

VOTO

Trata-se de auditoria de natureza operacional, realizada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Elétrica (SeinfraElétrica) no processo de estruturação de grandes empreendimentos hidrelétricos. Os trabalhos abrangeram a execução de exames no Ministério de Minas e Energia (MME), na Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), na Empresa de Pesquisa Energética (EPE) e nas Centrais Elétricas Brasileiras S. A. (Eletrobras).

2. A relevância do tema, nos dizeres da equipe de fiscalização, “*é assentada em três pilares: (i) necessidade de viabilização de um ambiente favorável à modicidade tarifária (o custo da tarifa de energia elétrica é função substancial das soluções desenhadas nos estudos básicos das licitações), à isonomia dos licitantes e à moralidade na condução das concessões públicas; (ii) importância estratégica e diferencial competitivo do país no que se refere à participação da fonte hídrica para a matriz energética brasileira; (iii) materialidade dos recursos envolvidos, seja nos investimentos a serem realizados na construção das usinas, seja na tarifa, paga pelo consumidor, advinda da geração da usina*”.

3. O objetivo da auditoria foi identificar e avaliar, na estruturação de grandes hidrelétricas, os principais riscos associados: (i) à governança do processo pelos órgãos do Poder Concedente; (ii) à ausência/suficiência, qualidade e adequabilidade dos estudos técnicos e econômicos que dão suporte à licitação das usinas; e (iii) à possibilidade de comprometimento do certame pela existência de assimetria de informações.

4. Como principais achados, em apertada síntese, foram apontadas: (i) a ausência de melhor tratamento das variáveis socioambientais no planejamento dos grandes empreendimentos hidrelétricos; e (ii) a insuficiência da avaliação, pelo Poder Público, da qualidade dos estudos técnicos que lhes são submetidos. Dessas duas fragilidades, decorrem inúmeras consequências, as quais foram apontadas, de forma detalhada, no relatório de fiscalização.

- II -

5. A geração hidroelétrica corresponde a 62,4% da matriz energética brasileira, seguida pela biomassa (9,1%), gás natural (8,5%), óleo (5,9%), eólica e solar (5,2%), carvão mineral (2,3%), nuclear (1,4%), gás industrial (1,2%) e importação (4,0%). A energia advinda dos mananciais hídricos, além de possuir singular representatividade no conjunto da geração nacional, é dotada de características de grande atratividade: (i) é considerada uma energia “limpa”; e (ii) possui flexibilidade na geração, com controle por parte do Operador Nacional do Sistema. As hidrelétricas, no caso brasileiro, assumem o papel de regularizadoras do sistema elétrico.

6. Os procedimentos para implantação de uma usina hidrelétrica envolvem, no essencial, seis principais etapas: (i) indicação e estimativa do potencial hidrelétrico; (ii) realização dos estudos de inventário; (iii) elaboração dos estudos de viabilidade técnica e econômica (EVTEA); (iv) projeto básico; (v) projeto executivo; e (vi) construção. As três primeiras fases ocorrem antes da licitação da concessão.

7. Conforme assinalado pela equipe de fiscalização, a indicação e estimativa do potencial hidrelétrico é efetuada pelo poder concedente, quando é indicado o “*aproveitamento ótimo*”, conceituado na Lei 9.074/1995 como todo potencial definido em sua concepção global pelo melhor eixo do barramento, arranjo físico geral, níveis d’água operativos, reservatório e potência, integrante da alternativa escolhida para divisão de quedas de uma bacia hidrográfica.

8. Feito isso, passa-se à segunda etapa, na qual são realizados os estudos de inventário da bacia hidrográfica. São analisadas diversas alternativas de divisão de quedas e busca-se selecionar a

que apresente o melhor equilíbrio entre os custos de implantação (investimento necessário), os benefícios energéticos (energia gerada) e os impactos socioambientais.

9. O EVTEA, por sua vez, destina-se à comprovação da viabilidade do empreendimento sob os aspectos técnicos, energéticos, econômicos e socioambientais, esses últimos definidos no âmbito do Estudo de Impacto Ambiental – EIA. Avaliada positivamente sua viabilidade, é realizado o procedimento para a concessão, em que serão elaborados os projetos básico e executivo e realizada a construção.

10. O modelo vigente em nosso ordenamento jurídico contempla a transferência, do Poder Concedente a terceiros, da responsabilidade pela elaboração dos estudos técnicos que definem os principais parâmetros dos potenciais hidrelétricos identificados. O axioma dessa concepção é a desnecessidade de financiamento público para a realização dos estudos, bem assim da maior agilidade que seria, em tese, inerente ao setor privado. Tal premissa, contudo, além de não se constituir em uma verdade absoluta, traz riscos inerentes ao processo.

