à escolha de outra forma de alienação, podendo ocorrer, em favor dos órgãos e entidades a seguir indicados, quando se tratar de material: [...] IV - adquirido com recursos de convênio celebrado com Estado, Território, Distrito Federal ou Município e que, a critério do Ministro de Estado, do dirigente da autarquia ou fundação, seja necessário à continuação de programa governamental, após a extinção do convênio, para a respectiva entidade conveniente”.

seja, verificar a adequação do instrumento e a oportunidade da época da transferência, assim como avaliar o atendimento ao interesse público.

110. Há, porém, duas variáveis a serem consideradas, ambas atinentes à situação em que o Cliente Público não é proprietário do prédio por ele ocupado. A primeira variável ocorre quando o Cliente Público ocupa prédio pertencente à pessoa privada, normalmente por meio de locação. A segunda variável ocorre quando o prédio é público, porém não pertencente ao Cliente Público que o ocupa. O ponto é que, nessas duas variáveis, a relação do Cliente Público com o prédio é menos estável do que a da situação em que o Cliente Público é o proprietário do prédio.

111. A primeira variável é mais instável, regida normalmente por contrato de locação com prazo certo. Ao fim do prazo, se não houver nova avença, o Cliente Público desocupa o prédio e transfere a posse direta ao seu proprietário. Junto com a posse direta, em regra, vão as benfeitorias. Ou seja, todos ou boa parte dos investimentos realizados em razão do Programa de Eficiência Energética são incorporados em patrimônio privado.

112. Essa hipótese revela-se contrária aos propósitos do Programa de Eficiência Energética (PEE). Lembre-se que um dos objetivos declarados do programa é “evitar a transferência de recursos públicos para unidades consumidoras com fins lucrativos”. Além disso, os órgãos de controle têm feito censura à transferência do patrimônio remanescente para entidades privadas³⁰.

113. Pondera-se, no entanto, que um número expressivo de Clientes Públicos aluga os prédios que ocupa e o faz, usualmente, por longo período de tempo. No final das contas, a depender do caso, os intentos do Programa de Eficiência Energética poderiam ser atendidos, haja vista que haveria sim economia de energia e dispêndio de recursos públicos. Parece, sob essa perspectiva, que seria viável estabelecer quesitos técnicos e jurídicos para que o Projeto de Eficiência Energética de um Cliente Público a ser realizado em prédio privado possa ser enquadrado na tipologia Poder Público.

³⁰ Para ilustrar: “Ocorre que a irregularidade guerreada transpassa a legalidade da celebração de convênios e similares quando forem destinados recursos públicos a entidades que, embora integrantes da administração pública, não possuam capital 100% público. A essência da questão é a propriedade dos bens construídos com recursos federais, buscando-se evitar a transferência de capital para entidades com sócios privados e que buscam lucro, o que, salvo prévia lei específica autorizativa, é defeso segundo o arcabouço legal vigente” (TCU: Acórdão 347/16-Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, julgado em 24 fev. 2016).

114. Uma solução seria a de admitir sem maiores ressalvas o enquadramento na tipologia Poder Público para os casos de locação com prazo mais alongado, que fosse suficiente para amortizar os investimentos realizados e que fosse suficiente para consumir a vida útil dos bens incorporados no prédio ou que o valor contábil deles fosse zerado em razão de depreciação.

115. Uma outra solução seria a de adotar um modelo misto. Faz-se o Contrato de Desempenho Energético. Prevê-se contrapartida, com base na economia efetivamente gerada. Prevê-se, então, com a aquiescência do proprietário do prédio, que ao final da locação, acaso a economia gerada durante a locação não seja suficiente para ressarcir os investimentos, que ele, o proprietário, tenha a obrigação de ressarcir os investimentos pelos seus valores presentes, de acordo com as normas de contabilidade.³¹

116. Num e noutro caso, seria apropriado que o Contrato de Desempenho Energético fosse construído de modo que os objetivos do Programa de Eficiência Energética fossem contemplados dentro do período do contrato de locação, sem contar com expectativas de prorrogações ou novas locações, que não passam de expectativas, sem qualquer certeza jurídica.

117. A segunda variável, concernente à hipótese em que o Cliente Público ocupa prédio público que não lhe pertence, também pode impactar os objetivos do Programa de Eficiência Energética, embora não se discuta o enquadramento na tipologia Poder Público. O enquadramento é fora de dúvida, trata-se da tipologia Poder Público, uma vez que o prédio é público.

118. Nesses casos, no entanto, é mais frequente que o Cliente Público seja remanejado, passe a ocupar um outro prédio, se comparado com a situações em que o Cliente Público é o proprietário do prédio.

119. O problema é que o Contrato de Desempenho é firmado diante das demandas técnicas do Cliente Público, sobretudo da sua projeção de consumo. Se o Cliente Público desocupa o prédio público, é provável que ele permaneça temporariamente sem

³¹ Essa solução está de acordo com a Lei de Locações (Lei n. 8.245/1991):

“Art. 35. Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção.”

“Art. 36. As benfeitorias voluptuárias não serão indenizáveis, podendo ser levantadas pelo locatário, finda a locação, desde que sua retirada não afete a estrutura e a substância do imóvel.”

ocupação, comprometendo os resultados projetados, ou que seja ocupado por outra entidade pública, que não tem relação contratual e, logo, qualquer obrigação para com a Distribuidora. Pode ser, também, que a entidade pública que passe a ocupar o prédio tenha um perfil de consumo totalmente diferente, que também compromete os resultados pretendidos com o Contrato de Desempenho Energético.

120. Para essas situações, sugere-se que se preveja no Contrato de Desempenho Energético a aquiescência do ente público proprietário do prédio e a transferência das obrigações pactuadas para o proprietário do prédio, eximindo o Cliente Público de obrigações ulteriores à sua saída do prédio. Também seria conveniente que houvesse previsão de alteração contratual quando o uso do prédio fosse modificado, precedida de estudos técnicos que reavaliassem amplamente o pactuado no Contrato de Desempenho Energético.

(f) Aspectos Orçamentários, Financeiros e Contábeis do Contrato de Desempenho

121. Na modelagem de Contrato de Desempenho Energético é importante destacar algumas providências a serem adotadas quanto aos aspectos orçamentários, contábeis e financeiros.

122. A questão orçamentária, em relação ao Cliente Público, no caso de inexistência de previsão na Lei Orçamentaria Anual (LOA), deve ser resolvida mediante abertura de créditos adicionais por convênios não previstos ou, ainda, nos casos em que houver previsão porém em valor inferior ao que deve ser realizado. Essas orientações estão em consonância com as disposições contidas na Constituição Federal, na Lei Federal n. 4.320/1964 e na Lei Complementar Federal n. 101/2000. Cabe destacar que embora não constem expressamente do rol elencado no § 1º do artigo 43 da referida Lei Federal n. 4.320/1964, os recursos oriundos da celebração de convênios, não previstos na Lei Orçamentaria Anual, caracterizam excesso de arrecadação e constituem, portanto, fonte de abertura de créditos adicionais necessários à criação ou reforço de dotação para fazer frente às despesas relativas à execução do objeto conveniado.

123. Neste sentido, os recursos provenientes de convênios não previstos na Lei Orçamentaria Anual podem ser utilizados para a abertura de créditos adicionais, autorizada em lei e abertos por decreto executivo, devendo as despesas se ajustarem estritamente às finalidades estipuladas no instrumento contratual, conforme teor do disposto

nos artigos 42 e 43 da Lei Federal n. 4.320/1964³² e no parágrafo único do artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal³³.

124. Os créditos adicionais abertos tendo como fonte de recursos a receita de convênios, têm por finalidade evidenciar o cumprimento das exigências legais, que determinam a necessidade da demonstração e individualização dos recursos vinculados à destinação específica, permitindo uma melhor análise desses créditos, com a verificação da existência da fonte citada nos respectivos decretos de abertura.

125. Mesma obrigatoriedade de previsão na Lei Orçamentária Anual cabe para a parcela financeira a ser destinada como contrapartida e/ou ressarcimento por parte do Cliente Público, nos casos em que se apresentarem essas estipulações no Contrato de Desempenho Energético.

126. Em relação às Distribuidoras, os recursos já se mostram devidamente apontados em suas respectivas contas contábeis, tendo em vista as disposições previstas na Lei Federal n. 9.991/2000 e na Resolução Normativa n. 556/2013 da ANEEL. Os valores reservados pelas empresas concessionárias e permissionárias de distribuição de energia elétrica para aplicação no Programa de Eficiência Energética estão depositados em conta específica e devem exibir registro contábil particularizado.

127. No tocante ao Balanço Orçamentário e demais registros contábeis, os procedimentos de escrituração da arrecadação de recursos de convênios não previstos originalmente no orçamento, bem como de abertura de créditos adicionais, devem ser realizados em conformidade com as regulamentações prescritas no Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP), editado pela Secretaria do Tesouro Nacional, e em observância ao disposto nos artigos 8º e 50 da Lei de Responsabilidade Federal.

128. As transferências voluntárias de recursos, concedidas como assistência financeira aos Clientes Públicos, devem ser registradas contabilmente como receitas de convênios e incorporadas ao orçamento público, de acordo com o respectivo plano de contas

³² “Art. 42. Os créditos suplementares e especiais serão autorizados por lei e abertos por decreto executivo. Art. 43. A abertura dos créditos suplementares e especiais depende da existência de recursos disponíveis para ocorrer a despesa e será precedida de exposição justificativa”.

³³ “Art. 8º [...] Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso”.

institucional, compatível com a ação ou ações a serem executadas e não podem ser classificadas ou utilizadas como receitas ou despesas extraorçamentárias.

129. Para recebimento dos recursos, o Cliente Público deve providenciar a abertura de uma conta bancária específica para a movimentação dos valores vinculados ao Contrato de Desempenho, devendo seu saldo ser aplicado no mercado financeiro, conforme previsto na Lei Federal n. 8.666/1993. Os rendimentos auferidos com a aplicação financeira não podem ser utilizados como contrapartida.

130. Quanto aos recursos recebidos das Distribuidoras, os Clientes Públicos deverão realizar a escrituração na CATEGORIA ECONÔMICA – receita de capital (código 2), ORIGEM – transferências de capital (código 4), ESPÉCIE – transferências de convênio (código 2470.00.00 até 2475.00.00).

131. As despesas com a contratação dos serviços e a aquisição dos equipamentos vinculados ao projeto de eficientização devem ser realizadas pelo Cliente Público aplicando os elementos contábeis da CATEGORIA ECONÔMICA - despesas de capital (código 4), NATUREZA DA DESPESA – investimentos (código 4), MODALIDADE DE APLICAÇÃO – aplicações diretas (código 90), ELEMENTO DE DESPESA – outros serviços de terceiros – pessoa jurídica (código 39) e equipamentos e material permanente (código 52). Para tanto, deve utilizar os recursos financeiros provenientes das transferências realizadas pelo órgão concedente e, se houver, dos valores aportados como contrapartida.

132. Os valores repassados na forma de ressarcimento resultante da economia gerada pelo Contrato de Desempenho Energético, quando for o caso de não apropriação direta na fatura de luz, devem ser contabilizados na CATEGORIA ECONÔMICA - despesas correntes (código 3), GRUPO DE NATUREZA DE DESPESA – amortização de dívida (código 6), MODALIDADE DE APLICAÇÃO – a definir (código 99), ELEMENTOS DE DESPESAS – a classificar (código 99).

