

## VOTO

Trata-se de acompanhamento do primeiro estágio do Leilão Aneel 1/2017, referente à licitação para a outorga das usinas hidrelétricas em operação de São Simão, Jaguará, Miranda e Volta Grande, nos termos do art. 8º da Lei 12.783/2013, com a redação dada pela Lei 13.203/2015, e conforme delegação de competência à agência efetuada pelo Ministério mediante a Portaria MME 133/2017, alterada pela Portaria MME 191/2017.

2. No âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), a matéria está disciplinada pela Instrução Normativa (IN) TCU 27/1998, que dispõe sobre o acompanhamento concomitante dos processos de outorga de concessão de serviços públicos, realizados em quatro estágios, por meio de análise da documentação remetida pelo poder concedente.

3. Em sua análise da documentação encaminhada pela Aneel, em atendimento ao disposto no art. 7º, inciso I, da IN TCU 27/1998, a SeinfraElétrica não detectou desconformidades relevantes que ensejassem óbice à realização do Leilão Aneel 1/2017 e considerou que a agência atendeu aos requisitos previstos quanto ao primeiro estágio de que trata a referida Instrução Normativa. Todavia, também apontou questões que devem ser aperfeiçoadas neste e nos próximos leilões de concessões.

4. Considero que o exame da unidade instrutiva foi adequadamente realizado, podendo ser acolhido como minhas próprias razões de decidir, sem prejuízo das considerações adicionais que passo a tecer acerca dos principais aspectos desse leilão.

## II

5. Como exposto pela Unidade Técnica no Relatório precedente, a Medida Provisória (MP) 579/2012, posteriormente convertida na Lei 12.783/2013, permitiu, nos termos de seu art. 1º, outra prorrogação das concessões de energia elétrica outorgadas anteriormente à entrada em vigor da Lei 8.987/1995, que já haviam tido seu prazo estendido por até 35 anos com base na Lei 9.074/1995.

6. Contudo, a lei de 2013 condicionou essa nova prorrogação à aceitação de condições definidas de acordo com os §§ 1º a 6º do art. 1º da Lei 12.783/2013 e o Decreto 7.805/2015. Vários concessionários aceitaram esses termos e assinaram novos contratos, conforme tratado neste Tribunal no âmbito do TC 033.929/2012-2 e do TC 001.843/2013-3.

7. No caso das empresas que não aceitassem, o art. 8º da Lei 12.783/2013 já previa a realização de licitação para uma nova concessão por até trinta anos, sendo que os concessionários atuais deveriam manter os ativos em operação até a assunção da empresa vencedora dos futuros leilões. Desde 2014, já foram licitadas trinta usinas, que foram acompanhadas pelo TCU nos TC 001.618/2014-8 e TC 023.134/2015-1.

8. A Lei 13.360/2016 alterou a Lei 12.783/2013 para incluir, no § 1º-C do art. 5º da lei de 2013, que é facultado à União outorgar contrato de concessão pelo prazo de trinta anos para prestadoras de serviço que forem controladas por estados ou municípios, desde que seja realizada transferência de controle da pessoa jurídica.

9. As quatro usinas hidrelétricas objeto do presente Leilão estão em operação atualmente pela Companhia Energética de Minas Gerais (Cemig) Geração e Transmissão S/A, com base em contratos de concessão que venceram entre agosto de 2013 e fevereiro de 2017, mas que a concessionária não

aceitou prorrogar nas condições definidas pela lei. Inclusive, a empresa ingressou em juízo para tentar renovar suas concessões com base nas regras constantes dos seus contratos, anteriores à lei de 2013.

10. Apesar de ter obtido, no âmbito do Mandado de Segurança (MS) 20.432/DF no Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 30/8/2013, liminar favorável à manutenção de sua concessão da hidrelétrica Jaguara, a concessionária teve seu pedido denegado na apreciação do mérito e, por isso, ajuizou a Ação Cautelar 3.980/DF no Supremo Tribunal Federal (STF). Inicialmente, o pedido de Medida Cautelar foi deferido, entretanto, posteriormente, o Ministro Relator do STF reconsiderou seu entendimento e revogou a liminar concedida com a seguinte fundamentação:

Diante, todavia, da comunicação da União quanto à inviabilidade de acordo, e sopesando os demais elementos envolvidos na situação dos autos, especialmente o já extenso lapso temporal decorrido desde a obtenção da primeira liminar no STJ (30/8/13), que vem colocando a ora recorrente em posição distinta das concessionárias de energia elétrica, tenho que é o caso de revogar a liminar outrora concedida.