11. A iniciar pela alocação de recursos, é de se compreender que o setor privado não é movido por uma especial atratividade pela realização desses estudos, em decorrência: (i) dos altos custos envolvidos; (ii) da complexidade e do longo tempo associado à elaboração dos inventários; (iii) da ausência de lucro em sua realização, uma vez que a legislação somente prevê a hipótese de ressarcimento dos custos incorridos; (iv) da incerteza de ressarcimento: (iv.1) na elaboração dos inventários, uma vez que ele só ocorrerá caso algum dos aproveitamentos identificados venha a ser arrematado no leilão e, ainda assim, de forma proporcional à potência do aproveitamento frente ao potencial total inventariado; (iv.2) na confecção de EVTEAs, pela possibilidade de existência de competição, uma vez que somente o EVTEA selecionado será passível de ressarcimento.

12. Em consequência, o que se verifica, na prática, é a baixa participação das empresas privadas, isoladamente, na condução dos levantamentos. Na maior parte dos casos, os estudos são, ao menos parcialmente, patrocinados por empresas estatais, individualmente ou em consórcio com empresas privadas. A corroborar essa afirmativa, vê-se que, dos quatorze EVTEAs em desenvolvimento para empreendimentos com capacidade de geração superior a 500 MW, apenas quatro não contam com a participação de estatais. Os demais dez EVTEAs têm a participação da EPE, da Eletronorte e da Eletrobras.

13. Esse fato ganha especial relevo e deve ser considerado pelo governo no momento em que anuncia a intenção de privatização da Eletrobras. A julgar pelo quadro atual, a proclamada transformação societária pode culminar, no futuro, em uma significativa redução da carteira de novos projetos para o setor de geração de energia elétrica.

14. Embora os recursos estatais predominem na realização dos estudos, esses também são promovidos com a participação de grupos privados, mormente mediante a formação de consórcios, como também já destaquei. Nesse mister, a incapacidade do Poder Público, aliada à existência de uma legislação pouco detalhista, possibilita a ocorrência de imprecisões nos EVTEAs submetidos à sua análise, que muitas vezes não são detectadas. As avaliações dos EVTEAs, e mesmo dos estudos de inventário, realizadas pelo Poder Concedente a partir dos relatórios apresentados pelos interessados, não abrangem a identificação e a simulação de cenários alternativos ao proposto, restringindo-se ao aperfeiçoamento da opção tida como ótima pelos próprios desenvolvedores dos projetos. Especificamente em relação ao EVTEA, as análises centram-se na verificação da consistência dos estudos desenvolvidos pelo interessado e da economicidade da solução proposta, com enfoque para a otimização dos custos das obras indicadas, para definição do preço-teto no futuro leilão de concessão. Não é avaliada, portanto, se a solução de engenharia proposta é efetivamente a melhor opção para o caso concreto.

15. Destaco que é a partir do EVTEA que é possível fixar o valor do preço de referência da concessão do empreendimento e daqueles que comporão os lances ofertados pelos participantes da disputa, no processo licitatório. O EVTEA é, portanto, a pedra fundamental sobre a qual se assentam os pressupostos que guiarão os participantes do certame. Como assinalou a equipe de auditoria, *“constitui-se, portanto, em instrumento essencial ao sucesso do leilão na calibração do preço-teto para o empreendimento”*.

16. Essa observação ganha relevo no momento em que se constata que não existe vedação para que o autor do EVTEA participe do projeto licitatório, nas concessões destinadas à geração de aproveitamento hidrelétrico. Aliás, a Lei 9.074/1995 expressamente permite que seja atribuída ao licitante vencedor a responsabilidade pelo desenvolvimento dos projetos básicos e executivos. O mesmo diploma estabelece que, *“nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços”*.

17. É natural que o autor do EVTEA possua uma gama de conhecimentos, acerca do empreendimento, significativamente superior à de qualquer outro interessado. É essa, aliás, a motivação do setor privado em desenvolver, no atual modelo, os estudos de inventário e EVTEAs. Assim, torna-se fundamental que o EVTEA seja exaustivo, de forma a minimizar a assimetria de informações inerente a este processo, para que, por um lado, o Poder Concedente disponha de dados suficientes para a otimização de suas análises, e, por outro, ocorra uma competição efetiva, imune à existência de informações privilegiadas.

18. Tal fato se torna ainda mais relevante a partir da possibilidade – atualmente existente - de o vencedor do certame promover alterações substanciais às alternativas consagradas no EVTEA, em face da insuficiência dos informes nele consignados, seja em decorrência de má-execução, ou, de outra sorte, como ressaltou a equipe de fiscalização, de uma deliberada omissão, *“no intuito de garantir vantagens no futuro certame pela melhor avaliação dos custos e especificidades das obras”*.

19. A respeito, ao relatar o TC 017.053/2015-3, que tratou da implantação da UHE de Belo Monte, ressaltai em meu voto (Acórdão 2.839/2016 – Plenário):

“7. Embora não haja proibição legal, a habilitação da Andrade Gutierrez como interessada na concessão, depois de tomar parte na elaboração dos estudos preparatórios do certame, evidencia o risco do uso de informações privilegiadas e até mesmo só de conhecimento seu, que poderiam não apenas comprometer a isonomia entre os consórcios, mas se voltar contra o estabelecimento de uma tarifa mais justa.