133. As participações financeiras referentes à contrapartida do Cliente Público (que também podem ser atendidas por meio de bens ou de serviços, desde que economicamente mensuráveis) e ao ressarcimento a ser feito à Distribuidora em razão da economia gerada, devem ser estipuladas no instrumento de contrato, determinando, quando cabível, as condições quanto à forma, o valor e o prazo. A contrapartida está prevista na Lei de Responsabilidade Fiscal, cabendo ainda à Lei de Diretrizes Orçamentárias regulamentar a matéria e especificar a natureza e o montante do valor exigido em cada caso.

134. A contrapartida, quando pactuada, após a sua inserção na Lei Orçamentária Anual, deve ser assegurada por prévio empenho da despesa orçamentária, processado na respectiva dotação da ação a ser executada, com liquidação da despesa realizada de acordo com a programação de execução do projeto de efficientização e prazos estabelecidos no cronograma de desembolso. Os valores da contrapartida devem ser transferidos para a conta específica do Contrato de Desempenho Energético, que deve ter uma conta única para os recursos do convênio e sua contabilização escriturada nas mesmas contas contábeis do convênio.

135. A parcela referente ao ressarcimento pode ser implementada mediante transferência de valores para a Distribuidora, contabilizada em rubrica orçamentária própria, que caracterize o “ressarcimento por efficientização”, observadas as particularidades da operação. Pode, ainda, ser realizada na própria fatura de energia elétrica, que se constituiria como título ou documento comprobatório do respectivo crédito, conforme artigo 63 da Lei Federal n. 4.320/1964, mediante aplicação de fator de economia energética, apurado por aplicação de fórmula paramétrica que represente retenção parcial, limitada ao ganho financeiro real obtido mensalmente, até a amortização integral do capital investido.

136. Na execução orçamentária e financeira do Contrato de Desempenho Energético, dentre outras previsões que podem ser estabelecidas, devem ser vedadas as seguintes práticas:

- (i) realizar despesas com taxa de administração, gerência ou similar;
- (ii) desviar da finalidade original, uma vez que é expressamente vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada, conforme § 2º do artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal;
- (iii) utilizar os recursos em desacordo com o objeto do convênio;
- (iv) adotar práticas atentatórias aos princípios fundamentais da Administração Pública, nas contratações e demais atos praticados;
- (v) efetuar pagamento de gratificação, consultoria, assistência técnica ou qualquer espécie de remuneração adicional a servidor pertencente ao Cliente Público;

(vi) realizar despesas com taxas bancárias, multas, juros ou correção monetárias, inclusive referentes a pagamentos ou recolhimentos fora do prazo;

(vii) incluir despesas realizadas antes ou depois do período de vigência do Contrato de Desempenho;

(viii) incorrer em atraso injustificado no cumprimento de etapas ou fases programadas.

137. Caso o Contrato de Desempenho não seja executado, no todo ou em parte, devem ser procedidos os lançamentos contábeis de devolução dos recursos, com baixa na obrigação gerada no Passivo, além de estorno daquelas escriturações que afetam o Controle Orçamentário e outras contas de controle.

138. De acordo com as cláusulas específicas do Contrato de Desempenho Energético, ao seu final a Distribuidora pode destinar os equipamentos instalados para efficientização energética ao Cliente Público, mediante termo de doação, sendo esses bens incorporados contábil e fisicamente ao patrimônio público. Quando não se impõe condições a serem satisfeitas, o registro da doação deve ser efetuado em conta patrimonial, caso contrário em conta de compensação, até que a condição seja atendida, quando os bens devem ser avaliados.

139. No caso de optar pelo ressarcimento dos bens, deve ser apurado o valor residual, mediante depreciação. A providência de apuração se aplica também para as instalações de efficientização feitas em imóveis locados pelo Cliente Público, em que o particular, proprietário do prédio, deve responsabilizar-se pela indenização do valor residual dos equipamentos. O registro desses eventos também deve ser realizado com base no Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público e no plano de contas institucional do Cliente Público.

140. Desconsiderando as situações ensejadoras de eventual extinção antecipada, o termo final do Contrato de Eficiência Energética ocorre com o cumprimento integral do objeto e a sua posterior aprovação do relatório final pela Distribuidora. Dentre outros, devem ser apresentados pelo Cliente Público os seguintes documentos referentes à execução do convênio: (a) relatório de execução físico-financeira; (b) demonstrativo da execução da receita e despesa, evidenciando os recursos recebidos em transferências, a contrapartida, os rendimentos auferidos da aplicação dos recursos no mercado financeiro, quando for o caso, bem como dos saldos; (c) relação de pagamentos efetuados; (d) relação

dos bens adquiridos com recursos recebidos; (e) extrato da conta bancária específica do convênio; (e) conciliação bancária; (f) demonstrações contábeis referentes à escrituração dos eventos e relacionados com o convênio.

II.6. Nota Introdutória sobre a Contratação da Executora à Luz do Regime Jurídico Público

141. A implementação de Projeto de Eficiência Energética depende da contratação de terceiros, empresas especializadas para a elaboração do Diagnóstico, projetos, para a execução de *retrofit* e para efetivação das medições e verificações. No caso de Clientes Públicos, por imperativo do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, a contratação depende da realização de processo licitatório e sua execução submete-se ao regime dos contratos administrativos. O presente estudo centra-se nas normas de contratação prescritas pela Lei Federal n. 8.666/1993 e pela Lei Federal n. 10.520/2002, esta última disciplina a modalidade pregão.

142. A implantação de Projeto de Eficiência Energética insere-se em um cenário complexo, envolvendo múltiplos agentes com interesses, responsabilidades e encargos conectados. A contratação de terceiros deve ser cercada de todas as cautelas necessárias para assegurar que a implementação das ações convirja às metas estabelecidas pelo Programa de Eficiência Energética.

II.7. Responsável pela Contratação da Execução do Projeto de Eficiência Energética

143. As práticas atuais sobre quem promove a contratação da executora ou executoras de Projeto de Eficiência Energética não são uniformes. Em linhas gerais, há duas práticas distintas: (i) a Distribuidora não toma nenhum envolvimento na licitação do Cliente Público, apenas concede prazo para sua realização; ou, (ii) a própria Distribuidora realiza a licitação pública e a contratação da executora para o Cliente Público.

144. Sugere-se que tais práticas sejam uniformizadas. Na visão da Consultoria, o melhor seria que o Cliente Público fosse o responsável pela licitação pública e pela contratação da execução de Projeto de Eficiência Energética. É que a implementação de Projeto de Eficiência Energética gera proveitos ao Cliente Público. Por efeito, parece lógico entender que a responsabilidade pela realização do processo licitatório seja do Cliente Público.

145. Além disso, o objeto da contratação pressupõe amplo conhecimento sobre a edificação, os horários de funcionamento das repartições, as rotinas de circulação de pessoal, as necessidades específicas dos ambientes, os requisitos das atividades desenvolvidas, dentre muitas outras particularidades. Enfim, o Cliente Público é quem detém a melhor compreensão das intervenções que podem ser realizadas.

146. Soma-se a isso a eventual responsabilidade da Distribuidora sobre danos causados pela executora no prédio pertencente ao Cliente Público. Imagine-se a hipótese da executora causar danos ao prédio do Cliente Público. Por exemplo, em razão de alguma intervenção da executora, compromete-se a estrutura do prédio, que precisa ser interditado por determinado período. O Cliente Público experimenta prejuízos causados por empresa contratada pela Distribuidora. Nesse quadro, seria plausível cogitar a responsabilidade da própria Distribuidora.

147. Vê-se que, em razão de diversos aspectos, quando a Distribuidora tem a obrigação de contratar a executora, ela precisa interagir constantemente com o Cliente Público, dado que as intervenções devem ser realizadas no prédio do Cliente Público. Essa interação é contraproducente e há elevado risco da ocorrência de falhas na compreensão de todas as necessidades do Cliente Público e suas variáveis.

148. É mais simples que o Cliente Público, que usufrui do prédio, seja responsável pela licitação pública e pela contratação. Nesse caso, o Cliente Público é o responsável pela seleção e pelas medidas relacionadas à execução realizadas no seu prédio, de acordo com as suas circunstâncias e condicionantes. A Distribuidora assume posição de financiador, eximindo-se suas responsabilidades sobre a execução.

149. Aliás, é de registrar que na maioria dos convênios e contratos de repasse firmados pela Administração Pública em geral adota-se a mesma regra. Em âmbito federal, por exemplo, a União, por meio dos Ministérios, firma convênios e contratos de repasse com Estados e Municípios, que assumem a responsabilidade sobre as licitações e as contratações. Os Ministérios aprovam os projetos, acompanham a sua execução, mas sem se responsabilizarem diretamente por ela. Parece, insista-se, mais adequado.

II.8. A Modelagem Privada para a Contratação de Execução dos Projetos de Eficiência Energética

150. Os Clientes Públicos, de maneira geral, encontram dificuldades para realizarem as licitações e firmarem os contratos de projetos e de execução. Encontram ainda mais dificuldades para a contratação no âmbito do Programa de Eficiência Energética, porque os modelos praticados pelo mercado não se ajustam de uma maneira natural aos modelos tradicionais baseados na Lei Federal n. 8.666/1993.

151. Os Clientes Privados não sofrem com as mesmas dificuldades, até porque não são obrigados a realizar licitação, não são obrigados a tratar interessados com igualdade e não respondem perante órgãos de controle. Dito isso, não é viável juridicamente aplicar totalmente a modelagem privada para os Clientes Públicos. No entanto, se não totalmente, uma parte substancial da modelagem privada pode ser sim aplicada para os Clientes Públicos, fazendo-se os anteparos necessários.

152. Daí que é conveniente comparar os modelos de negócio e de contratação dos Clientes Públicos e Privados, tentando incorporar, na medida do possível e do que for juridicamente viável, as práticas dos Clientes Privados em Clientes Públicos.

153. Aliás, a Lei Federal n. 8.666/1993, que disciplina de modo geral as licitações e os contratos dos Clientes Públicos, prescreve o dever dos contratos administrativos submeterem-se às condições dos Clientes Privados. É a dicção do inciso III do seu artigo 15:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado.

154. Além disso, o artigo 54 da Lei Federal n. 8.666/1993 prescreve que os contratos administrativos regem-se pelas disposições de suas cláusulas e, preponderantemente, pelos preceitos de direito público, sendo-lhes supletivamente aplicáveis, todavia, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

155. O Tribunal de Contas da União acolhe o entendimento de que os contratos administrativos podem incorporar práticas adotadas pelo setor privado. No Acórdão n. 1.177/2014-Plenário, a Corte de Contas apreciou a contratação reunida de licenciamento e manutenção de solução tecnológica, julgando adequada a unicidade em conformidade com a prática usual do mercado. Veja a decisão:

6. Na situação objeto da consulta, há a contratação de bens de informática, em que está embutida a prestação de um serviço (assistência técnica durante o período de garantia). A distinção é importante porque na situação objeto do pagamento antecipado “típico”, mencionado no item anterior, o risco para a administração é bem maior, porque o pagamento é feito antes do recebimento de qualquer contraprestação por parte do fornecedor. Nesse caso, o pagamento só é feito após o recebimento do bem, objeto principal da contratação. A prestação futura se refere apenas ao serviço de suporte técnico durante o período de garantia, que é uma espécie de acessório em relação ao objeto principal.

7. Feita essa relevante distinção, entendo que é possível a contratação de bens de informática, com a prestação de garantia, realizando-se o pagamento integral do valor contratado quando do recebimento dos bens. **E a razão principal é que se trata de uma prática usual no mercado.** Em aquisições dessa natureza, o valor correspondente à garantia integra o preço do objeto do contrato. Não é prática comum a segregação do objeto da contratação em dois itens: a aquisição do bem e a prestação do serviço. E o art. 15, inciso III, da Lei n. 8.666/1993, estabelece que as compras públicas, sempre que possível, devem pautar-se pelas condições de aquisição e pagamento do setor privado.