Saliento, em adição, após o amadurecimento da análise dos autos, não vislumbrar fumaça do bom direito na pretensão da recorrente.

A prorrogação contratual é, por sua própria natureza, elemento do ajuste que se submete à apreciação discricionária da Administração Pública e assim é reconhecido nas normas atinentes aos contratos administrativos (inclusive a lei à qual pretende a recorrente manter sua submissão [Lei 9.074/1995]).

11. A concessionária interpôs agravo a essa decisão, ainda pendente de apreciação pelo STF.

12. O mesmo se repete nas outras ações judiciais, conforme atesta a Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia (MME) na Nota 254/2017/Conjur-MME/CGU/AGU (peça 22, p. 14-18), enviada ao TCU em resposta à diligência.

13. Com o intuito de suspender a realização do leilão para discutir a possibilidade de renovação de suas concessões já expiradas, a Cemig e o Estado de Minas Gerais representaram a este Tribunal, com pedido de Cautelar, no âmbito do TC 014.730/2017-0, de minha relatoria e que será trazido oportunamente a este Plenário.

14. De toda forma, uma vez que o cerne dos argumentos de mérito trazidos pelo pedido de Medida Cautelar dos representantes já estava sendo objeto de exame no presente processo de acompanhamento do leilão, a legalidade da inclusão dessas usinas hidrelétricas na licitação foi um dos aspectos que foram analisados nestes autos.

15. Destaca-se que a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão, com base no art. 1º da Lei 12.783/2013, foi oferecida à empresa, porém recusada por ela não concordar com as condições impostas pela legislação. E quanto à faculdade da União outorgar nova concessão associada com a desestatização da concessionária, trata-se de uma escolha que se insere na discricionariedade da Administração Pública, não havendo qualquer vinculação ou obrigatoriedade.

16. Assim, como apontou o próprio TCU, ao prolatar diversas deliberações como os Acórdãos 1.836/2013, 2.253/2015, 2.526/2015 e 2.899/2015, todos do Plenário, que analisaram direta ou indiretamente a possibilidade de licitação de concessões em operação com base nessa legislação, e a Unidade Técnica, na instrução consignada no Relatório precedente sobre o caso concreto desta licitação, não há óbice jurídico para ofertar essas quatro hidrelétricas no presente leilão e cabe proceder com a análise dos termos e das condições dispostos para o presente certame.