(...)

10. Entre os primeiros contratados, para desenvolvimento dos projetos básicos e executivos e suas revisões, bem como para serviços de fiscalização, figuraram justamente empresas que colaboraram nos estudos que precederam o leilão, como a Engevix, Themag, Intertechne e Arcadis, que se ofereceram como capazes de otimizar as soluções de engenharia e, conseqüentemente, reduzir os preços das obras. Ou seja, provavelmente não indicaram todas as melhorias possíveis para a fase do leilão, deixando para vendê-las depois ao empreendedor”.

20. Sobre a implantação de soluções diversas daquelas previstas no EVTEA, mencione-se o incremento no número de centrais geradoras, na UHE de Santo Antônio. Ainda a respeito, transcrevo trecho do relatório de fiscalização realizada na UHE Belo Monte, que auxiliou na fundamentação do já mencionado Acórdão 2.839/2016 – Plenário, por ser bastante esclarecedor:

“259. Outro ponto que demonstra riscos de assimetria de informações e acertos em desfavor do interesse público está relacionado com o Projeto Básico apresentado à Aneel após a adjudicação do objeto do leilão ao consórcio vencedor. Preliminarmente, deve destacar que o referido projeto não se confunde com o projeto básico de que trata a Lei 8.666/1993. Trata-se, em verdade, de

uma peça com conteúdo técnico mais profundo que o constante dos estudos de viabilidade, mas ainda não suficiente para caracterizar o projeto básico da lei de licitações.

260. Em 29/9/2010, a Norte Energia contratou as empresas Engevix, Intertechne e PCE, para a execução do projeto básico a ser apresentado à Aneel para aprovação. Na contratação essas projetistas foram autorizadas a propor as otimizações que diziam possuir antes do Leilão em face da participação destas nos estudos de viabilidade. Essas propostas seriam inseridas no projeto levado a Leilão, com vista a otimização das estruturas e redução dos custos, conforme preconizavam em suas propostas técnicas anunciadas às vésperas do evento. Ou seja, já era notório que havia otimizações possíveis nos estudos conhecidas na fase anterior ao leilão, mas que foram sonegadas ao Poder Concedente.

261. Por outro lado, nessa mesma época, as construtoras das obras já negociavam a contratação dessas mesmas projetistas para a execução do projeto executivo, incluído no objeto contratual de responsabilidade do consórcio construtor.

262. Acontece que o Contrato de Obras Civis trazia em seu bojo a cláusula 5.4.1 de compartilhamento de ganhos decorrentes da otimização de projetos por parte das empreiteiras contratadas, conforme abordado. Portanto, possíveis otimizações na fase anterior à contratação poderiam ser negligenciadas para posterior aproveitamento desse benefício por parte das construtoras.

263. Nesse contexto, o Projeto Básico apresentado pela Norte Energia S.A. para aprovação pela Aneel, em 13/9/2010, propôs a implantação de canal de adução único, com o traçado sobreposto ao anteriormente previsto, capaz de aduzir a vazão máxima turbinada. Assim, a ligação entre o reservatório da calha do Rio Xingu e o reservatório intermediário passaria a ser por meio de Canal de Derivação único com piso revestido de concreto compactado com rolo e laterais em enrocamento, no lugar da solução de dois canais apresentada no EVTE.

264. Salienta-se que tanto no EVTE, bem como após o estudo de otimização desenvolvido pela EPE, a adução à casa de força principal estava prevista no trecho inicial por dois Canais de Derivação que se uniam e formavam o Canal de Junção.

(...)

268. O Projeto Básico trouxe ainda outras alterações, sendo a mais significativa a eliminação do Vertedouro Complementar no Sítio Bela Vista.

269. As otimizações, se aprovadas, trariam redução de volumes de escavação e de concreto (eliminação do vertedouro complementar), de áreas de bota-fora, de desapropriações, dentre outros, alcançando considerável redução nos custos. Apenas para exemplificar, confrontando a Ficha Resumo constante do EVTE (dois canais de derivação) com a do Projeto Básico Consolidado (um canal), tem-se a redução de cerca de 45 milhões de metros cúbicos de escavação.

270. Como já apontado, o Leilão foi realizado em 20/4/2010, o Contrato de Concessão da Usina Belo Monte foi firmado em 26/8/2010 e o Projeto Básico foi apresentado à Aneel, pela Norte Energia, para aprovação, em 13/9/2010. Ou seja, em precisamente 145 dias foi executado o projeto básico da UHE Belo Monte, contemplando, além das otimizações propostas pela EPE, otimizações substanciais no arranjo e em grande parte das estruturas da maior usina hidrelétrica da modernidade no País.