8. Conforme ressaltado pela assessoria jurídica do TST, diversas contratações de outros órgãos públicos seguiram essa prática de mercado, inclusive do próprio TCU, fato que meu Gabinete confirmou junto à unidade competente deste Tribunal. Quando dessa confirmação, inclusive, nos foi informado que houve, no passado, consultas feitas junto a empresas para verificar a possibilidade de aquisição dos bens de informática e da garantia de forma segregada, e se constatou que isso traria um encarecimento significativo da contratação como um todo. Há ainda que se considerar que a contratação em separado dos serviços implicaria na necessidade de a administração gerir um maior volume de contratos e de processos de pagamento.

9. Vislumbra-se, portanto, que a contratação em separado, além de contrariar uma prática de mercado, iria de encontro aos princípios da

eficiência e da economicidade, que também devem nortear as ações da Administração Pública. (Grifo nosso).³⁴

156. Noutra ocasião, o Tribunal de Contas da União considerou adequada a adoção de condições de pagamento iguais às adotadas pelo setor privado, inclusive flexibilizando exigência expressa em lei (artigos 62 e 63 da Lei Federal n. 4.320/1964) para autorizar a realização de pagamento antecipado ao fornecedor. O acórdão apresentou o seguinte entendimento:

Sobre o pagamento antecipado de 40% do valor total contratado, destaco, inicialmente, que o art. 15, III, da Lei de Licitações, prescreve que as compras, sempre que possível, deverão submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado, não sendo vedada pelo ordenamento jurídico a possibilidade de pagamento antecipado. Evidentemente essa não é a regra, mas a exceção. A jurisprudência desta Corte a admite em casos excepcionais. Cito os acórdãos n. 918/2005-Segunda Câmara (Ministro Walton Alencar) e n. 1.442/2003-Primeira Câmara (Ministro Marcos Vilaça). **No caso concreto, a prática do mercado é que em aquisições de helicópteros e afins o pagamento seja, parcialmente, efetuado antecipadamente. Eventual adoção de condição de pagamento apenas contra entrega poderia inviabilizar a disponibilização dos helicópteros no prazo requerido pela Administração.** (Grifo nosso).³⁵

157. O ajuste da modelagem dos contratos dos Clientes Públicos à modelagem dos Clientes Privados, sempre com os devidos anteparos, faz com que os contratos de projeto e execução dos Clientes Públicos tenham mais segurança e agilidade. Num traçado mais amplo, os contratos dos Clientes Públicos devem ser simplificados, mais focados na obtenção de resultados úteis para o Programa de Eficiência Energética.

158. Pois bem, os Clientes Privados usam, em larga escala, a contratação de Empresas de Serviços de Conservação de Energia (ESCO) para a implementação de Projetos de Eficiência Energética. O modelo contratual difundido no setor privado engloba a contratação, a um só tempo, de todas as atividades necessárias à concepção e realização das ações de efficientização do edifício, quais sejam:

³⁴ TCU: Acórdão n. 1.177/2014-Plenário, Consulta (CONS) n. 002.584/2014-0, Relator Ministro Aroldo Cedraz, julgado em 7 maio 2014.

³⁵ TCU: Acórdão n. 5.294/2010-Primeira Câmara, Representação (REPR) n. 020.139/2010-1, Relator Ministro Weder de Oliveira, julgado em 24 ago. 2010.

- (i) Diagnóstico preliminar das melhores soluções para o aumento da eficiência no consumo de energia elétrica e água, suportados por análises de viabilidade econômica e financeira;
- (ii) Confecção dos projetos executivos de engenharia para a implantação dos programas ou medidas de eficiência;
- (iii) Execução das obras, melhorias e reformas nas instalações e nos processos, objetivando alcançar melhor eficiência no consumo de insumos e economia nos respectivos custos, e sempre que necessário complementando as intervenções técnicas com treinamento de operadores e conscientização dos usuários das instalações;
- (iv) Realização de medições e verificações para determinação das economias proporcionadas pelo programa completo de eficiência implementado ou pelas medidas implantadas em benefício do seu cliente beneficiário.

159. As atividades necessárias à implementação de ações de eficiência energética caracterizam-se pela prevalência da natureza prestacional com elevada especialização técnica. Há intervenções na área da engenharia e fornecimento de bens, porém estas e aquelas não representam o elemento central do contrato. Um Projeto de Eficiência Energética pressupõe, em seu cerne, a concepção e desenvolvimento de um sistema de consumo racional, integrado e completo do edifício. A prestação consiste no conjunto de atividades humanas, amparadas em uma racionalidade técnica, destinadas a conceber a solução de eficientização do prédio.

160. Nesse contexto, a atividade em foco corresponde ao conceito de serviços técnicos especializados adotado pela Lei Federal n. 8.666/1993, assim:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

[...]

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos.

161. Além disso, o modelo adotado pelo setor privado apoia-se na ideia de que a realização do projeto e a execução das intervenções nele previstas devem ser concentradas sob a mesma responsabilidade, como forma de potencializar os resultados. Busca-se evitar a perda ou inconsistência de informações que seriam geradas nas sucessões de empresas e responsáveis. De fato, o fracionamento do objeto traz prejuízos:

- (i) Pulverização das responsabilidades, permitindo a ocorrência de zonas cinzentas e indefinidas de obrigações e encargos entre os diversos fornecedores e prestadores;
- (ii) Perda da inteligência das etapas conceituais do projeto, colocando em risco a correta interpretação dos conhecimentos estabelecidos pelos Diagnósticos Preliminar e Energético;
- (iii) Dificuldades na sensibilização dos executores individuais com o resultado global do projeto, aumentando o grau de insegurança e desconfiança com os resultados projetados;
- (iv) Multiplicação das interferências de obras, comprometendo o atingimento das metas de eficiência de maneira uniforme para todos os sistemas;
- (v) Criação de um ambiente com potencial hostilidade entre os diversos prestadores e fornecedores;
- (vi) Ampliação dos custos de mobilização e manutenção de diversas equipes de trabalho, ocasionando dispêndios desnecessários;
- (vii) Ineficiência no aproveitamento da mão de obra;
- (viii) Comprometimento dos cronogramas de execução de etapas em razão de atrasos de terceiros.

162. O problema principal decorrente do fracionamento seria a dificuldade de se garantir o comprometimento de todas as empresas com os resultados globais

projetados. Veja-se da seguinte forma: a empresa contratada para elaboração dos Diagnósticos talvez não se comprometa profundamente com o seu produto já que não será cobrada pelos resultados obtidos; ou a empresa de execução de um sistema consumidor não se comprometa com a etiquetagem do edifício em relação aos demais sistemas.

163. Enfim, o cenário franqueia margem para falhas e inconsistências técnicas. O modelo é infértil para o amadurecimento de um compromisso com os resultados globais projetados. A simples impossibilidade de responsabilização por eventual insuficiência de resultados é motivo bastante para questionar o fracionamento.

164. Por isso, insista-se, o modelo contratual difundido no setor privado abrange a contratação única de todas as atividades necessárias à efficientização do edifício, dos diagnósticos, passando pela execução das intervenções projetadas, alcançando a medição e monitoramento dos resultados.

II.9. Os Reflexos e Anteparos para a Aplicação por Clientes Públicos da Modelagem dos Clientes Privados

165. A Consultoria não tem dúvida de que esse modelo difundido no setor privado, de uma única contratação abrangente, é o que propicia os melhores resultados. Logo, num plano ideal, esse modelo deveria ser utilizado pelos Clientes Públicos. O problema é que esse modelo privado opõe-se a algumas normas da Lei Federal n. 8.666/1993. Portanto, são necessárias adaptações, não é viável aplicá-lo para os Clientes Públicos em sua totalidade. É possível aproveitá-lo em parte, porém não em sua inteireza.

166. O principal entrave para adoção pelos Clientes Públicos da modelagem usual no setor privado diz respeito à obrigação legal de licitações de obras e serviços de engenharia serem precedidas de projeto básico, na forma como dispõe o artigo 7º da Lei Federal n. 8.666/1993:

Art. 7º. As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

§ 1º. A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

§ 2º. As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório; [...]

167. O projeto básico, conforme definição do inciso IX do artigo 6º da Lei Federal n. 8.666/1993, deve dispor sobre o “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação [...]” Ou seja, o projeto básico deve detalhar todas as obras e os serviços que devem ser executados, inclusive quantificá-los. Na modalidade pregão, o termo de referência faz as vezes do projeto básico.

168. Para além disso, o inciso I do artigo 9º da Lei Federal n. 8.666/1993 proíbe que participe da licitação ou da execução de obra ou serviço “o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica”. O § 1º do mesmo artigo 9º admite a participação do autor do projeto básico na execução da obra ou serviço apenas “como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada”.

169. Na Lei Federal n. 8.666/1993, repita-se, o projeto básico deve preceder a licitação para a execução da obra e do serviço. Não é permitido licitar em conjunto o projeto e a execução da obra e do serviço. Dito de outro modo, não é legal licitar objeto abrangente, que inclua o projeto básico e as obras e os serviços que eventualmente devem ser nele previstas. E mais, o autor do projeto básico sequer pode participar da licitação para a execução da obra ou do serviço.

170. Como dito, esse conjunto de normas da Lei Federal n. 8.666/1993 impede a adoção integral pelos Clientes Públicos da modelagem usual no setor privado, que importa numa única contratação, que vai dos diagnósticos, passando pelos projetos, pela execução das obras e dos serviços, até a medição e monitoramento dos resultados. Sucede que os diagnósticos é que apontam as soluções técnicas para a eficiência energética, incluindo a eventual necessidade de serviços e obras. Com base nos diagnósticos é que os projetos são realizados. Portanto, no segmento privado, o projeto e a execução das obras e serviços nele previstos estão acobertados no mesmo contrato, o que não se admite na sistemática da Lei Federal n. 8.666/1993.

171. Muito embora não seja viável aplicar na sua totalidade a modelagem de contratação de eficiência energética dos Clientes Privados para os Clientes Públicos, é desejável que ela seja aplicada naquilo que couber, que não confrontar as normas da Lei Federal n. 8.666/1993. Nesse sentido, extrai-se da modelagem do segmento privado a **diretriz de não fragmentação do contrato de eficiência energética**. Essa diretriz, afirma-se novamente, não pode ser aplicada na sua totalidade pelos Clientes Públicos, porém pode sê-lo parcialmente. **A diretriz, para os Clientes Públicos, seria a de fragmentar o contrato de eficiência energética apenas no que for estritamente necessário, na menor medida possível.**

172. A rigor, pode-se dizer que os contratos administrativos envolvem três grandes etapas: a primeira é de planejamento, em que se identifica e se detalha o que deve ser executado, a segunda é de execução e a terceira é de supervisão do que foi executado. Nos contratos de eficiência energética não é diferente. Num plano mais geral, o planejamento envolve os diagnósticos e o projeto, seguidos da execução do objeto, que deve ser

supervisionada (verificada e medida) pelo contratante, que pode contratar terceiro para assessorá-lo, como lhe autoriza o artigo 67 da Lei Federal n. 8.666/1993:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

173. Dentro da diretriz de fragmentar a contratação energética apenas no que for estritamente necessário, destaca-se a legalidade de reunir numa mesma licitação e num mesmo contrato a etapa de planejamento e de supervisão.

174. Insista-se que, de acordo com o § 1º do artigo 9º da Lei Federal n. 8.666/1993, é permitido que o contratado para elaborar o projeto atue posteriormente “como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada”. Então, é permitido que a mesma licitação e contratação albergue os diagnósticos, os projetos e a supervisão da execução das obras e serviços.

