

COORDENADORIA DE CONTROLE EXTERNO

DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL DIVISÃO DE ANÁLISE DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E CONVÊNIOS DO ESTADO – DILE

PROCESSO Nº: 0102089-4

RELATOR: CONSELHEIRO FERNANDO CORREIA

ORIGEM: SUAPE – COMPLEXO INDUSTRIAL E PORTUÁRIO

TIPO: ANÁLISE EDITAL PARA ARRENDAMENTO DE TERRENO INSTALAÇÃO TERMELÉTRICA

INTERESSADO: SERGIO KANO

ANÁLISE DE DEFESA

1. – INTRODUÇÃO

Conforme solicitação da Chefia da Divisão de Análise de Liberações, Contratos e Convênios do Estado – DILE, constante na folha nº 248, foi analisada a defesa apresentada pelo Diretor-Presidente da SUAPE – Complexo Industrial e Portuário, referente à Minuta do Edital de Concorrência, que objetiva o ARRENDAMENTO de terrenos para implantação de uma USINA TERMELÉTRICA de Ciclo Combinado, a base de Gás Natural, para abrigo da tubulação de capacitação e despejo de água de resfriamento e para implantação da linha de transmissão de energia (área de servidão), no Porto de SUAPE.

2. DA ANÁLISE DE DEFESA

O Diretor-Presidente de SUAPE, Sr. Sergio Kano, alegou que a maioria das recomendações apontadas no Relatório Preliminar foram providenciadas a tempo e inclusas tanto no edital de Concorrência, como no Contrato de Arrendamento dos Terrenos. A defesa apresentada foi estruturada em função das recomendações constantes no item 4.2 do mencionado relatório.

2.1 Revisão e complementação do Projeto Básico

No item 4.101. do Relatório Preliminar, verificam-se as seguintes imprecisões no Projeto Básico elaborado por SUAPE para o arredamento de terrenos para implantação da Usina Termelétrica:

a) Memorial Descritivo (Anexo I) constante Projeto Básico, apresentado por SUAPE, não especifica o local onde serão instaladas a linha de transmissão

e a tubulação para captação e despejo da água de resfriamento.

b) Apesar de este relatório não conter a avaliação econômico-financeira do empreendimento, observar-se que o Projeto Básico adotou o preço definido no Laudo de Avaliação. Este preço não leva em consideração as atividades que serão desenvolvidas, mas o valor investido para aquisição da área. Desta forma, foi estabelecido um preço fixo de arrendamento, sem a inclusão de uma parcela variável, correspondente à participação de SUAPE no sucesso do empreendimento.

c) Verifica-se que também não foi prevista a possibilidade de participação da Usina Termelétrica no futuro condomínio de SUAPE, cláusula constante em diversos processos de arrendamento analisados por esta divisão.

d) O Anteprojeto da Usina Termelétrica que deverá ser apresentado pela empresa vencedora do certame, constante do Projeto Básico, da Minuta do Edital e da Minuta do Contrato, caracteriza-se apenas como um pré-requisito para assinatura do contrato, não constituindo parte anexa ao contrato.

e) Não existe qualquer vinculação contratual ao anteprojeto, a projetos executivos, nem a cronograma de execução física.

f) O Projeto Básico não relaciona o montante necessário a ser segurado, em função dos riscos iminentes da atividade que será desenvolvida.

g) A alínea “f” do item 26 da Minuta do Contrato define como obrigação de SUAPE, executar o acesso rodoviário pavimentado à Usina Termelétrica. Porém, o projeto Básico não faz menção a esta obra e não existe definição dos custos envolvidos, decorrentes da obrigação assumida.

Sobre estas imprecisões, o defendente alega que o Projeto Básico foi revisto de forma a refletir

algumas das recomendações sugeridas no Relatório Preliminar:

- a) Não apresentou defesa;
- b) Não apresentou defesa;
- c) Incluiu cláusula prevendo a participação no futuro condomínio de SUAPE;
- d) O Anteprojeto foi incluído como anexo do Contrato de Arrendamento;
- e) Foi incluída, no Contrato de Arrendamento, a obrigação da arrendatária de construir uma usina termelétrica conforme o Anteprojeto, assim como cumprir com o cronograma de execução física;
- f) Incluiu como obrigação da arrendatária providenciar os seguros relativos às obras e operação da usina termelétrica;
- g) Excluiu a alínea "f" do item 26 da Minuta do Contrato, que fazia referência ao acesso rodoviário pavimentado.