271. É irrefutável a falta de razoabilidade desse feito. As soluções apresentadas neste Projeto Básico certamente já vinham sendo estudadas e, por que não dizer, já teriam sido selecionadas como alternativa viável e robusta capaz de reduzir os prazos e os custos de implantação do empreendimento, bem como de reduzir, também, os riscos socioambientais tão questionados nas

mais diversas esferas do Poder Público e da sociedade, e foram omitidas pelas projetistas visando benefícios futuros.”

21. É esclarecedora a posição trazida pela Empresa de Pesquisa Energética – EPE nos autos do TC 017.053/2015-3, em atendimento à oitiva que lhe foi dirigida por meio do Acórdão 2.839/2016 – Plenário para que se manifestasse sobre “*a necessidade de aprimoramento do atual modelo de estruturação das concessões de empreendimentos do setor elétrico*”:

“As ‘instruções para Estudos de Viabilidade de Aproveitamentos Hidrelétricos’ descrevem, de forma bastante geral e ampla, as atividades e os estudos que devem ser desenvolvidos para a comprovação da viabilidade técnica, econômica e ambiental de aproveitamentos hidrelétricos. Entretanto, não estabelecem objetivamente o nível de detalhamento necessário para os levantamentos e estudos que resultem num projeto com precisão e qualidade técnica adequada à obtenção do custo final de implantação da usina. Isso possibilita ao agente desenvolvedor do EVTE optar por elaborá-lo com o menor custo possível, ou seja, com um mínimo de levantamentos e estudos, que podem não ser suficientes para embasar tecnicamente a seleção da alternativa de eixo/arranjo e seu detalhamento nos estudos finais, ou mesmo para efetuar uma avaliação orçamentária confiável. Soma-se a isso, o fato de ser permitido ao empreendedor vencedor do leilão desenvolver o Projeto Básico com grau considerável de liberdade em relação à alternativa selecionada no EVTE, à exceção dos temas referentes aos parâmetros energéticos e ambientais.

Dessa forma, o efeito combinado de Instruções para EVTE demasiado genéricas e da liberdade para reavaliar a concepção básica do empreendimento na etapa de Projeto Básico pode resultar em custos de implantação da UHE significativamente distintos dos previstos no EVTE.”

22. A respeito da possibilidade de aprimoramentos, a EPE discorreu, na mesma oitiva:

“(…) seria oportuno se avaliar a conveniência e a viabilidade de se estabelecerem limites mais claros para as modificações entre o EVTE e o Projeto Básico, com possível efeito de desestimular a apresentação de concepções subótimas na etapa que antecede os leilões de concessão, seja por fragilidades nos levantamentos e estudos realizados, ou mesmo intencionalmente, com o objetivo de guardar informações estratégicas para conferir vantagem competitiva aos desenvolvedores”.

23. Neste ponto, considero relevante destacar o papel da EPE no processo de trabalho existente. Na atual configuração, a EPE é a responsável pela habilitação técnica do empreendimento e lhe cabe a análise do EVTEA. Do ponto de vista do arranjo orgânico, seria, em tese, possível a realização de aperfeiçoamentos nas soluções apresentadas pelos desenvolvedores, o que mitigaria a assimetria de informações. Ocorre que o pouco tempo de que dispõe a EPE para a realização de suas análises (por vezes, restrita a alguns dias), em face da exiguidade dos cronogramas das licitações, e a fragilidade dos dados apresentados nos estudos não possibilitam o vislumbre de soluções que divirjam significativamente daquelas inicialmente propostas.

24. Se faz premente, portanto, o aprimoramento da sistemática de elaboração e análise dos estudos de inventário e EVTEAs. É necessária a imposição de uma nova disciplina aos processos de trabalho atualmente praticados, mediante a edição de regulamentos adequados aos tempos atuais, que contemplem a adoção de metodologias que incorporem os avanços tecnológicos, a exemplo de ferramentas mais robustas de georreferenciamento, prospecção e análises de dados e cenários. Além disso, é requerido um maior nível de detalhamento dos manuais que instruem o escopo dos EVTEAs, de forma a que neles sejam inseridas informações mais minudentes, eliminando a subjetividade que possibilita, ao autor, a explicitação seletiva de dados. Somente a completude dos EVTEAs será capaz de assegurar que as alterações dos projetos implementados nas concessões sejam, efetivamente, fruto da eficiência empresarial, e não da ausência de informações – deliberada ou não - que já deveriam constar dos estudos disponibilizados à época do certame.

25. De forma mais extrema, poderia o Poder Público provocar uma ampla rediscussão acerca dos diplomas legais aplicáveis aos grandes empreendimentos hidrelétricos, sobretudo no que se refere à sistemática de preparação dos estudos de inventário e viabilidade técnica e econômica. Talvez seja o momento de se admitir a existência de procedimentos distintos, a depender do porte do empreendimento. As balizas hoje existentes são perfeitamente aplicáveis a pequenas centrais hidrelétricas e/ou aos empreendimentos destinados a produtores independentes de energia elétrica. Em tais situações, faz sentido imaginar que os primeiros passos do empreendimento sejam dados a partir de iniciativas dos próprios interessados, mediante requerimento à Aneel para a realização dos estudos e projetos.