175. O Tribunal de Contas da União reconhece a hipótese de em única licitação contratar-se o projeto e a consultoria na supervisão da execução. Sem embargo, faz ressalvas relacionadas à necessidade do contratante precaver-se contra potencial interferência da empresa contratada para que os valores da supervisão sejam majorados. Com tais ressalvas, não há oposição da Corte de Contas:

O instrumento convocatório é claro ao estabelecer que a empresa contratada para definir a Solução Integrada para a Modernização de Processos e de Sistemas da Financiadora de Estudos e Projetos será a mesma a prestar assessoria à FINEP na gestão e no acompanhamento da implementação do referido projeto (item 1.1 do Edital).

Consta, ainda, do edital expressa proibição de a empresa contratada para a prestação dos serviços descritos na Concorrência FINEP n. 01/2010, bem como as suas subcontratadas, participar, direta ou indiretamente, de futuras licitações com o objetivo de adquirir bens e/ou executar serviços recomendados para a implementação da solução integrada (item 1.3. do Edital e subitem 3.2.4.1.2. do Anexo II do edital).

[...]

Da leitura do Edital da Concorrência FINEP n. 01/2010, percebe-se que a Administração daquela empresa pública, ao menos em tese,

procurou zelosamente atender ao interesse público corporificado na minimização de riscos de dependência tecnológica da contratada no desenvolvimento e concretização da solução integrada, e na observância das regras previstas no Estatuto Federal de Licitações e Contratos.

[...]

Devo considerar, porém, que é inegável o risco aventado pela Unidade Técnica quanto à mesma empresa contratada para definir a solução integrada para modernização de processos e de sistemas da FINEP (fase 5) influenciar, na prática, a dimensão dos serviços de consultoria e de acompanhamento da implementação do referido projeto na etapa seguinte (fase 6), a serem também por ela realizados. Nessas circunstâncias, a empresa poderá aumentar os ganhos a serem auferidos da Administração em razão do pagamento pela contraprestação dos trabalhos de consultoria por ela delineados na primeira fase do projeto. A minimização desse risco depende muito mais de um grau de maturidade técnica e de análise crítica dos setores competentes da FINEP encarregados da fiscalização da avença, no sentido de avaliarem as propostas de serviços e produtos a serem implementadas na fase 6, evitando, assim, gastos desnecessários.

De qualquer modo, a questão remete ao próprio modelo de contratação adotado pela FINEP para implementação da solução integrada de seus processos organizacionais. Para concretização desse desiderato, o qual envolve uma ampla gama de competências e um extenso escopo de revisão institucional, a Financiadora de Estudos e Projetos optou por utilizar um banco de horas de profissionais de alto nível (consultores sênior, pleno e júnior) a fim de cumprir uma pauta de produtos e serviços descritos para cada uma das fases 5 e 6. Ao adotar esse formato de contratação, a FINEP fiou-se em semelhante ajuste realizado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, por meio da Concorrência ACO n. 1/2009, o qual se encontra em plena execução, tendo logrado êxito e encontrar-se em seu 5º ano de execução.³⁶

176. Essa solução, que reúne na mesma licitação e contratação as etapas de planejamento e supervisão, encontra ampla justificativa técnica. A contratada deve ser Empresa de Serviços de Conservação de Energia (ESCO). Ela deve realizar os diagnósticos e, com base neles, conforme o caso, os projetos básico e executivo. O Cliente Público realiza a licitação e a contratação das obras e serviços projetados pela ESCO. Ninguém melhor do que

³⁶ TCU: Acórdão n. 2.430/2011-Plenário, Representação (REPR) n. 012.952/2010-9, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, julgado em 14/09/2011.

a ESCO, que elaborou os diagnósticos e projetos, com amplo conhecimento sobre a situação do Cliente Público e dos resultados projetados, para encarregar-se da supervisão dos contratos de execução das obras e dos serviços, auxiliando o Cliente Público para que o Projeto de Eficiência Energética realmente cumpra os seus objetivos.

177. Faz-se necessária uma outra licitação e contratação para a execução das obras ou dos serviços e aqui apresenta-se outra questão relacionada à diretriz de fragmentar o contrato de eficiência energética no que for estritamente necessário. Sucede que o diagnóstico desenvolvido pela ESCO pode apontar a realização de obras e serviços que envolvam especialidades diferentes. É comum, por exemplo, que indique a necessidade de serviços, obras e instalação de equipamentos fotovoltaicos e de condicionamento de ar. No final das contas, a questão é se é permitido realizar uma licitação e contratação apenas para obras e serviços que envolvam especialidades diferentes ou se é obrigatório fragmentar o objeto, realizando-se duas ou mais licitações e contratações.

178. O § 1º do artigo 23 da Lei Federal n. 8.666/1993 prescreve:

Art. 23 [...] § 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

179. O dispositivo supracitado caminha para a fragmentação, no entanto não a afirma em tom absoluto. A amplitude da licitação deve ser estabelecida em razão das condições técnicas e econômicas intrínsecas ao objeto, sempre com vistas a viabilizar a ampla competição. Quer dizer que a legislação concede aos agentes administrativos competência discricionária para decidirem pela fragmentação ou não do objeto.

180. É do Tribunal de Contas da União:

20. É cediço que a regra é o parcelamento do objeto de que trata o § 1º do art. 23 da Lei Geral de Licitações e Contratos, cujo objetivo é o de melhor aproveitar os recursos disponíveis no mercado e ampliar a competitividade, mas é imprescindível que se estabeleça que a divisão do objeto seja técnica e economicamente viável. Do contrário, existindo a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido, não há razão em fragmentar inadequadamente os serviços a serem contratados.

21. Assim, não verificada a coexistência das premissas lançadas neste Voto, viabilidade técnica da divisão e benefícios econômicos que dela decorram, reputo que o melhor encaminhamento a ser dado à questão é no sentido de que o objeto, nos moldes descritos no Edital, possa ser licitado de forma global.

22. Registro que não se está defendendo aqui que se trata de um objeto complexo e indivisível, mas de objeto cujos elementos técnicos e econômicos do caso concreto condizem com o seu não parcelamento.³⁷

181. Em Acórdão recente, o mesmo Tribunal de Contas da União encareceu que a decisão em fragmentar ou não o objeto das licitações e contratos deve ser tomada em vista dos interesses da Administração Pública e do princípio da eficiência:

7. Nesse sentido, apenas o art. 23, §1º, da Lei n. 8.666/1993 determina que “as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”.

8. Verifica-se que o pressuposto defendido pela unidade técnica, ao acolher os argumentos de licitantes interessados, é de que o objeto fosse dividido em sete itens distintos. Observo, contudo, que, após deliberação deste Tribunal, por meio do [acórdão 1.214/2013-Plenário](#), a administração, como regra, tem evitado assinar múltiplos contratos, ainda que para prestação de serviços distintos ou em locais diversos.

9. Não se vislumbra ganho com o procedimento sugerido pela unidade técnica, pois atenderá apenas ao interesse do particular, e não da administração. Em primeiro lugar, a administração pública tem a exata noção dos custos desses serviços, e a divisão do objeto não necessariamente irá ampliar a competitividade e, em consequência, reduzir os preços ofertados aos patamares esperados.

10. Em segundo lugar, ocorrerá aumento de custos administrativos com a gestão desses contratos quando das renovações, prorrogações, reajustes e repactuações, novas licitações, contratos emergenciais, rescisões prematuras, exame de documentos, processos de pagamentos, controle de contas vinculadas. Nesse sentido, cabe transcrever excerto do voto condutor do [acórdão 3.334/2015-Plenário](#), de minha autoria:

³⁷ TCU. Acórdão n. 1.946/2006-Plenário, Representação (REPR) n. 012.721/2006-0, Relator Ministro Marcos Bemquerer, julgado em 18 out. 2006.

“27. No caso concreto, a SMPE/PR previu a contratação de praticamente todos os serviços de manutenção predial, a serem prestados por uma única empresa. Sob ponto de vista administrativo, não há dúvida de que o critério adotado traz grandes vantagens, pois evita o excesso de procedimentos administrativos, tais como a realização de diversas licitações e a gestão de inúmeros contratos. Não vejo razão, por exemplo, no fatiamento de manutenção predial por força de especialização de segmentos econômicos, tais como, serviços hidráulicos, elétricos, manutenção de gerador, manutenção de nobreak, elevadores, ar-condicionado, dentre outros. Ao contrário, a iniciativa privada costuma trabalhar com empresas especializadas na gestão de condomínios, cujo objetivo é o perfeito funcionamento de todo o sistema de forma integrada.”

[...]

13. Constata-se, pois, que a administração pública tem adotado formas diversas de contratação, algumas excessivamente burocráticas, as quais violam o princípio da eficiência previsto no art. 37 da Constituição Federal.

14. Alguns órgãos e entidades têm licitado e contratado o fornecimento de materiais e insumos para serem entregues em almoxarifados, os quais serão, posteriormente, utilizados quando da execução dos serviços. Referido procedimento exige uma quantidade significativa de servidores para realizar licitações, receber e controlar, posteriormente, a utilização desses produtos. Contempla, também, incertezas quando da execução do serviço, pois, com frequência, itens não são adquiridos ou são adquiridos em quantidades insuficientes.

15. Outros órgãos e entidades realizam certames para constituição de ata de registro de preços, com adjudicação, no mais das vezes, por grupos de itens, e os materiais registrados são requisitados e utilizados quando da realização de cada serviço. Esse procedimento contempla manifesta ilegalidade, pois as atas registradas estão sendo utilizadas, comumente, como contrato. Contempla, ainda, ineficiência, por envolver diversos fornecedores na realização de um mesmo serviço, o que traz contratempo de toda natureza. Em síntese, é quase impossível obter uma sinergia adequada entre o prestador dos serviços e os inúmeros fornecedores de materiais. Além disso, periodicamente nova pesquisa é realizada para verificar se os preços registrados estão de acordo com os praticados pelo mercado, nos termos do art. 9º, inciso XI, do Decreto n. 7.892/2013. Some-se, ainda, a necessidade de se realizar novas licitações sempre que a ata perder a vigência ou caso, por qualquer outro motivo, deixe de ser aplicada.

16. Ante o exposto, reitero, esses procedimentos estão em desacordo com o art. 37 da Constituição Federal por violarem o princípio da eficiência.³⁸

182. A solução não é dada de antemão e em abstrato. Devem-se analisar as peculiaridades técnicas de cada caso, quais os objetos e as especialidades envolvidas, a interdependência entre os objetos, os riscos da fragmentação dos objetos e as repercussões da decisão sobre a competitividade e sobre ganhos de escala.³⁹

183. Em que pese ser imprescindível avaliar cada situação concreta, pode-se afirmar diretriz de não fragmentação do contrato de execução de obras e serviços para os contratos de eficiência energética. Os argumentos já foram expostos neste estudo e refletem a diretriz geral de fragmentação do objeto apenas no que for estritamente necessário, em razão da modelagem contratual dos Clientes Privados a que se devem submeter os Clientes Públicos, com força no inciso III do artigo 15 da Lei Federal n. 8.666/1993 e ampla jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

184. Ademais, como também já destacado, a fragmentação da contratação de eficiência energética traz inúmeros riscos para o contratante, que podem comprometer os resultados projetados.

185. O Contrato de Desempenho, firmado entre a Distribuidora e o Cliente Público, pressupõe a análise das medidas em prol da eficiência energética como um todo. Ainda que o projeto envolva obras e serviços de especialidades diversas, a Distribuidora seleciona o Cliente Público com mira no resultado integrado e não fragmentado.