O defendente fez algumas considerações sobre o projeto da licitação, qual seja o arrendamento dos terrenos:

“SUAPE, como entidade autorizada para explorar o Porto de SUAPE, está promovendo com o intuito final de firmar-se um contrato de arrendamento de terrenos, conforme previsto na Lei dos Portos, neste caso com o encargo para a arrendatária de implantar uma usina em mencionados terrenos”.

“Não se pode confundir a competência de SUAPE (que se reflete no arrendamento dos terrenos) e a competência do Poder Concedente, no caso a ANEEL para a outorga de autorização para implantação de usinas termelétricas, através de processo administrativo cabível, assim como fiscalizar e regulamentar tais empreendimentos”.

“Portanto, SUAPE é meramente responsável pelo arrendamento dos terrenos, que no caso servirão para implantação de uma usina termelétrica, por verificar se tal implantação obedece às diretrizes internas relativas às áreas portuárias de SUAPE, tais como regras”.

Verifica-se que a maioria das impressões, contidas no Projeto Básico, foram supridas, porém, tendo em vista que alguns itens do Relatório Preliminar não foram justificados, recomenda-se:

- Apresentação ao Tribunal de Contas, mediante

planta, os locais onde serão instaladas a linha de transmissão e a tubulação e despejo da água de resfriamento, com o objetivo de acompanhamento deste projeto.

· Nos futuros arrendamentos, inclusão de cláusula que permita a cobrança futura da parcela variável, correspondente à participação de SUAPE no sucesso do empreendimento.

2.2.- Notificação dos órgãos responsáveis pela fiscalização e controle ambiental para que analisem a regularidade na ausência de licenciamento ambiental prévio

Conforme o item 3.2.4 do Relatório Preliminar, conclui-se que a Administração Pública deveria iniciar o processo de licitação pública após o encerramento do processo de licenciamento ambiental (licenciamento prévio). Neste caso, recomenda-se notificar os órgãos responsáveis pela fiscalização e controle ambiental para que analisem a regularidade da situação.

Contestando o Relatório, esclarece o Presidente de SUAPE:

· A Empresa SUAPE tem a prudência de notificar os órgão ambientais, sobre a possibilidade de vir a implantar determinado empreendimento, para que avaliem o impacto ambiental, de forma a assegurar o adequado tratamento em caso de vir a agredir o meio ambiente;

· Que, por força do instrumento de Convênio, a Companhia Pernambucana de Controle da Poluição Ambiental e de Administração de Recursos Hídricos - CPRH, mantém um posto avançado nas dependências de SUAPE, com a finalidade de monitorar o ambiente, na área do distrito Industrial, inclusive com a prerrogativa de licenciar todas as indústrias instaladas na área, além de fiscalizar e acompanhar a implantação de indústrias, observando as exigências contidas no licenciamento. Anexa cópia do Convênio (fls. 156/162).

· Que tanto as licenças ambientais relativas à retificação dos terrenos, quanto à implementação e operação da usina termelétrica já estão sendo providenciadas, tendo sido o órgão ambiental responsável previamente notificado.

O convênio mencionado na Defesa foi celebrado em 22.4.1998, entre a Companhia Pernambucana de Controle da Poluição Ambiental e de Administração dos Recursos Hídricos – CPRH, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e de Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e a empresa

SUAPE. A Cláusula Primeira, da base legal, dispõe:

“Em cumprimento aos Arts. 225, § 3º da Constituição Federal e, Arts 4º, inc. VII e 14 da Lei Federal nº 6.938, de 31/8/81, com as alterações posteriores, que impõe àquele que intervém no meio ambiente a obrigação de realizar medidas consideradas necessárias à prevenção ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação do meio ambiente.”

A Cláusula Segunda, do objeto, estabelece:

*“O presente Termo tem por objeto o compromisso de compensação dos danos ambientais, decorrentes da supressão de 128,7 ha. (cento e vinte e oito vírgula sete hectares) da vegetação de Mata Atlântica e ecossistemas associados, tendo em vista a continuação da implantação da **Zona Industrial Portuária**, no município de Ipojuca, neste Estado. A referida área corresponde a 28,1 ha. (vinte e oito vírgula um hectares) de mangue em regeneração; 26,3 ha. (vinte e seis vírgula três hectares) de mangue conservado; 38,4 ha (trinta e oito vírgula quatro hectares) de mangue degradado; 35,9 ha. (trinta e cinco vírgula nove hectares) de vegetação rasteira”.*

Entre as obrigações da **COMPROMETIDA**, SUAPE, destaca-se a de executar o Projeto Técnico de Reflorestamento e apresentar à CPRH, no prazo de 180 dias, proposta dos programas de proteção dos manguezais remanescentes, controle ambiental de execução de obras, gerenciamento de riscos e contingenciamento de acidentes ambientais e auditoria ambiental periódica.