26. Essa sistemática, no entanto, pode não fazer muito sentido quando se trata de um empreendimento de grande estatura, pretendido pelo estado, quando a lógica recomendaria que o próprio Governo Federal, por meio de suas agências e entidades, desse início ao processo, independentemente da provocação de terceiros. Nesse cenário, e considerando o interesse premente do estado na realização do empreendimento, não seria demais admitir que os estudos necessários à licitação fossem realizados sob seu patrocínio, de forma direta ou mediante a contratação de empresas especializadas. Em tais hipóteses, havendo contrato prevendo justa remuneração para as empresas desenvolvedoras dos EVTEAs, é de se supor a existência de atratividade para significativo leque de interessadas, as quais seriam motivadas pelo lucro obtido na realização dos estudos, e não mais pela perspectiva do êxito em obter a concessão decorrente do EVTEA. Em tal contexto, seria absolutamente aplicável, aos empreendimentos em questão, a regra geral aplicada às licitações, de que os responsáveis pelos estudos e projetos não podem participar, direta ou indiretamente, do certame, resguardando a Administração da existência de possíveis conflitos de interesses e assimetrias de informações e consagrando o princípio da segregação de funções.

27. A temática não é nova nesta Corte. No TC 028.129/2014-8 (Acórdão 1.873/2016 - Plenário), o Ministro Walton Alencar Rodrigues elaborou voto, tratando, com grande densidade, alguns aspectos relacionados às modalidades de contratação de projetos de infraestrutura. Embora a questão submetida àquele Relator fosse afeta aos Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI), as considerações e preocupações por ele externadas amoldam-se com perfeição àquelas que destaquei nestes autos, inerentes à estruturação de grandes empreendimentos hidrelétricos. Por sua pertinência, destaco o seguinte trecho daquele voto:

*“Outro grave risco que decorre do PMI, principalmente em se tratando de estruturação de projetos de infraestrutura complexos, é a possibilidade de os autores dos estudos/projetos que sejam interessados na exploração do empreendimento ostentarem **posição privilegiada na captação de informações para a futura licitação**, em comparação com o ente público responsável e com os demais concorrentes. Trata-se da possibilidade de assimetria de informações e de conflitos de interesse que podem efetivamente comprometer a economicidade do empreendimento, com nítida vantagem para o empreendedor privado e prejuízo para o Poder Público.*

(...)

Há, portanto, claríssima dualidade na metodologia de identificação e estruturação de empreendimentos, empregada nos países ricos e nos países em desenvolvimento. Nos países que optam por transferir a estruturação de projetos para o setor privado, por sua vez, é clara a tendência de negligenciar a formação de quadros especializados próprios, ou, quando existentes, negligenciá-los, (...). E tal procedimento constitui deliberada política de governo que deve persistir por décadas, para dismantelar a capacidade interna de estruturação de projetos.

Ao assim fazê-lo, a Administração Pública passa a depender, inexoravelmente, do setor privado, no mais das vezes representado por potenciais licitantes, para preparar o projeto e apoiá-la durante todo o procedimento licitatório. Não raro, o autorizado possui objetivos opostos aos do governo, tendentes à maximização do seu lucro, e acaba induzindo à elaboração de projetos de

engenharia caros e regras contratuais que não privilegiam a concorrência, nem maximizam o bem-estar da sociedade.

A assimetria das informações entre autorizado, governo e demais interessados na futura licitação cria a possibilidade de o primeiro direcionar, a seu favor ou a favor de associados, as premissas do projeto e as regras que regerão a licitação e o futuro contrato.

Entre as vantagens que podem ser indevidamente obtidas destacam-se: repartição desequilibrada dos riscos do empreendimento; estabelecimento de menores níveis de investimento ou de maior remuneração; obstrução à participação de potenciais licitantes mediante requisitos de qualificação prescindíveis; adoção de soluções de engenharia para as quais apresente alguma vantagem competitiva e ocultação de informações relevantes à análise da rentabilidade do empreendimento.

O setor privado tem como objetivo primordial a maximização do lucro e não o interesse público. É principalmente esse conflito de interesses que levou os governos de países desenvolvidos a proibirem ou limitarem fortemente a estruturação de projetos por agentes privados. Ingenuidade crer que o autorizado e potencial licitante conduza a soluções que melhor alcancem o interesse público, sem considerações de realização de lucro máximo no futuro empreendimento, nem de aumento de suas chances de êxito no certame.” (grifos do original).

28. Nesse ponto, esclareço, como agravante, que embora a MP 722/2016 – que pautou a análise então realizada naquele caso específico – tenha estabelecido, em seu art. 17, § 2º, a exigência de que os contratos de serviços técnicos celebrados pelo Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias (FAEP) com os profissionais, empresas ou entidades de elevada especialização técnica contivessem previsão expressa de proibição aos autores dos projetos e estudos, na condição de contratados ou de subcontratados, e seus responsáveis econômicos, de participarem, direta ou indiretamente, da futura licitação para a parceria, tal dispositivo não foi replicado na Lei 13.334/2016, que a converteu.