186. Por exemplo, para viabilizar um projeto é necessário que se façam intervenções no sistema de iluminação, climatização e aquecimento de água. Os três em conjunto é que geram o resultado esperado pela Distribuidora. Em separado, o resultado é pífio, a Distribuidora não firmaria o Contrato de Desempenho. Ora, se a contratação da execução for fragmentada, dividida em três, é bem possível que os resultados também sejam

³⁸ TCU: Acórdão n. 1.238/2016-Plenário, Representação (REPR) n. 035.988/2015-0, Relatora Ministra Ana Arraes, julgado em 18/05/2016.

³⁹ Confira-se: “[...] a questão da viabilidade do fracionamento deve ser decidida com base em cada caso, pois cada obra tem as suas especificidades, devendo o gestor decidir analisando qual a solução mais adequada no caso concreto” (TCU. Acórdão n. 732/2008-Plenário, Representação (REPR) n. 031.296/2007-5, Relator Ministro Aroldo Cedraz, julgado em 23 abr. 2008).

parciais. Portanto, para melhor assegurar o resultado do Contrato de Desempenho, as contratações não devem ser fragmentadas.

187. Deve-se ponderar, no entanto, que a concentração de obras e serviços distintos numa mesma licitação pode implicar restrições à competitividade. Por exemplo, uma empresa especializada em painéis fotovoltaicos encontra dificuldades em participar de licitação em que se obriga também a prover sistema de refrigeração.

188. Para minimizar tais restrições à competitividade, é recomendável que se permita a participação de empresas reunidas em consórcio, na forma do artigo 33 da Lei Federal n. 8.666/1993.⁴⁰ Então, empresas de especialidades diferentes podem se associar para participar da licitação e executar o contrato.

189. Também é recomendável para atenuar potencial restrição à competitividade que se admita a hipótese de subcontratação, escorada no artigo 72 da Lei Federal n. 8.666/1993⁴¹, fixando-se, inclusive, quais parcelas do contrato poderiam ser objeto de subcontratação. É nessa direção o posicionamento do Tribunal de Contas da União:

5. Discordo parcialmente do entendimento esposado pela unidade técnica, mormente por constatar que o teor do Acórdão n. 5532/2010

⁴⁰ “Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexistente esse acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.”

⁴¹ “Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.”

- 1ª Câmara, invocado pelas responsáveis em resposta à audiência que lhes foi endereçada e tomado como parâmetro para a conclusão da Secex-MG, não traduz o entendimento majoritário no âmbito desta Corte de Contas. [...]

6. Donde se conclui que, à luz da jurisprudência do TCU, a regra é no sentido de que o edital da licitação, cuja minuta de contrato lhe é anexa, preveja a subcontratação, admitindo-a expressamente, discriminando inclusive quais itens (partes) do objeto poderão ser subcontratados. E esse entendimento — dominante no âmbito desta Corte de Contas — é extraído da leitura conjunta, sistêmica, dos arts. 72 e 78, VI, da Lei n. 8.666/1993, abaixo transcritos: [...].

7. Afigura-se-me incontroverso que a expressão “não admitidas no edital e no contrato” só reforça o entendimento de que constitui motivo para rescisão a subcontratação parcial que não esteja prevista no edital e no contrato. Fica implícito, portanto, que havendo previsão editalícia e contratual, tal hipótese não constitui motivo para rescisão.

8. O ente público contratante tem a faculdade de autorizar a subcontratação parcial de obra, serviço ou fornecimento, desde que a possibilidade de subcontratar esteja prevista no edital e no contrato, e ainda com seus limites expressamente definidos. Não se pode olvidar que a simples perspectiva da subcontratação, prevista no corpo do edital ou na minuta do contrato, acaba por contribuir para a ampliação da competição.

16. É, portanto, providência de exceção, haja vista que o interesse da Administração é pelo cumprimento do contrato na forma originalmente avençada. A faculdade conferida à contratada pelo art. 72 da Lei n. 8.666/1993 para subcontratar partes do objeto evita que a Administração venha a ter de promover outras tantas licitações a fim de complementar a execução do contrato que não pôde ser realizado, na sua integralidade, pela contratada. Não se pode perder de perspectiva que realizar licitação demanda tempo e acarreta custos para o poder público.⁴²

190. Com as ressalvas de que cada caso guarda as suas peculiaridades, sugere-se modelagem em que o Cliente Público contrata obra ou serviço de engenharia, com fornecimento de equipamentos, o que é absolutamente usual na Administração Pública.

191. Inclusive, é de mencionar que os órgãos de controle, em regra, preferem que se contratem as obras e os serviços em separado do fornecimento dos

⁴² TCU: Acórdão n. 3.378/2012-Plenário, Relatório de Auditoria (RA) n. 026.757/2011-7, Relator Ministro José Jorge, julgado em 05/12/2012.

equipamentos. Todavia, havendo justificativas de que as obras e os serviços e o fornecimento de equipamentos sejam integrados, como ocorre no caso em tela, admitem que a contratação ocorra de uma só vez e em conjunto. Daí, nessa hipótese, também a depender das peculiaridades de cada caso, quando o contratado atua como mero intermediador de alguns equipamentos, os órgãos de controle determinam que seja previsto percentual de Bonificações e Despesas Indiretas diferenciado.

192. Por ilustração, do Tribunal de Contas da União:

27. Há muito este Tribunal sedimentou o entendimento de que, no caso de itens de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra, deve incidir taxa de BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens do orçamento.

28. O fundamento lógico por trás desse entendimento é que, se fosse calculado um BDI especificamente para esses itens, o valor alcançado seria nitidamente inferior, uma vez que componentes como administração central, riscos e imprevistos (por retrabalho, por queda de produtividade etc.) seriam bem inferiores.^{43 44}

193. Também a depender das peculiaridades dos casos concretos, sugere-se que se adote como modelo o regime de empreitada integral, previsto na alínea “e” do inciso II do artigo 6º da Lei Federal n. 8.666/1993:

⁴³ TCU: Acórdão n. 179/2017-Plenário, Relatório de Auditoria (RA) n. 030.958/2014-8, Relatora Ministra Ana Arraes, julgado em 08/02/2017.

⁴⁴ O Decreto Federal n. 7.983/2013 versa sobre o assunto:

“Art. 9º. O preço global de referência será o resultante do custo global de referência acrescido do valor correspondente ao BDI, que deverá evidenciar em sua composição, no mínimo: I - taxa de rateio da administração central; II - percentuais de tributos incidentes sobre o preço do serviço, excluídos aqueles de natureza direta e pessoalística que oneram o contratado; III - taxa de risco, seguro e garantia do empreendimento; e IV - taxa de lucro.

§ 1º Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra devem apresentar incidência de taxa de BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens.

§ 2º No caso do fornecimento de equipamentos, sistemas e materiais em que o contratado não atue como intermediário entre o fabricante e a administração pública ou que tenham projetos, fabricação e logística não padronizados e não enquadrados como itens de fabricação regular e contínua nos mercados nacional ou internacional, o BDI poderá ser calculado e justificado com base na complexidade da aquisição, com exceção à regra prevista no § 1º.”

Art. 6º [...] II [...] e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratado.

194. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União faz ressalvas em relação à adoção da empreitada integral. Confira-se:

22. Após a publicação do orçamento detalhado elaborado pela Unifesp para subsidiar a elaboração das propostas, a SeinfraUrbana destacou que, “além dos serviços, equipamentos e instalações comumente executados dentro do escopo de obras públicas de edificações, há alguns itens que, eventualmente, poderiam ter sido objeto de contratação à parte, como, por exemplo, os equipamentos de cozinha industrial [...]”. Informou que os referidos itens totalizam R\$ 867.465,95, incluído o BDI.

23. Tem razão a SeinfraUrbana. A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que o regime de empreitada integral previsto no art. 6º, inciso VIII, alínea “e”, da Lei n. 8.666/1993 deve ser considerado na condução de projetos de vulto e complexos, em que a perfeita integração entre obras, equipamentos e instalações se mostre essencial para pleno funcionamento do empreendimento, a exemplo de obras em hidrelétricas. Essa complexidade não se encontra demonstrada nas obras pretendidas pela Unifesp.⁴⁵

195. Bem se vê que o Tribunal de Contas da União não proíbe a empreitada integral – aliás, nem poderia fazê-lo, porque prevista expressamente na Lei Federal n. 8.666/1993. Na percepção ponderada da Corte, a empreitada integral apenas não deve ser utilizada como regra, para casos injustificados. É permitido utilizá-la em situações em que se exige “a perfeita integração entre obras, equipamentos e instalações [...]”, o que ocorre com tonalidades fortes nos Projetos de Eficiência Energética, em que, repita-se, a viabilidade depende de objetivos que são mensurados em conjunto e de forma integrada.

196. Na empreitada integral, versada na alínea “e” do inciso VIII do artigo 6º da Lei Federal n. 8.666/1993, o contratado é obrigado a entregar o empreendimento em

⁴⁵ TCU. Acórdão n. 711/2016, Plenário. Rel. Min. Ana Arraes. Julg. 30 mar. 2016.

funcionamento e operação. Fala-se em contrato *turn key*. Nesse aspecto, as práticas de mercado não conflitam com o regime jurídico da Lei Federal n. 8.666/1993, senão, ao contrário, coadunam-se com a empreitada integral.

II.10. Aspectos Destacados Relacionados à Licitação Pública para a Execução do Programa de Eficiência Energética

(a) Modalidades de Licitação

197. O artigo 22 da Lei Federal n. 8.666/1993 prevê cinco modalidades de licitação, sendo que três delas são as principais, concorrência, tomada de preços e convite, destinadas às contratações em geral. A utilização dessas três modalidades depende, em linha geral, do valor estimado dos futuros contratos. As outras duas modalidades, concurso e leilão, são utilizadas para objetos específicos, sem aplicação, em princípio, para os contratos relacionados aos Projetos de Eficiência Energética.⁴⁶

198. Há uma sexta modalidade de licitação, denominada pregão, que é utilizada para a aquisição de bens e serviços de natureza comum, isto é, bens e serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado, conforme o parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal n. 10.520/2002⁴⁷. A modalidade pregão pode ser realizada de forma presencial ou eletrônica,

⁴⁶ “Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação.”

⁴⁷ “Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

devendo-se dar preferência para a forma eletrônica, consoante o artigo 4º do Decreto Federal n. 5.450/2005.⁴⁸

199. A utilização da modalidade pregão para obra e serviço de engenharia é controversa. O artigo 6º do Decreto Federal n. 5.405/2005 veda o emprego da modalidade pregão eletrônico para obra de engenharia⁴⁹. Nessa toada, o Tribunal de Contas da União produziu a Súmula n. 257/2010, cujo teor é o seguinte: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei Federal n. 10.520/2002”.

200. Em síntese, a modalidade pregão pode ser utilizada para a contratação de bens e serviços, inclusive de engenharia, comuns, não pode ser utilizada para obras. Então, o emprego da modalidade pregão no âmbito do Programa de Eficiência Energética depende da natureza dos contratos que se pretende celebrar. O pregão é cabível para a aquisição de bens e prestação de serviços comuns. Não é cabível para a aquisição de bens e prestação de serviços que não sejam comuns e para as obras.

201. Em razão de experiência prática e da jurisprudência dos órgãos de controle, pode-se dizer que a modalidade pregão, em seu formato eletrônico, deve ser empregada como regra para a aquisição de equipamentos e instalações, ainda que as instalações envolvam alguma espécie de manipulação dos equipamentos e interferências em espaço físico, que poderiam configurar obra. O Tribunal de Contas da União tem admitido a utilização da modalidade pregão para esses casos:

22. Há consenso de que a utilização do pregão vem beneficiando a administração pública com descontos maiores que os anteriormente vistos em concorrências. Ademais, a inversão de fases do pregão elimina conflitos demorados sobre a habilitação dos participantes. Apesar disso, volta e meia deparamo-nos com questionamentos acerca da pertinência do enquadramento do objeto licitado na condição de bens e serviços comuns.