## III

17. A MP 688/2015, posteriormente convertida na Lei 13.203/2015, introduziu a possibilidade da utilização do critério de maior valor de outorga nos leilões de outorga de concessão de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. De acordo com o art. 2-A da Lei 9.478/1997, cabe ao Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), mediante proposta do MME e ouvido o Ministério da Fazenda (MF), estabelecer os valores, a forma e os prazos de pagamento do montante mínimo, denominado de valor de bonificação de outorga pela própria lei.
18. Ressalta-se que esse valor mínimo é recuperado pelo concessionário contratado durante a vigência da concessão, mediante a parcela denominada de Retorno da Bonificação pela Outorga (RBO), incluída na tarifa de energia elétrica paga pelos consumidores. Quanto ao eventual ágio ofertado pelo licitante vencedor, há previsão em portaria do Ministério para que qualquer valor acima do mínimo não seja incluído nessa parcela e nem ressarcido ao concessionário.
19. Isto significa que quanto maior for o valor de bonificação de outorga fixado pelo Poder Concedente, maior será o impacto direto nas tarifas das contas de energia elétrica, desde a assinatura até o término do prazo do contrato de concessão.
20. No caso do presente leilão, com espeque nas propostas do MME e do MF, a Resolução CNPE 12/2017 definiu que o total dos valores mínimos de outorga das quatro usinas seria de R\$ 11,0 bilhões e que deveria ser pago à vista no ato de assinatura do contrato de concessão. O cronograma de eventos, elaborado pela Aneel, marcou a data de assinatura para 10/11/2017 para atender ao pedido do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão de que, por questões orçamentárias, o ingresso da receita advinda da bonificação pela outorga das concessões ocorresse até aquela data (Nota Técnica 9/2017-ASSEC, peça 8, item 6 não digitalizável, p. 2).
21. Conforme descrito no Relatório precedente, a fixação desse valor de outorga foi influenciada pela enfática defesa do MF, ainda em 2016, acerca da necessidade de a licitação contribuir para o atingimento da meta fiscal de 2017, sob a justificativa de que nos últimos anos “os resultados fiscais do Governo Central têm mostrado constantes déficits de magnitude significativa” (Nota Técnica 34/2016/STN/SEAE/MF-DF, de 7/12/2016, peça 8, item 1 não digitalizável, p. 3-4).
22. De fato, para este exercício a meta fiscal prevista é de déficit primário de R\$ 142 bilhões para o Governo Federal, mas já houve alerta, emitido pelo Ministro Vital do Rêgo e comunicado a este Plenário em 12/7/2017, de que há risco de não atingimento dessa meta devido à elevada previsão de ingresso de receitas de concessões e de permissões nos dois últimos meses do ano, que corresponde a R\$ 19,3 bilhões. Assim, a estimativa é de que o presente leilão contribua com quase 57% desse total.
23. Todavia, em que pese a situação fiscal atual, não se pode olvidar tanto da relevância do setor de energia elétrica quanto das consequências que essa priorização da obtenção de valores nas licitações pode trazer para a sustentabilidade do próprio setor e para os consumidores. Como calculado pela Unidade Técnica, o ressarcimento ao futuro concessionário do valor de bonificação de outorga desta licitação implica um acréscimo de ônus ao consumidor do mercado cativo superior a R\$ 1,34 bilhão ao ano, até 2047.
24. Cabe lembrar que outras políticas e decisões de Governo relativas ao setor já causaram um impacto ao consumidor de energia elétrica de, no mínimo, R\$ 97,7 bilhões até 2045, segundo estimativas reunidas pela SeinfraElétrica e descritas na Tabela 6 do Relatório precedente. Entre essas

ações, estão a definição da indenização de ativos de transmissão anteriores a 2000, a transferência do risco hidrológico ao consumidor pela MP 579/2012 e o próprio bônus de outorga do Leilão Aneel 12/2015.

25. Inclusive, ao apreciar a citada licitação de 2015, a primeira realizada utilizando como critério de julgamento o maior valor de outorga, o Ministro Relator José Múcio destacou, no voto condutor do Acórdão 2.526/2015-TCU-Plenário (TC 023.134/2015-1), a importância de se ponderar os objetivos fiscais e a modicidade tarifária nos processos de concessão dos serviços públicos:

Não obstante, o papel do Tribunal em todo este processo [...] está sendo crucial para que a modelagem final das concessões não se desvirtue da busca pela melhor proposta para a Administração, que deve ser entendida como dois vetores: o valor que se espera arrecadar com as concessões, estimado em R\$ 17 bilhões, e a modicidade tarifária.

26. Entendimento idêntico expressou o Ministro Raimundo Carrero ao relatar o TC 007.893/2006-4, que acompanhou a concessão de linhas de transmissão de energia elétrica, conforme Voto do Acórdão 976/2008 – TCU – Plenário:

Como já foi dito [...], a RAP [Receita Anual Permitida], por ser parcela da tarifa de energia elétrica paga pelos consumidores, há de ser equilibrada. De um lado, não pode ser excessivamente baixa, a ponto de frustrar o Leilão por falta de interessados - o que colocaria em risco o fornecimento de energia no país - já que a RAP ofertada pelos licitantes não pode ser maior do que a RAP definida pela Agência. De outro lado, não pode ser excessivamente alta a ponto de comprometer a modicidade tarifária, o que geraria impactos negativos no custo de vida da população e na competitividade dos produtos nacionais.