O acompanhamento do andamento dos trabalhos compete a CPRH, ficando ainda autorizada a expedir **Licenças Ambientais**, consoante disposto nas Cláusulas 5ª e 6ª do Convênio.

Apesar disso, ratifica-se a sugestão do Relatório Preliminar no sentido de serem **notificados** os órgãos responsáveis pela fiscalização e controle ambiental, para que analisem a regularidade da transferência do processo de licenciamento ambiental dos lotes componentes do Núcleo de Apoio Logístico.

2.3 – Inclusão do Anteprojeto, do Projeto Executivo e do Cronograma de Execução na Minuta do Contrato, bem como inclusão de Cláusulas que vinculem as obrigações assumidas relacionadas com esses instrumentos.

Com base nos itens 3.4.1 e 3.4.8 do Relatório

preliminar, evidencia-se a ausência de vinculação do contrato ao Anteprojeto, do Projeto Executivo e do Cronograma de Execução de Usina Termelétrica, contrariando as disposições contidas nos incisos I, II, IV, do artigo 55 da Lei nº 8.666/93 e suas alterações. Verifica-se também que, em função da ausência desta vinculação, fica prejudicada a análise da execução total ou parcial do Contrato de Arrendamento, configurada na alínea “f”, do item 33 da Minuta do Contrato.

O defendente informa que o Anteprojeto (Anexo VIII) e o Cronograma de Execução (Anexo IX) foram incluídos como anexos ao Edital, assim como obrigações da arrendatária, conforme disposto no item 27 do Contrato de Arrendamento. Desta forma, as falhas identificadas neste item do Relatório Preliminar foram sanadas.

2.4 – Revisão da Minuta do Edital e da Minuta do Contrato de Arredondamento para correção de falhas relacionadas à adequação das cláusulas contratuais, definição de preço, definição das obrigações, definição do valor do seguro.

Conforme o Relatório Preliminar, verificam-se as seguintes falhas:

· Tendo em vista os itens 3.3 e 3.4.3., bem como pela ausência do modelo da proposta comercial, verifica-se a imprecisão na definição do preço mínimo do arrendamento dos terrenos no qual serão instaladas as linhas de transmissão. No item 3.4.2., a Minuta do Contrato de Arrendamento deve ser revisada para correção de falhas relacionadas à adequação das cláusulas contratuais com as matérias abordadas nas seções e capítulos.

· De acordo com o item 3.4.4., os atrasos que inviabilizem ou impossibilitem a entrada em operação da usina Termelétrica são motivos para rescisão contratual e não para renegociação de prazo. Desta forma, recomenda-se a modificação do texto para definir motivos justificáveis para renegociação e prorrogações dos prazos na Minuta do Contrato.

· Com base no item 3.4.5., a principal obrigação da arrendatária (implantação da Usina Termelétrica, da Linha de Transmissão e dos dutos de água, em conformidade com o Anteprojeto, o Projeto Executivo, dentro dos prazos definidos no Cronograma de Execução) não foi incluída no instrumento contratual.

- Tendo em vista o item 3.4.6., não foi estabelecido o valor do seguro, a ser realizado pela arrendatária, suficiente e necessário em função dos riscos envolvidos.

- Conforme o item 3.4.7., além da questão estética, repetição de cláusula contratual observa-se que estes itens apresentam as seguintes imperfeições:

a) A firma que com a rescisão do contrato por culpa da arrendatária, a área arrendada voltará para SUAPE. No entanto, rescindido o contrato, independentemente de culpa da arrendatária, a área arrendada voltará para SUAPE, pois se trata de um bem público.

b) Foi utilizada indevidamente a expressão: "voltará à propriedade de SUAPE", pois a propriedade deste bem público não é objeto desta licitação, muito menos desta Minuta de Contrato.

- De acordo com o item 3.4.9., os itens 34 e 36 da Minuta do Contrato de Arrendamento são contraditórios.