[...]

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”

⁴⁸ “Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.”

⁴⁹ “Art. 6º A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.”

25. Merece menção também a observação do Diretor da Secex/SC de que o serviço complexo para determinada empresa pode não o ser para outra a ele acostumado. Nessa linha, não me parece que seja incomum ao mercado e, em especial, a empresas da área de atuação da Eletrosul a aquisição de estruturas metálicas e postes de concreto, serviços de manipulação dessas estruturas, escadas de manutenção e serviços de movimentação e transporte de bobinas de cabos.

26. Os responsáveis citam ainda, à peça 34, decisões do Tribunal admitindo a contratação de alguns desses serviços mediante pregão, a exemplo do Acórdão n. 3.035/2013-Plenário, que não questionou a utilização dessa modalidade licitatória pela Codevasf na compra, movimentação e transporte de tubos e peças de aço carbono, incluindo bobinas, e do Acórdão n. 1.703/2003-Plenário, em que o Tribunal elogiou a iniciativa da própria Eletrosul de adquirir equipamentos para subestações mediante pregão.⁵⁰

202. A não utilização da modalidade pregão pressuporia que a parte mais relevante do contrato fosse atinente às interferências físicas. Devem-se analisar os casos concretos, porém, de maneira geral, é de reconhecer que grande parte dos contratos de execução no âmbito do Programa de Eficiência Energética poderiam ser licitados por meio da modalidade pregão eletrônico, à exceção em que a obra propriamente dita representasse a parte mais relevante da contratação.

203. O Tribunal de Contas da União também tem admitido a adoção da modalidade pregão para a supervisão de contratos. Leia-se:

Trata-se de representação, com pedido de adoção de medida cautelar, formulada pela Associação Brasileira de Empresas de Consultoria de Infraestrutura de Transportes (ABCTrans), em que afirma haver irregularidades no Pregão Eletrônico n. 258/2012, conduzido pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), tendo como objeto a contratação de empresa para supervisionar obras de implantação e pavimentação na Rodovia BR-432/RR.

[...]

7. Portanto, para esta Corte de Contas, o serviço de supervisão de obras deve ser, em regra, licitado na modalidade pregão, pois, na maioria dos casos, seu padrão de desempenho e qualidade pode ser objetivamente definido, conforme previsão legal.

⁵⁰ TCU: Acórdão n. 166/2015-Plenário, Prestação de Contas (PC) n. 028.277/2010-4, Relator Ministro José Múcio Monteiro, julgado em 04/02/2015.

8. Como bem mostra a unidade técnica, conquanto as atividades em análise sejam complexas para leigos, não o são para as empresas de supervisão e consultoria que fornecem, habitualmente, serviços semelhantes ao que ora se discute. Desse modo, as especificações seguem parâmetros do mercado, como obriga a lei.⁵¹

204. O Tribunal de Contas da União possui precedentes que autorizam a utilização da modalidade pregão para contratação de projetos:

Ressalte-se, ainda, que há o entendimento pacificado desta Corte de Contas, por meio da Súmula n. 257/2010, de que o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei n. 10.520/2002, fato que enseja a obrigatoriedade dessa modalidade, por exemplo, em serviços como elaboração de projetos básico e executivo, pavimentação asfáltica e edificação simples, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.⁵²

205. Em síntese, a modalidade pregão é cabível e deve ser utilizada para as licitações no âmbito do Programa de Eficiência Energética, abrangendo os diagnósticos, projetos, execução de serviços e fornecimentos de bens, ainda que com instalações e alguma intervenção física, e a supervisão do contrato de execução. Somente não será cabível se o objeto do contrato envolver essencialmente obra ou serviço que desborde do conceito de serviço comum, estabelecido no parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal n. 10.520/2002.

(b) Sistema de remuneração

206. O inciso XIV do artigo 40 da Lei Federal n. 8.666/1993 prescreve que os editais de licitação devem dispor sobre as condições de pagamento, que, em regra, se dão em prazo não superior a 30 (trinta) dias a contar da data do adimplemento por parte do

⁵¹ TCU: Acórdão n. 166/2015-Plenário, Prestação de Contas (PC) n. 028.277/2010-4, Relator Ministro José Múcio Monteiro, julgado em 04/02/2015.

⁵² TCU: Acórdão n. 3.341/2012-Plenário, Representação (REPR) n. 026.524/2012-0, Relator Ministro José Múcio Monteiro, julgado em 05/12/2012.

contratado⁵³. O inciso III do artigo 55 da Lei Federal n. 8.666/1993, por sua vez, determina que os contratos devem dispor sobre preço e condições de pagamento.⁵⁴

207. No plano federal, o Decreto Federal n. 7.983/2013 estabelece regras para a elaboração de orçamentos de obras e serviços de engenharia contratados com recursos do orçamento da União. Tal Decreto, portanto, não se aplica ao Programa de Eficiência Energética regulamentada pela ANEEL. Apesar disso, traz diretrizes importantes em relação ao preço dos contratos de engenharia. Extrai-se do seu texto:

Art. 3º O custo global de referência de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços e obras de infraestrutura de transporte, será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

Parágrafo único. O Sinapi deverá ser mantido pela Caixa Econômica Federal - CEF, segundo definições técnicas de engenharia da CEF e de pesquisa de preço realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

[...]

Art. 6º Em caso de inviabilidade da definição dos custos conforme o disposto nos arts. 3º, 4º e 5º, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

[...]

⁵³ “Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela.”

⁵⁴ “Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.”

Art. 8º Na elaboração dos orçamentos de referência, os órgãos e entidades da administração pública federal poderão adotar especificidades locais ou de projeto na elaboração das respectivas composições de custo unitário, desde que demonstrada a pertinência dos ajustes para a obra ou serviço de engenharia a ser orçado em relatório técnico elaborado por profissional habilitado.

Parágrafo único. Os custos unitários de referência da administração pública poderão, somente em condições especiais justificadas em relatório técnico elaborado por profissional habilitado e aprovado pelo órgão gestor dos recursos ou seu mandatário, exceder os seus correspondentes do sistema de referência adotado na forma deste Decreto, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle, dispensada a compensação em qualquer outro serviço do orçamento de referência.

[...]

Art. 9º O preço global de referência será o resultante do custo global de referência acrescido do valor correspondente ao BDI, que deverá evidenciar em sua composição, no mínimo:

I - taxa de rateio da administração central;

II - percentuais de tributos incidentes sobre o preço do serviço, excluídos aqueles de natureza direta e personalística que oneram o contratado;

III - taxa de risco, seguro e garantia do empreendimento; e

IV - taxa de lucro.

208. Trocando-se em miúdos, em regra, o orçamento da Administração Pública é produzido com base no SINAPI. Em hipóteses excepcionais, devidamente justificadas, pode-se deixar de utilizá-lo. Afora os custos diretos, resultantes do SINAPI, acresce-se ao orçamento a Bonificação de Despesas Indiretas.

209. As propostas dos licitantes devem ser apresentadas em consideração ao inciso I do artigo 13 do Decreto Federal n. 7.983/2013:

Art. 13. Em caso de adoção dos regimes de empreitada por preço global e de empreitada integral, deverão ser observadas as seguintes disposições para formação e aceitabilidade dos preços:

I - na formação do preço que constará das propostas dos licitantes, poderão ser utilizados custos unitários diferentes daqueles obtidos a partir dos sistemas de custos de referência previstos neste Decreto, desde que o preço global orçado e o de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro do contrato, observado o art. 9º, fiquem iguais ou abaixo dos preços de referência da administração

pública obtidos na forma do Capítulo II, assegurado aos órgãos de controle o acesso irrestrito a essas informações. [...]

210. Ou seja, nos casos de empreitada global ou integral, esta última a sugerida neste Estudo, os licitantes não são vinculados aos preços unitários orçados pela Administração Pública. Podem apresentar preços diferentes, superiores inclusive, desde que o preço das etapas indicadas no cronograma físico-financeiro do contrato ou o preço global não ultrapassem o orçado pela Administração.

211. O que importa para o presente estudo é que o preço contratado é certo, decorrente da proposta apresentada pelo contratado na licitação. Os pagamentos são feitos posteriormente, depois do recebimento realizado pelo Cliente Público, consoante o artigo 73 da Lei Federal n. 8.666/1993⁵⁵ e as normas próprias sobre liquidação de despesa da Lei Federal n. 4.320/1964.⁵⁶

212. A sugestão desta Consultoria é que se adote esse modelo tradicional, em que o contrato administrativo tem preço certo, a ser pago por etapas definidas em cronograma físico-financeiro do contrato, depois de recebida cada etapa e depois de realizada a liquidação da despesa.

213. Nada obstante a sugestão, seria viável prever-se modelo de remuneração variável, vinculada ao desempenho do contratado.

⁵⁵ “Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I - em se tratando de obras e serviços:

a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado;

b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei;”

⁵⁶ “Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.”

214. Esse modelo de remuneração variável encontraria amparo nas práticas dos Clientes Privados. Nele, é comum que as ESCOs sejam contratadas sob cláusula de risco e desempenho. Elas, muitas vezes, elaboram os diagnósticos e projetos necessários ao chamamento público sem serem remuneradas direta e especificamente. Elas também implementam as soluções projetadas sem remuneração direta e específica. Somente depois, com a efetiva implementação do projeto, são remuneradas com base na economia gerada em favor do Cliente Privado. A remuneração é inteiramente condicionada ao resultado.

215. Esse modelo privado encontra óbices no regime jurídico público. O primeiro óbice diz respeito à proibição, já abordada neste Estudo, de fazer-se um contrato somente, que abrangesse o Diagnóstico Energético, os projetos e a execução de obras, serviços e fornecimentos. O Cliente Público, sob a diretriz de fragmentar o objeto do Programa de Eficiência Energética somente no que for estritamente necessário, precisa de, ao menos, dois contratos, um para o Diagnóstico, projetos e supervisão, e outro para a execução das obras, serviços e fornecimentos.

216. Assim, o Cliente Público não conta com apenas um contratado, que possa ser responsabilizado pelo êxito total do projeto, a responsabilidade é fragmentada. Por conseguinte, se a reponsabilidade dos contratados não é pelo êxito total, não faz sentido remunerá-los pelo êxito total.

217. Sem embargo, esse modelo de remuneração variável encontra amparo no artigo 23 da Lei Federal n. 12.462/2011, que disciplina o Regime Diferenciado de Contratações Públicas:

Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.

§ 1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

§ 2º Na hipótese prevista no *caput* deste artigo, os licitantes apresentarão propostas de trabalho e de preço, conforme dispuser o regulamento.

§ 3º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

- I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada;
- II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e
- III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

218. O dispositivo supracitado versa sobre o julgamento realizado pelo maior retorno econômico, para a celebração de contratos de eficiência. Os contratos firmados no âmbito do Programa de Eficiência Energética podem ser qualificados, em termos gerais, como o próprio nome revela, como contratos de eficiência.

219. Pondera-se, entretanto, que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas não pode ser utilizado por todos os Clientes Públicos livremente. A aplicação do regime foi concebido para as licitações destinadas à Copa do Mundo de Futebol de 2014 e às Olimpíadas de 2016. Entretanto, posteriormente, foi ampliado para, em conformidade com os incisos do artigo 1º da Lei Federal n. 12.462/2011: (IV) as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Lei Federal n. 12.688/2012); (v) obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) (Lei Federal n. 12.745/2012); (VI) obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo (Lei Federal n. 13.190/2015); (VII) ações no âmbito da segurança pública (Lei Federal n. 13.190/2015); (VIII) obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística (Lei Federal n. 13.190/2015); (IX) - dos contratos de locação *built suit* (Lei Federal n. 13.190/2015); (X) ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação (Lei Federal n. 13.243/2016). Além disso, o § 3º do artigo 1º da Lei Federal n. 12.462/2011 autoriza o Regime Diferenciado para licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia (Lei Federal n. 13.190/2015).