29. Vê-se, portanto, que existe forte oposição à implementação de mudanças que privilegiem a isenção dos elaboradores de projetos, em detrimento da tolerância hoje existente.

30. Embora seja forte o argumento de que a mudança de paradigmas implicaria na necessidade de significativos aportes orçamentários para o custeio dos EVTEAs, uma vez que passariam a ser contratados diretamente pelos entes estatais, é possível imaginar, na existência de vontade política, a concepção de modelagens alternativas que viessem a mitigar o problema, a exemplo da utilização de fundos destinados ao fomento de projetos de infraestrutura, como o FAEP.

31. Mais uma vez, trago à reflexão as considerações do Ministro Walton Alencar Rodrigues, no mencionado voto condutor do Acórdão 1.873/2016 – Plenário, ao tratar da questão relacionada ao financiamento dos estudos:

“Ainda que possa parecer que o PMI, com a contornos conferidos ao mecanismo pelo Decreto 8.428/2015, não onera o Erário, por caber à futura concessionária ou parceiro privado a responsabilidade pelo pagamento dos estudos/projetos elaborados sob risco de um ente, a rigor não é isso que ocorre.

O ressarcimento ao autor do estudo/projeto, assim como todas as demais despesas incorridas em razão do empreendimento, compõe a planilha de custos do licitante que, impulsionado pela ótica capitalista, somente destinará recursos ao empreendimento se acreditar que obterá retorno compatível com o capital investido. Quanto maior o capital empregado, compreendendo custos com estudos/projetos, menor o valor ofertado pela outorga ou maiores as tarifas postuladas, por mais que tais custos sejam marginais em relação ao valor total do empreendimento.

Além disso, há possíveis reflexos decorrentes do risco de superestimação dos valores de investimento, também baseados nos aludidos estudos, que possam diminuir o valor da outorga, em razão da já mencionada assimetria de informações.

Desta forma, o ônus decorrente da utilização de estudo/projeto obtido na forma do art. 21 da Lei 8.987/1995, em licitação de concessão ou PPP, será, indiretamente, suportado pelo Erário ou por toda a sociedade."

32. No caso da geração de energia elétrica, o custo dos estudos e projetos é repassado aos consumidores mediante sua incorporação ao valor das tarifas.

33. Novamente, vê-se nosso País em alinhamento com práticas adotadas por nações que se encontram em estágios mais incipientes na estruturação de projetos, em detrimento de se alinhar àquelas utilizadas por estados com maior experiência regulatória em infraestrutura e extenso portfólio de projetos em que houve a participação do setor privado. O modelo vigente no Brasil, em que o governo não se encarrega da identificação e preparação dos projetos que serão levados à licitação, é denominado, pela literatura internacional, de “**unsolicited proposals**”. É adotado, sobretudo, em países emergentes, com baixa capacidade de desenvolvimento e implementação de uma carteira de investimentos públicos. Tal paradigma é criticado pelo Banco Mundial, que recomenda que o estado conduza seus próprios estudos de viabilidade, ou, alternativamente, obtenha uma revisão independente dos trabalhos que lhes são apresentados por terceiros.

34. Em decorrência dos problemas relacionados aos potenciais conflitos de interesse e à ausência de transparência, as **unsolicited proposals** são proibidas – ou carecem de amparo legal - em vários países, a exemplo dos integrantes do Reino Unido, da União Europeia e Canadá. Na Austrália e Nova Zelândia, são aplicadas apenas em circunstâncias específicas, nas quais o objetivo seja a estruturação de projetos inovadores, com elementos de propriedade intelectual e tecnologia únicos (a respeito, ler o artigo “Estruturação de projetos de infraestrutura: experiência internacional e lições para o Brasil”, de Fernando Tavares Camacho e Bruno da Costa Lucas Rodrigues, disponível em <http://www.sefaz.ba.gov.br/scripts/redeppp/docs/TD-PMI-1.pdf>, acesso efetuado em 20/10/2017).

35. Embora a grave crise fiscal que assola o País seja um fator aparentemente favorável à transferência, a terceiros, dos EVTEAs, os riscos associados à captura do estado e à assimetria de informações fazem com que essa alternativa, supostamente mais “barata”, tenha um elevado custo à nação brasileira, ainda que não possa ser contabilizado em termos orçamentários. De forma alternativa, a persistir a intenção governamental de não onerar os cofres públicos com o desenvolvimento de projetos de estruturação de grandes empreendimentos de geração hidrelétrica, mas percebidas as vantagens de os estudos serem conduzidos por órgãos estatais, é possível cogitar-se da realização de aperfeiçoamentos legislativos, de forma a manter a atual política de ressarcimento dos custos, não mais em prol de terceiros interessados, mas diretamente em favor do estado ou de um de seus entes, a exemplo da Empresa de Pesquisa Energética (EPE).