O defendente esclarece que a Minuta do Edital de Concorrência e da Minuta do Contrato de Arrendamento foi revisada, sendo providenciadas as seguintes alterações:

I. Correção da definição do preço do arrendamento para os terrenos no qual serão instaladas as linhas de transmissão;

II. Inclusão de anexos relativos ao anteprojeto e cronograma de execução, anexos VIII e IX, respectivamente, do Contrato de Arrendamento;

III. Foi ajustado o item referente ao pagamento dos valores, objeto do arrendamento;

IV. Foi incluída no item 27, letra (c) a obrigação da arrendatária de constituir a usina termelétrica e as linhas de transmissão;

V. Foi incluída no item 27, letra (e) a obrigação da arrendatária de providenciar os seguros, inclusive contra terceiros, relativos às obras de implantação, bem como para a operação da usina termelétrica;

VI. Foi realizada a exclusão do item 37 e foram feitas as alterações recomendadas no item 35;

VII. Foram realizados os ajustes necessários para melhor entendimento do disposto no item 34 e o item 36 foi excluído.

Ante o exposto e analisando as alterações realizadas no Edital, verifica-se que as irregularidades apontadas nestes itens do Relatório Preliminar foram sanadas.

2.5-Exclusão do item 48 do Contrato de Arrendamento, em função do disposto nos artigos 245 e 246 da Lei nº 6.404/76, bem como por se tratar de uma cláusula que favorece o arrendatário inadimplente.

Conforme o item 3.4.10 deste Relatório, observa-se que o item 48 da Minuta do Contrato de Arrendamento, que dispõe sobre o afastamento da responsabilidade solidária do arrendatário, após a efetivação da cessão, contrária os artigos 245 e 246 da lei nº 6.404/76, além de favorecer o arrendatário inadimplente.

O defendente alega que o item 48 da Minuta do Contrato foi ajustado para melhor entendimento do mesmo, sendo que se estabeleceu que o cessionário deverá assumir todos os direitos e obrigações da arrendatária estabelecidas no contrato de arrendamento. Desta forma, esta cláusula passou a vigorar da seguinte forma:

"Fica desde já afastada a solidariedade e/ou responsabilidade da ARRENDATÁRIA pela conduta do cessionário no desenvolvimento de suas atividades no âmbito deste CONTRATO DE ARRENDAMENTO após a eventual efetivação da cessão de que tratam os itens 44 e 45 acima, sendo que o cessionário deverá assumir todos os direitos e obrigações da ARRENDATÁRIA no presente instrumento".

Alega ainda o defendente que tal item não oferece o arrendatário inadimplente, uma vez que a inadimplência tratada diz respeito ao contrato de financiamento e não ao contrato de arrendamento. Aliás, a cessão do contrato de arrendamento só benéfica a administração pública, uma vez que continuará a receber os valores referentes ao arrendamento de terrenos e o empreendimento continuará a ser executado. Quanto aos artigos 245 e 246 da Lei das S/A, ele ressaltou que os mesmos tratam do favorecimento da companhia em juízo de sociedade coligada ou controlada, o que nada se contrapõe ao item 48 do Contrato de Arrendamento, pois se referem a assuntos distintos. O que se quer dizer com o item 48 do Contrato de Arrendamento é que, após estudar a **conveniência da cessão**, internamente, e se ter decidido pela cessão do empreendimento, então o Contrato de Arrendamento seria também cedido, sendo que o cessionário do empreendimento assumiria todos os direitos e obrigações da arrendatária com relação ao referido Contrato de Arrendamento. A transferência da exploração da usina termelétrica poderá ocorrer até

mesmo por determinação do Poder Concedente, no caso a ANEEL, e é importante que a possibilidade de cessão do Contrato de Arrendamento para empresas do mesmo grupo econômico esteja prevista.

Sobre as alegações do defendente devem ser feitas as seguintes considerações:

· Primeiramente, observa-se que o item 48 da Minuta do Contrato de arrendamento apresenta uma redação bastante confusa. Existe a figura do arrendatário dos terrenos objeto da licitação, do cessionário do contrato de arrendamento e do concessionário do serviço público de geração de energia. No caso o arrendatário do terreno para o desenvolvimento das atividades decorrentes deste contrato (Instalação da Termelétrica), deve ser necessariamente concessionário do serviço público, regulado pela ANEEL. Portanto, o arrendatário que trata do item 48 da Minuta do Contrato será o arrendatário do terreno, bem como concessionário do serviço de geração de energia. O cessionário mencionado na referida cláusula trata-se do cessionário do contrato de arrendamento, que necessariamente deverá possuir preliminarmente a concessão do serviço público.

· A cessão do contrato da forma que está estabelecida na Minuta não está sujeita à conveniência da administração pública, consiste num direito da arrendatária, que para exercê-lo deverá comunicar a arrendante (SUAPE) e manter os termos do contrato de arrendamento.

· Independentemente da disposição contratual, caso o cessionário do contrato de arrendamento tenha de realizar atividades que gerem prejuízos ao seu patrimônio ou ao de terceiros, decorrentes de dolo ou culpa do arrendatário, este poderá ser responsabilizado.