220. O Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar prolatada no MS n. 33.889⁵⁷, suspendeu a vigência dos incisos VIII, IX do *caput* e do § 3º, todos do artigo 1º da Lei Federal n. 12.462/2011 e todos introduzidos pela Lei Federal n. 13.190/2015. Portanto, estão suspensos os dispositivos que permitem o uso do Regime Diferenciado para obras e serviços de engenharia relacionados a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura

⁵⁷ STF. MS 33.889. Rel. Min. Roberto Barroso. DJE de 20 nov. 2015.

logística, para contratos de locação *built suit* e para licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia.

221. O argumento do Supremo Tribunal Federal é que a Lei Federal n. 13.190/2015 decorre da Medida Provisória n. 678/2015, cujo texto original não dispunha sobre a ampliação do Regime Diferenciado para tais atividades ou segmentos, que foram introduzidas por meio de emendas durante a tramitação da sobredita Medida Provisória. Daí que, na linha de jurisprudência assentada, reputou inconstitucionais tais normas, supostamente estranhas ao conteúdo original da Medida Provisória que deu origem à Lei Federal n. 13.190/2015.

222. Nas hipóteses listadas na Lei Federal n. 12.462/2011, é permitido utilizar o Regime Diferenciado. Dito de outra forma, para tais hipóteses, os agentes administrativos gozam de discricionariedade para decidir se licitam por meio do regime tradicional, da Lei Federal n. 8.666/1993 e da Lei Federal n. 10.520/2002, ou se licitam por meio do Regime Diferenciado. A opção pelo Regime Diferenciado exclui a aplicação da Lei Federal n. 8.666/1993. A teor do §2º do artigo 1º da Lei Federal n. 12.462/2011, as normas da Lei Federal n. 8.666/1993 somente se aplicam para o regime diferenciado nos casos expressamente previstos naquela Lei.

223. Importa para o presente Estudo que o Regime Diferenciado da Lei Federal n. 12.462/2011 não pode ser utilizado pela generalidade dos Clientes Públicos, apenas para parte deles ou em situações específicas. Isso desaconselha que se utilize como padrão para os Clientes Públicos o sistema de remuneração baseado no maior retorno econômico estabelecido na Lei Federal n. 12.462/2011.

224. Poder-se-ia defender a tese de que esse sistema de remuneração fundado no maior retorno econômico e previsto expressamente na Lei Federal n. 12.462/2011 não conflitaria e poderia ser aplicado sob a égide da Lei Federal n. 8.666/1993. Para a Consultoria, a tese é procedente, seria, sim, possível. Nada obstante isso, pondera-se que a aplicação desse sistema de remuneração fora do Regime Diferenciado seria suscetível a controvérsias e questionamentos, dado que não prescrita na Lei Federal n. 8.666/1993. Logo, não haveria segurança jurídica em relação a ela, o que desaconselha sua recomendação.

(c) Resolução de controvérsias por meio de arbitragem

225. Os contratos de execução de Projeto de Eficiência Energética envolvem obrigações engendradas por aspectos técnico-econômicos com alto grau de complexidade. A compreensão sobre o conjunto de ações e variáveis que se desdobram num Projeto de Eficiência Energética demanda um certo grau de especialização em temas técnicos estranhos ao Poder Judiciário.

226. Além disso, a natureza dos contratos de efficientização implica necessidade de soluções céleres para eventuais conflitos. Um processo judicial com todas as suas particularidades de prazos, graus de jurisdição, recorribilidade e reexame de decisões sempre tende a retardar a solução de conflitos. E, ainda mais, porque eventual litígio tem o envolvimento da Administração Pública, com prazos ainda mais alargados e, inclusive, na impossibilidade de soluções antecipadas em razão de vedações ao deferimento de liminares, a exemplo das disposições da Lei Federal n. 8.437/1992.

227. Nesse sentido, o § 1º do artigo 1º da Lei Federal n. 9.307/1996, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei Federal n. 13.129/2015, explicitamente permite que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Os eventuais conflitos versam, em princípio, sobre direitos e obrigações do contrato e, portanto, relativos à esfera patrimonial disponível da relação jurídica.

228. Nesse contexto, reputa-se adequada a adoção de arbitragem por meio de cláusula compromissória nas contratações para execução do Projeto de Eficiência Energética. Então, os Clientes Públicos devem ser sensibilizados a adotarem essa prática, dado seu alinhamento aos objetivos do Programa de Eficiência Energética.

229. Essas ponderações, conquanto refiram-se ao alinhamento entre os agentes do Programa de Eficiência Energética, devem ser consideradas em qualquer cenário de contratações para o desencadeamento da implantação do Projeto de Eficiência Energética.

(d) Programa de integridade

230. Recomenda-se à ANEEL que encoraje as Distribuidoras e Clientes Públicos a assumirem compromisso de deferência a regras de integridade e *compliance* em todo encadeamento contratual.

231. A sugestão alinha-se às diretrizes da Lei Federal n. 13.303/2016 em relação às empresas estatais. Para estas, a Lei impôs a adoção de práticas de gestão de risco e controle interno que abarquem políticas de governança corporativa, transparência e integridade⁵⁸. O programa de *compliance* deve contemplar as circunstâncias prescritas pelo artigo 9º da Lei⁵⁹.

232. Nessa linha, o Guia de Implantação de Programas de Integridade nas Empresas Estatais⁶⁰ da Controladoria Geral da União (CGU), dentre suas recomendações, propõe que as estatais insiram em seus contratos cláusulas que exijam: “(i) comprometimento com a integridade nas relações público-privadas e com as orientações e políticas da empresa contratante, **inclusive com a previsão de aplicação do seu Programa de Integridade, se for o caso, principalmente com relação à vedação de práticas de fraude e corrupção**; (ii) previsão de rescisão contratual caso a contratada pratique atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira; e (iii) indenizações em casos de quebra contratual” (Grifo nosso).

233. A diretriz para adoção de programa de integridade estende-se às Distribuidoras privadas, todavia, sem sua obrigatoriedade. O artigo 41 do Decreto Federal n. 8.420/2015⁶¹ prescreve a possibilidade de as empresas adotarem programas de *compliance*

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Notas sobre a implantação do regime da Lei n. 13.303/2016**. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE118/IE118-MJF-Efeitos-da-Lei-13303.pdf>>. Acesso em: 2017.

⁵⁹ “Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:

I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;

II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;

III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

§ 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;

II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;

III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;

IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação à pessoa que utilize o canal de denúncias;

V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;

VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores”.

⁶⁰ CGU. **Guia de Implantação de Programas de Integridade nas Empresas Estatais**. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf>. Acesso em: 2017.

⁶¹ “Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de

voltados a preservar a integridade de suas relações. Dentre suas disposições, o inciso III do artigo 42 do Decreto estabelece que as práticas de integridade devem ser “estendidas, quando necessários, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados”.

234. As diretrizes caminham no sentido de que as Distribuidoras insiram em seus Contratos de Desempenho cláusula submetendo os partícipes do Programa de Eficiência Energética às práticas de gestão de risco, controle interno e programa de integridade. E, por derivação, o compromisso deve estender-se aos contratos de execução celebrados pelo Cliente Público com terceiros, dada a relação de subordinação entre as relações contratuais.

235. Assim porque os Clientes Públicos e terceiros contratados estarão em contato direto com a Distribuidora, seja no ato de aprovação dos diagnósticos, seja em razão da submissão de relatório ou pela potencial necessidade de obtenção ou confirmação de informações e dados referentes ao projeto. Daí a necessidade de que todos estejam de alguma forma atrelados ao programa de integridade e *compliance* da Distribuidora, sob pena de torná-lo inócuo.

detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

236. Dessume-se, de todo o exposto, as seguintes considerações finais:

237. Os Clientes Públicos encontram barreiras e dificuldade de acesso aos Contratos firmados no âmbito do Programa de Eficiência Energética, segundo apontado, inclusive, pela Consultoria GIZ (*Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit*), em estudo realizado no ano de 2015⁶². Destacam-se três barreiras:

(i) Os Clientes Públicos, geralmente, não dispõem de especialistas em energia e encontram dificuldades para contratar terceiros para realizar os estudos e reunir a documentação necessária para participar dos processos de Chamamento Público. Precisam realizar licitação pública e firmar contrato administrativo apenas para participar do Chamamento Público, despendendo recursos públicos previamente, antes de saberem se serão selecionados. Muitos, sob essa perspectiva, sequer participam dos processos seletivos de Chamamento Público.

(ii) O artigo 7º da Resolução Normativa ANEEL n. 556/2003 prescreve que as Distribuidoras precisam utilizar os recursos da Conta Contábil de Eficiência Energética, sob pena de serem sancionadas. O problema é que os Clientes Privados contratam com mais agilidade e para eles praticamente não há riscos de questionamentos por parte de terceiros. Os Clientes Públicos precisam realizar licitação, o processo é lento e usualmente questionado por órgãos de controle ou por terceiros. Nesse sentido, para as Distribuidoras, é melhor contratar Clientes Privados, porque os riscos são bem menores.

(iii) Os Clientes Públicos sujeitam-se ao modelo formal e burocrático das licitações e contratações públicas, baseado na Lei Federal n. 8.666/1993, que prescreve uma série de restrições. Em razão disso, os contratos de execução firmados pelos Clientes Privados são mais simples, céleres e eficientes do que os firmados pelos Clientes Públicos.

238. Em razão das barreiras, propõe-se as seguintes soluções:

⁶² GIZ. *Editais, Questionários e Entrevistas sobre CPPs*. Apresentação de consultoria, Salvador e Rio de Janeiro, 29 nov. 2015.

(i) A simplificação dos processos seletivos para os Clientes Públicos, com duas alternativas. A primeira é que os Clientes Públicos não se submetam mais às chamadas públicas. Eles apresentariam os seus dados à Distribuidora e ela, com os seus técnicos, avaliaria a viabilidade dos projetos. A segunda é que se faça uma espécie de Chamamento Público simplificado, sem que os Clientes Públicos tivessem de realizar licitação e contratar empresas especializadas para estas confeccionarem Diagnóstico Energético e para aqueles participarem.

(ii) Eximir as distribuidoras de penalizações acaso os projetos dos Clientes Públicos não consumam os recursos da Conta Contábil de Eficiência Energética nos prazos estabelecidos em razão de questionamentos dos órgãos de controle ou de terceiros.

(iii) A modelagem dos Clientes Públicos deve ser inspirada na modelagem dos Clientes Privados, na medida do possível, sem descuidar da legalidade e dos anteparos necessários.

239. A principal sugestão é que os trabalhos relacionados ao Diagnóstico Energético e aos projetos sejam incorporados no Contrato de Desempenho Energético e não precisem mais ser realizados com antecedência, no processo seletivo. Ou seja, o Diagnóstico Energético e os projetos passam a ser uma das etapas previstas no Contrato de Desempenho Energético.

240. Dentro dessa ideia, os recursos do Programa de Eficiência Energética poderiam ser direcionados para a confecção de Diagnóstico Energético e projetos. Ou seja, o Cliente Público não precisaria utilizar recursos próprios para tais empreitadas. Acaso assim não se entenda, poder-se-ia prever, dentro do Contrato de Desempenho Energético, como espécie de contrapartida, que os Clientes Públicos custeiem, com recursos próprios, o Diagnóstico Energético e os projetos.