- III -

36. A dimensão socioambiental na implantação de grandes empreendimentos possui inegável destaque no cenário contemporâneo. Daí a necessidade de ser contemplada, com especial atenção, em todos seus estágios, desde a concepção inicial do aproveitamento hidrelétrico pretendido. A integração de todos os órgãos públicos que, de alguma forma, possam vir a se tornar atores no processo se faz premente, sobretudo quando se verifica a miríade de intervenções possíveis: Instituto Brasileiro de Meio Ambiente (Ibama), Fundação Nacional do Índio (Funai), Fundação Cultural Palmares (FCP), Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) e Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), só para mencionar os órgãos federais que podem participar do processo de licenciamento.

37. Em evento promovido pela Associação Brasileira de Energia Solar Fotovoltaica, em julho deste ano, Luiz Augusto Barroso, presidente da EPE, ressaltou que o País não poderá prescindir do seu potencial hidrelétrico, mas observou que a expansão de novas hidrelétricas depende de projetos certos e feitos com responsabilidade, o que tem se tornado cada vez mais difícil em razão do aumento das interferências socioambientais.

38. No essencial, a equipe de fiscalização apontou como principais problemas estruturais a ausência “*de integração e maturidade das políticas socioambientais e energéticas*” e “*de regulamentação do art. 231, § 3º da CF/88 acerca da implantação de empreendimentos em terras indígenas e comunidades tradicionais*”.

39. O referido descompasso principia-se com o envelhecimento de parte dos estudos de aproveitamentos hidrelétricos, alguns da década de 1980, em relação à legislação ambiental superveniente, que trouxe significativa interferência sobre a forma de exploração dos aproveitamentos existentes. Como agravante desse descompasso, houve enorme expansão, nos últimos vinte anos, das áreas protegidas. Veja-se a comparação da situação atual com aquela então existente em 1998:

Categoria	Quantidade	
	1998	2017
Unidades de conservação ⁽¹⁾	743	2018
Terras indígenas	307	535
Comunidades quilombolas	0	247

(1) federais, estaduais e municipais

40. A equipe de auditoria destacou que cerca de 27% das terras que compõem o bioma amazônico – área em que se localizam os maiores potenciais hídricos ainda não explorados - encontram-se afetadas a unidades de conservação e 23%, a terras indígenas (algumas áreas encontram-se sobrepostas). O dado, embora festejado sob o prisma socioambiental, traz enorme impacto sobre as tentativas de aproveitamento das águas dos rios locais.

41. No que se refere às terras indígenas, a Funai afirmou existirem 606 registros de reivindicações fundiárias indígenas, em diferentes estágios de maturação: 477 ainda em estágio preliminar (56% doas quais na Região Norte), 91 com estudos de delimitação atualmente em curso e 38 terras consideradas delimitadas, encontrando-se em fase de contraditório administrativo ou em análise pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, para decisão acerca da expedição de Portaria Declaratória.

42. Na mesma senda, segundo informado pela Fundação Cultural Palmares, existem 2.958 comunidades quilombolas por ela certificadas. Dessas, apenas 247 já tiveram suas áreas já delimitadas pelo Inbra. Existe, portanto, uma elevada possibilidade de que ainda venham a ser delimitadas as áreas de outras 2.678 comunidades. Isso representará um crescimento de 1.084% no número de comunidades quilombolas com terras demarcadas.

43. Também o ICMBio comunicou que existem propostas para a criação de 162 novas unidades de conservação, o que poderá fazer com que as áreas protegidas (excetuados os biomas marinhos e costeiros) cheguem a 37% do território nacional, em áreas descontínuas.

44. São pertinentes as palavras da equipe de fiscalização que afirmam:

“Tais fatos sugerem que, se por um lado a proporção de bacias a serem inventariadas em relação a todo o potencial hidrelétrico nacional é reduzido, ainda há uma grande lacuna na definição e efetiva proteção dos recursos ambientais a serem preservados em território brasileiro, o que traz imprevisibilidade e insegurança jurídica para o setor elétrico e para a implementação de suas políticas.”