Apesar destas condições, verifica-se que o afastamento da solidariedade e/ou responsabilidade do arrendatário, quando da cessão do contrato de arrendamento, envolve matéria de direito privado (administradores, acionistas, controladores, etc.), está vinculada à: inexistência dolosa ou culposa da arrendatária, aprovação pela ANEEL (através da obtenção da concessão do serviço), bem como pelo atendimento das cláusulas e disposições do contrato de arrendamento. Desta forma, as alterações realizadas pelo defendente sanam as irregularidades apontadas no Relatório Preliminar.

2.6. – Adequação das cláusulas contratuais às disposições dos artigos 27 e 28 da Lei nº 8.987/95,

além de estabelecer cláusulas que evitem a desnaturalização do serviço público, através da atuação puramente especulativa.

De acordo com o item 3.4.11 deste Relatório, verifica-se que o item 43 da Minuta do Contrato não atende as disposições contidas no artigo 27 da Lei 8.987/95.

Conforme o item 3.4.12 do presente Relatório, evidencia-se que os itens da Minuta do Contrato, que tratam da transferência do contrato de arrendamento, em função de financiamentos obtidos pela arrendatária, não possuem elementos suficientes para assegurar contratualmente as disposições dos artigos 27 e 28 da Lei nº 8.987/95, tendo em vista que:

- Inexistente vinculação a um anteprojeto e projeto executivo que informem as fontes de recursos, os valores necessários, os modelos de financiamento;
- Inexistente garantia que o limite de financiamento não comprometerá a operacionalização e continuidade do empreendimento;
- Existe a aprovação prévia por parte de SUAPE.

O defendente alega primeiramente que o Contrato de Arrendamento é uma relação jurídica que se estabelece entre SUAPE e a Arrendatária com fim exclusivo de se arrendar os terrenos onde será constituída a usina termelétrica. A questão da concessão de serviços e a competência para regular a transferência do empreendimento escapam das competências de SUAPE, uma vez que o Poder Concedente, no caso das usinas termelétricas é a ANEEL. Nesse sentido a licitação está sendo realizada para o arrendamento dos terrenos, não para a exploração dos serviços públicos de energia elétrica de competência da ANEEL.

O defendente ressalva que não há de se falar em Lei de Concessões, pois a autorização concedida pela ANEEL à Termopernambuco para exploração da usina termelétrica não é parte do procedimento licitatório em questão, que visa apenas o arrendamento dos terrenos. Ou seja, a do Contrato de Arrendamento só se dará, caso o empreendimento (usina termelétrica), observadas todas as exigências legais aplicáveis, dentre elas a autorização do Poder Concedente – ANEEL, tenha sido transferida. Não existirá, portanto, qualquer infração aos artigos 27 e 28 da Lei nº 8.987/95.

Ante o exposto e em função das alterações realizadas pelo defendente restam sanadas as irregularidades constantes neste item do Relatório Preliminar.

2.7. – Dois Comentários feitos pelo Grupo de Acompanhamento das Desestatizações.

O Grupo de Acompanhamento das Desestatizações do Tribunal de Contas concluiu que, conforme relatório (fls. 90 a 93), a principal falha observada foi o fato de não haver no processo um laudo de avaliação do terreno a ser arrendado.

O defendente apresentou o Laudo de Avaliação e afirmou que a avaliação atendeu os aspectos qualitativos e quantitativos da amostra coletada e o tratamento de homogeneização dispensado aos dados, atendendo as normas e requisitos do item 7.4 da ND – 502/89 da ABNT.

Ante o exposto, verifica-se que a apresentação do Laudo de avaliação pelo defendente supre a falha apontada no mencionado relatório.

4. – CONCLUSÃO

Diante do exposto no corpo desta Análise de Defesa, verifica-se que as principais irregularidades e/ou deficiências apontadas no Relatório Preliminar foram

sanadas, porém recomenda-se:

- Apresentação ao Tribunal de Contas, mediante planta, os locais onde serão instaladas a linha de transmissão e a tubulação para captação e despejo da água de resfriamento, com o objetivo de realizar o acompanhamento deste projeto.

- Nos futuros arrendamentos, inclusão de cláusula que permita a cobrança futura da parcela variável, correspondente à participação de SUAPE no sucesso do empreendimento.

- Que o Tribunal de Contas do Estado dê ciência aos órgãos responsáveis pela fiscalização e controle ambiental (IBAMA E CPRH), para que analisem a regularidade da transferência do processo de licenciamento ambiental para a arrendatária dos lotes componentes do Núcleo de Apoio Logístico.

É o relatório.

Eduardo José de Alencar
Auditor das Contas Públicas

Matricula: 1012