27. Recorda-se que o setor de energia elétrica não foi o único em que o TCU apontou que poderia estar havendo priorização excessiva do alcance de metas fiscais na definição das condições de outorga de concessões, em detrimento das particularidades e das necessidades do respectivo setor de infraestrutura.

28. Em 2013, isso também ocorreu no leilão do campo de Libra, em áreas do pré-sal, realizado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Como detalhado no Relatório e no Voto condutor do Acórdão 2.526/2015-TCU-Plenário, um dos aspectos que contribuíram para a escolha desse campo como o primeiro a ser licitado sob o novo regime de concessão foi seu potencial de auxiliar no cumprimento da meta de superávit do exercício com o pagamento do valor de outorga de R\$ 15 bilhões.

29. Segundo o referido Relatório, a despeito das fragilidades e das dificuldades enfrentadas no planejamento e na execução de um certame regido por uma legislação nova, houve até a antecipação da licitação em um mês. Na ocasião, o Ministro Relator José Jorge alertou em seu Voto quanto aos riscos que essa opção poderia representar no longo prazo para o setor:

35. Diante da incerteza do sucesso do modelo, pode se chegar, sem grandes dificuldades, à conclusão de que a escolha de Libra, maior estrutura licitável e com menos risco exploratório, já que conta com um poço perfurado que confirmou as potencialidades promissoras do campo, tem como objetivo validar o modelo adotado pela lei, além de possibilitar o cumprimento da meta de superávit primário, com o pagamento do bônus de assinatura no valor de R\$ 15 bilhões.

36. Se por um lado as circunstâncias peculiares do prospecto de Libra podem

conduzir com menos riscos ao alcance da participação governamental desejada, licitar a maior área por intermédio de um regime novo pode não ser a melhor estratégia, por não se conhecer as dificuldades que advirão com esse modelo, podendo os erros porventura cometidos assumirem proporções indesejáveis.

30. Outro caso semelhante foi a licitação de radiofrequência da faixa de 700 MHz para o serviço de telefonia móvel de 4G, realizada pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) em 2014. Ao contrário das licitações de espectro da agência ocorridas desde 2007, esse certame não impôs às empresas nenhum compromisso de interesse dos usuários, seja de cobertura ou de qualidade.

31. Nas licitações de radiofrequência anteriores, esses investimentos obrigatórios reduziram proporcionalmente o valor de outorga pago, mas também contribuíram significativamente para a massificação do serviço de telefonia móvel em todas as cidades do país, inclusive em 3G, o que não há garantia de que vá ocorrer com o serviço de 4G prestado na faixa de 700 MHz.

32. Entretanto, a ausência de compromissos de investimentos não resultou nos valores de arrecadação desejados. Embora tivesse um preço mínimo total de R\$ 7,7 bilhões e houvesse expectativa de que contribuísse com mais de R\$ 8 bilhões para o superávit fiscal daquele exercício, foram arrecadados R\$ 5,2 bilhões. Registre-se que seis lotes não receberam propostas e o ágio máximo foi de 1%, conforme descrito nos Acórdãos 2.031/2014 e 1.729/2016, ambos do Plenário e relatados pelo Ministro Benjamin Zymler.

33. Esses episódios evidenciam o quanto esta prática tem se disseminado e perpassa diversos setores de infraestrutura. Como assinalado, a opção por aumentar a arrecadação em um ano por meio do uso das outorgas de concessão de serviços públicos, definindo esses valores sem antes analisar detalhadamente as especificidades e as necessidades do setor, pode implicar severos impactos negativos durante décadas para todos os usuários desses serviços.

34. Esclareço que não se pretende afastar que os recursos arrecadados com outorga de concessões sejam destinados pelo Tesouro Nacional, total ou parcialmente, para auxiliar a cobrir déficits ou compor superávits fiscais. Procura-se tão somente ressaltar que é fundamental sopesar os diversos objetivos da ação governamental de forma a não prejudicar a modicidade tarifária prescrita no art. 6º, § 1º, da Lei de Concessões, Lei 8.987/1995, ou mesmo a sustentabilidade de médio e de longo prazo dos setores de infraestrutura no país.