241. Nessa situação, em que o Diagnóstico Energético e os projetos são inseridos no Contrato de Desempenho Energético, deve-se prever cláusula resolutiva. De modo mais específico, acaso os projetos revelem-se inviáveis em razão do Diagnóstico Energético e dos projetos, o Contrato de Desempenho Energético seria extinto, sem a penalização de quaisquer dos contratantes.

242. O Contrato de Desempenho Energético é uma espécie de convênio. E, com essa qualidade, não se sujeita às regras sobre prazos contratuais da Lei n. 8.666/1993. Os

prazos de Contrato de Desempenho Energético devem ser ajustados diante das necessidades de execução dos seus objetos, conforme estudos técnicos e o acordado pelos contratantes.

243. Os parâmetros para análise financeira e orçamentária dos projetos no âmbito do Programa de Eficiência Energética são disciplinados no Módulo 10 do Regulamento da ANEEL, bem como os critérios para a auditoria energética. A Consultoria entende que são adequados.

244. O ressarcimento da Distribuidora deve ser acordado entre as partes e disposto expressamente no Contrato de Desempenho Energético. O ressarcimento pode ser estabelecido juntamente com outras contrapartidas.

245. Os bens adquiridos com base no Contrato de Desempenho Energético, ao final dele, devem ser transferidos por meio de doação ao Cliente Público.

246. Deve-se estabelecer condições especiais, para resguardar o interesse públicos, nas situações em que o Cliente Público é inquilino de prédio privado, pertencente à pessoa privada. As soluções sugeridas pela Consultoria são as seguintes:

(i) O enquadramento na tipologia Poder Público para os casos de locação com prazo mais alongado, que fosse suficiente para amortizar os investimentos realizados e que fosse suficiente para consumir a vida útil dos bens incorporados no prédio ou que o valor contábil deles fosse zerado em razão de depreciação.

(ii) Acaso a situação não se adéque ao tópico anterior, o Contrato de Desempenho Energético deve contar com a aquiescência do proprietário do prédio, que ao final da locação, acaso a economia gerada durante a locação não seja suficiente para ressarcir os investimentos, que ele, o proprietário, tenha a obrigação de ressarcir os investimentos pelos seus valores presentes, de acordo com as normas de contabilidade.

(iii) Num e noutro caso, seria apropriado que o Contrato de Desempenho Energético fosse construído de modo que os objetivos do Programa de Eficiência Energética fossem contemplados dentro do período do contrato de locação, sem contar com expectativas de

prorrogações ou novas locações, que não passam de expectativas, sem qualquer certeza jurídica.

247. Devem-se estabelecer condições especiais, para resguardar os interesses públicos, nas situações em que o prédio é público, porém não de propriedade do Cliente Público. Nesses casos, o problema é que o Contrato de Desempenho é firmado diante das demandas técnicas do Cliente Público, sobretudo da sua projeção de consumo. Se o Cliente Público desocupa o prédio público, é provável que este permaneça temporariamente sem ocupação, comprometendo os resultados projetados, ou que seja ocupado por outra entidade pública, que não tem relação contratual e, logo, qualquer obrigação para com a Distribuidora. Pode ser, também, que a entidade pública que passe a ocupar o prédio tenha um perfil de consumo totalmente diferente, que também compromete os resultados pretendidos com o Contrato de Desempenho Energético.

248. A solução sugerida pela Consultoria seria a de prever no Contrato de Desempenho Energético a aquiescência do ente público proprietário do prédio e a transferência das obrigações pactuadas para o proprietário do prédio, eximindo o Cliente Público de obrigações ulteriores à sua saída do prédio. Também seria conveniente que houvesse previsão de alteração contratual quando o uso do prédio fosse modificado, precedida de estudos técnicos que reavaliassem amplamente o pactuado no Contrato de Desempenho Energético.

249. Dentro do modelo proposto, o Contrato de Desempenho Energético é dividido em três etapas: planejamento, execução e supervisão. No planejamento, produz-se o Diagnóstico Energético e os projetos. A execução abrange as obras, serviços e fornecimentos para o *retrofit*. A supervisão diz respeito à fiscalização, ao acompanhamento e à verificação dos resultados.

250. A modelagem usual entre os Clientes Privados é a de firmar um único contrato que envolva as três etapas, o que minimiza os riscos e melhor garante os resultados projetados. Pode-se dizer que a modelagem privada parte da diretriz de não fragmentação da relação contratual.

251. Os Clientes Públicos devem inspirar-se na modelagem privada, no entanto não podem aplicá-la integralmente, dado que os projetos devem ser realizados antes da licitação para a execução e o autor dos projetos não pode participar da licitação para a execução. Isso significa que, ao contrário do mercado privado, a legislação impõe a fragmentação da contratação por parte dos Clientes Públicos.

252. Daí a diretriz dos Clientes Privados, de não fragmentação, deve ser adaptada para os Clientes Públicos, que passaria a ser da fragmentação da contratação apenas no que for estritamente necessário.

253. Em consonância com essa diretriz, a sugestão é que os Clientes Públicos firmem apenas dois contratos: o primeiro abrange o Diagnóstico Energético, os projetos e a supervisão; o segundo abrange a execução de obras, serviços e fornecimento de bens. Ressalva-se que essa diretriz deve ser avaliada de acordo com as peculiaridades de cada projeto. Trata-se, como o próprio nome revela, de uma diretriz.

254. A Consultoria sugere que o contrato de execução das obras, serviços e fornecimento de bens seja firmado sob o regime de empreitada integral, em que o contratado compromete-se em entregar o objeto do contrato em condições de operação.

255. A Consultoria sugere que os contratos firmados em razão do Contrato de Desempenho Energético sejam licitados por meio da modalidade pregão eletrônico. Ressalvam-se apenas as situações em que o objeto qualificar-se como serviço não comum ou que envolver, em sua maior parte, obras de engenharia.

256. A Consultoria sugere que a remuneração prevista aos contratados seja estabelecida por meio de preço certo e determinado. A consultoria não recomenda a remuneração variável em razão dos resultados gerados, diante da falta de previsão específica na Lei n. 8.666/1993 e dos questionamentos jurídicos que ela poderia gerar, o que provocaria ambiente de insegurança jurídica.

257. A Consultoria sugere que se preveja no Contrato de Desempenho Energético a solução de controvérsias por meio de arbitragem e a vinculação das partes contratantes às políticas de integridade e às práticas anticorrupção.

Bibliografia

AGU. Parecer nº 03/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEP CONSU/PGF/AGU. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/15247695>>.

AGU. Parecer nº 35/2010/DECOR/CGU/AGU.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **O princípio da eficiência no direito administrativo**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho/agosto, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br/>>.

ANEEL. **Atlas de Energia Elétrica no Brasil**. 3ª Ed. Brasília: ANEEL, 2008.

_____. **Eficiência Energética: A busca da articulação entre ações de incentivo**. Brasília: ANEEL, edição 1, ago/2013.

AURÉLIO, Bruno. **A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRITTO, Carlos Ayres. **Perfil Constitucional da Licitação**. Curitiba: Zênite, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Regulamento da ANEEL de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CGU. **Guia de Implantação de Programas de Integridade nas Empresas Estatais**. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf>.

CITADINI, Antonio Roque. **Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DEZOLT, Ana Lucia Paiva; BARBOSA, Gilberto Porto. **Diagnóstico das Compras Públicas Estaduais em 2015**. In: IX Congresso do CONSAD de Gestão Pública, 08 a 10 de junho, Brasília/DF: CONSAD, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DUISBERG, Carl; *et al.* **Contratos de Desempenho para Serviços de Eficiência Energética no Setor Público do Brasil: Questões Jurídicas e Possíveis Soluções**. São Paulo: Nexant, 2004.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FURTADO, José R. Caldas. **Os regimes de contas públicas: contas de governo e contas de gestão.** In: Revista do TCU. Brasília: TCU, edição 109/mai-ago/2007, pp. 61-89.

GIACOMONI, James. **A Lei de Diretrizes Orçamentárias e a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, vol. 35, edição 137/jan-mar/1998, pp. 265/280.

GIZ. **Editais, Questionários e Entrevistas sobre CPPs.** Apresentação de consultoria, 29 de novembro de 2015, Salvador e Rio de Janeiro.

IFC ADVISORY SERVICES. **Regulamento da ANEEL sobre Contratos de Performance e Eficiência para Empresas de Saneamento no Brasil.** Disponível em <<https://www.ifc.org>>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Notas sobre a implantação do regime da Lei 13.303/2016.** Disponível em: <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE118/IE118-MJF-Efeitos-da-Lei-13303.pdf>>.

LUZIA, Caue Vecchia. **Licitações Públicas e Contratação com a Administração Pública no Brasil.** In: SILVA, Paulo Roberto Coimbra (coord). *Doing Business in Brazil.* Belo Horizonte: ALAE, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Do Contrato Administrativo à Administração Contratual.** In: Revista do Advogado: Contratos com o Poder Público. São Paulo: AASP, ano XXIX, edição 107/dez/2009, pp. 74-82.

_____. **Fomento.** In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord). *Tratado de direito administrativo.* vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 405-508.

MASHAW, Jerry L.. **Accountability and institutional Design: Some Thoughts on the Grammar of Governance.** In: DOWDLE, Michael (org). *Public Accountability, Designs, Dilemmas and Experiences.* Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 115-156.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Licitações e Contratos Administrativos.** 10ª Ed. São Paulo: RT, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Elementos de Direito Administrativo.** 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado. A juridicização dos resultados na Administração Pública.** In: Fórum Administrativo (FA), Belo Horizonte, ano 6, edição 67/set/2006.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 8ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NESTER, Alexandre Wagner. **Os critérios de julgamento previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Guimarães (coord). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**. 4ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. **Princípio da Isonomia na Licitação Pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **A estrutura da administração pública indireta e o relacionamento do Estado com a companhia controlada**. In: Revista de Direito Público da Economia (RDPE). Belo Horizonte: Fórum, ano 7, edição 28/out-dez/2009, pp. 43-63.

POOLE, Alan Douglas; GELLER, Howard. **O novo Mercado de serviços de eficiência energética no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Nacional de Eficiência Energética (INEE), 1997.

SÁ, Adolfo Luiz Souza; SANTOS, Enilson Medeiros; BRASILEIRO, Anísio. **Remuneração Variável Vinculada ao Desempenho do Contratado e Busca de Eficiência na Gestão das Infraestruturas de Transporte**. In: XXVI Congresso de Pesquisa e Ensino em Transporte, 04 a 08 de novembro, Belém/PA: ANPEL, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari Sundfeld. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAMBELLINI, Guilherme Luís da Silva. **Termo de parceria. Convênio administrativo em sua essência. Instrumento que institui vínculo de cooperação, independentemente do nomen juris a ele atribuído**. Boletim de Licitações e Contratos (Ministério Público Federal): São Paulo, vol. 18, nº 7, p. 504-507, jul. 2005.

TCU. **Convênios e outros repasses**. 6. Ed. Brasília, 2016.

The World Energy Conference. **Energy Terminology: A Multi-Lingual Glossary**. Oxford: Pergamon, 1986.

VIANA, Augusto Nelson Carvalho; *et al.* **Eficiência Energética: Fundamentos e Aplicação**. 1ª Ed. Campinas:UNIFEI/EXCEN/FUPAI, 2012.

ZÊNITE. **Convênio – Prazo de Vigência – Aplicação do Art. 57 da Lei nº 8.666/93 – Considerações** (Perguntas e Respostas). Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, edição 171/mai/2008.

ANEXOS

ANEXO I

Entrevistas aplicadas

ANEXO II

Fluxograma da modelagem proposta