35. Afinal, não aparenta ser a melhor prática definir **a priori** que uma outorga de concessão deve gerar uma “receita expressiva” para contribuir com o atingimento da meta fiscal em um exercício, como teria dito o MF ao MME segundo consta dos autos, sem que sejam esboçados outros cenários ou possibilidades de outros setores ou instrumentos contribuírem para cobrir esse déficit; sem que seja avaliado se o montante exigido pode afastar possíveis concorrentes na licitação; e sem que sejam estimados e avaliados os impactos operacionais e financeiros que essa escolha terá para o setor e para seus usuários durante toda a duração da concessão.

36. Concordo com a avaliação da Unidade Técnica de que o caso em tela enseja propostas de deliberação com a finalidade de evitar que essa situação se repita em futuros leilões de usinas geradoras de energia elétrica, razão pela qual proponho determinar ao MME que faça avaliações prévias quanto aos impactos que diferentes critérios de julgamento, valores de outorga e parâmetros econômico-financeiros possam ter para sustentabilidade do setor elétrico e para os consumidores cativos e livres. Adicionalmente, incluo determinação para que essas avaliações sejam feitas para o

presente leilão, sem prejuízo da publicação do edital e da continuidade do certame, visando ao menos dar maior transparência quanto as variáveis envolvidas nessa escolha.

37. Deixo de acolher somente a proposta de determinar que o MME avalie o custo-benefício de outras possibilidades de financiamento do Tesouro Nacional além do valor de bonificação pela outorga, posto que tais análises são de competência do MF e cabe ao MME, enquanto Poder Concedente, fazer sua própria avaliação quanto as sugestões do MF e usar sua prerrogativa de descartar as opiniões que não se adequam às suas licitações, nos termos do art. 2º-A da Lei 9.478/1997.

38. Essas propostas de aprimoramentos na modelagem dos editais de concessão de outorgas de usinas hidrelétricas tornam-se ainda mais relevantes ante a probabilidade de nova sequência de leilões de concessão de usinas de geração existentes e operantes, como decorrência da denominada proposta de “descotização e privatização” externada pela Consulta Pública MME 33/2017, publicada em 5/7/2017, que trata de alterações do marco legal do setor elétrico.

39. Contudo, também entendo que é necessário o TCU analisar tal ocorrência sistêmica de forma transversal e com maior cuidado e atenção, como a complexidade do caso requer, para que seja possível avaliar quais são os limites legais da ponderação entre os objetivos fiscais e os impactos operacionais, financeiros e na sustentabilidade dos setores de infraestrutura na definição dos valores e das condições de outorga de concessões de serviços públicos.

40. Considerando que possíveis desequilíbrios já foram apontados por este Tribunal em três licitações de responsabilidade do MME, sendo duas da área de energia elétrica, e que há risco de ocorrer novamente nas diversas licitações previstas para esse setor, proponho que seja autuado processo específico acerca deste tema.

#### IV

41. Quanto aos demais aspectos do presente leilão, cabe destacar que alguns pontos merecem reparo, ainda que não configurem ilegalidades capazes de macular a licitação.

42. O cálculo da taxa de desconto do fluxo de caixa do estudo de viabilidade econômico-financeira do leilão deve ser aprimorado. A metodologia de cálculo de custo de capital não considerou em nenhum aspecto que se tratava da licitação de usinas já em operação e, por isso, com riscos de construção e ambiental praticamente nulos, o que facilita significativamente a capacidade da empresa conseguir financiamentos e deveria resultar em um valor de taxa de desconto menor.

43. Em face disso, entendo que a determinação proposta pela Unidade Técnica com vistas ao saneamento dessa inconsistência previamente à publicação do edital seja dirigida não aos futuros leilões, mas ao que ora se aprecia, configurando uma prática que certamente será seguida nos próximos, sem prejuízo ao imediato prosseguimento do certame após essa correção.

44. Também foi identificado que, embora as hidrelétricas do presente leilão tenham sido incluídas no Programa de Parceria de Investimentos (PPI), os ritos e as orientações estabelecidas na Resolução PPI 1/2016 não foram atendidos, posto que não houve consulta pública do estudo de viabilidade e não foi respeitado o prazo mínimo da consulta do edital e do contrato de concessão. Contudo, tendo em vista que esses dispositivos não são vinculantes para os órgãos, conforme art. 2º dessa resolução, acato à proposta da unidade instrutiva de recomendar que o CNPE siga este normativo de forma a ampliar a participação social nas próximas licitações.

45. Outro aspecto definido para o Leilão Aneel 1/2017 que pode impactar na competitividade do certame é a exigência de que o valor de bonificação de outorga seja pago à vista, no ato de assinatura do contrato. Considerando o risco de restrição à referida competitividade, adoto como determinação a recomendação sugerida pela unidade técnica para que o Poder Concedente reavalie a conveniência e a oportunidade de manter tal obrigação, à luz das contribuições recebidas da sociedade e de potenciais investidores interessados no certame.

46. É imperioso registrar que duas das usinas hidrelétricas incluídas no presente leilão ainda não foram totalmente amortizadas, o que implica indenizações que deverão ser pagas à concessionária. Uma estimativa parcial do MME é de cerca de R\$ 1,05 bilhão. Entretanto, até o momento, a Aneel não concluiu o cálculo dos valores, em que pese estar atuando em prol disso, uma vez que nem todas as questões metodológicas encontram-se definidas.

47. Conforme consignado pela Unidade Técnica em sua instrução, no caso das concessionárias de transmissão de energia elétrica essa demora na definição de valores de indenização foi de três anos e meio. Nesse período, foram interpostas diversas ações administrativas e judiciais, além de, como tratado no TC 030.656/2015-0, ter se agravado a situação econômico-financeira do Grupo Eletrobras.

48. Recordar-se que, pela própria modelagem do presente leilão, não foi destinado nenhum percentual do valor a ser arrecadado pela outorga para arcar com esse gasto futuro do Poder Concedente. E o transcurso de tempo para estabelecer essas indenizações também é refletido nesse ônus, pois pode haver incidência de atualizações ou correções monetárias, aumentando o montante a ser pago.

49. Dessa forma, anuo com a proposta da unidade instrutiva de recomendar que a Aneel adote as medidas adequadas para definir essa metodologia e calcular esses valores para que o Ministério, enquanto Poder Concedente, possa exercer seu papel para estabelecer os critérios e condições para a realização do pagamento dessas indenizações.

50. Com relação aos aspectos processuais, o prazo de envio da documentação do primeiro estágio de concessões de energia elétrica para o Tribunal é de, no mínimo, trinta dias antes da publicação do respectivo edital de licitação, conforme o art. 8º, inciso I, da IN TCU 27/1998. Porém, se a estimativa de investimentos dessa concessão for superior a R\$ 1 bilhão, o parágrafo único do mesmo artigo estabelece que o prazo seja de sessenta dias de antecedência, com vistas a permitir que o TCU exercite sua competência de forma efetiva e tempestiva.

51. No entanto, no presente processo, a Aneel enviou todos os dados e as informações referentes ao leilão em 23/6/2017, mas marcou a publicação do edital inicialmente para 25/7/2017, transferida posteriormente para a data de hoje. Considerando que o montante de investimentos previstos é da ordem de R\$ 3 bilhões, conforme assinalado pela unidade instrutiva, observa-se que há grande possibilidade de ocorrer um descumprimento formal do prazo exigido, reduzindo o tempo de análise do Tribunal sobre a matéria.

52. Por isso, proponho que seja dada ciência dessa impropriedade para a Aneel, com vistas a evitar que se repita nas próximas licitações da agência.

53. Por fim, ressalto que a presente análise do primeiro estágio do Leilão Aneel 1/2017 não impede que o Tribunal atue em outros momentos dessa licitação caso vislumbre qualquer irregularidade, conforme as competências do TCU.



Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 26 de julho de 2017.

AROLDO CEDRAZ  
Relator