45. O estudo de caso trazido pela equipe de fiscalização, referente ao AHE São Luiz do Tapajós, retrata a feição morosa, burocrática, ineficiente e desarticulada da Administração Pública Federal: (i) em 2005, foi concedido registro para a realização dos estudos de inventário do rio Tapajós, incluindo seu principal afluente, o rio Jamanxim; (ii) em 2006, foram criadas (ou ampliadas) nove unidades de conservação que interferiam na área em estudos; (iii) os estudos de inventário foram aprovados em maio de 2009 e incluíam diversos aproveitamentos hidrelétricos, dentre eles o de São Luiz de Tapajós; (iv) no mesmo ano, foi concedido registro para a realização do EVTEA daquele AHE; (v) em maio de 2011, o Governo Federal considerou aquele AHE um projeto estratégico, estruturante e prioritário para efeito de licitação e implantação, e, em fevereiro de 2012, foi publicado o termo de referência para a realização do EIA/RIMA do empreendimento; (vi) na ocasião, a Funai especificou as terras indígenas que deveriam ser abrangidas pelo estudo, relacionando, dentre elas, algumas comunidades de uso do povo Munduruku ainda não regularizadas; (vii) em junho de 2013, os trabalhos de campo foram interrompidos em decorrência do sequestro de pesquisadores da equipe de estudos, por indígenas da etnia Munduruku, estudos esses que somente foram retomados em janeiro de 2014; (viii) em maio de 2014, foi protocolada, no Ibama, a versão inicial do EVTEA; (ix) em setembro de 2014, foi publicada, pelo MME, portaria que agendava o leilão de compra da energia proveniente da AHE para dezembro do mesmo ano. Poucos dias depois, no entanto, a portaria foi revogada pela “*necessidade de adequações aos estudos associados ao tema do componente indígena*”, sob a alegação da Funai de que não havia existido estudo de campo nas terras indígenas, mas apenas a utilização de dados secundários; (x) por fim, a licença prévia não foi concedida, sob o argumento de que se faria necessária a remoção de indígenas de áreas que seriam alagadas.

46. Veja-se a situação, inusitada: não foram realizados os trabalhos de campo porque a Funai e os indígenas não autorizaram o ingresso dos pesquisadores nas terras. E a Funai, em momento posterior, rejeitou os estudos, sob o argumento de que não haviam sido realizados tais trabalhos de campo, que ela não havia autorizado. Mais ainda: a Funai explicitou as terras indígenas que deveriam ser alcançadas pelo estudo e, tempos depois, alegou falha no estudo, por não ter ele estendido seu escopo a outras áreas, que não haviam sido por ela relacionadas.

47. Ademais, apesar de, em 2014, a área técnica da Funai já haver indicado sua contrariedade à emissão da licença prévia do empreendimento, o órgão, por meio de seu presidente, externou, à época, que existiam “*impropriedades formais*” que poderiam ser sanadas, dentre elas a referida ausência de trabalhos de campo. Tal manifestação conduziu as empresas integrantes do consórcio encarregado do EVTEA a se dedicarem à solução das apontadas “*impropriedades formais*”. Ocorre que, dois anos depois, a Funai, de posse das mesmas informações que já possuía em 2014, emitiu parecer final pelo indeferimento da licença prévia, sob o fundamento de que diversas aldeias não teriam sido abrangidas no EVTEA e que constituiriam obstáculos “*legais e constitucionais*” intransponíveis, uma vez que implicaria na remoção de grupamentos indígenas.

48. Em agosto de 2016, o processo de licenciamento do AHE foi arquivado pelo Ibama. A Eletrobras protocolou recurso administrativo contra o arquivamento, que foi indeferido. Em outubro de 2016, a Eletrobras peticionou ao Ibama solicitando o encaminhamento, ao MMA, do recurso administrativo contra a decisão de arquivamento. Tal pleito não foi respondido.

49. Essa síntese de algumas das ocorrências relacionadas ao AHE São Luiz do Tapajós se prestam a demonstrar o descompasso e a má-comunicação existente entre órgãos integrantes da estrutura do governo. Além dessas, muitas foram as interferências (detalhadamente descritas no relatório) que culminaram na paralisação do licenciamento do AHE, incluindo decisões judiciais desfavoráveis, motivadas, sobretudo, pelos pareceres do Ibama e da Funai.

50. A construção do AHE de São Luiz do Tapajós, inserida no planejamento do setor elétrico desde o Plano Decenal de Expansão de Energia (PDE) 2008/2017 e incluída no PAC 2, permanece não iniciada. Mais que isso, decorridos quase oito anos desde a concessão de registro, pela Aneel, para a

elaboração do EVTEA, não se sabe se o empreendimento é viável sob o aspecto socioambiental. Isso demonstra a necessidade da existência de uma conjugação de pautas, que traga a convergência entre as agendas do setor elétrico e as políticas socioambientais, antes mesmo da deflagração do processo de estruturação de grandes empreendimentos hidrelétricos.

51. É utópico pretender discutir um modelo energético sem adentrar em questões socioambientais, uma vez que toda forma de energia resulta da transformação de forças presentes na natureza, e, de alguma forma, seu aproveitamento afeta o espaço a seu redor. Embora as usinas hidrelétricas gerem energia considerada “limpa”, é inegável o grande impacto ambiental decorrente do represamento dos rios, com o alagamento de vastas áreas, implicando no remanejamento de populações e alterações no ecossistema local. O descompasso existente no grau de maturidade das diversas políticas públicas, as pressões sociais decorrentes da inércia ou do despreparo da ação governamental e a ausência de balizas claras e taxativas acerca das questões energéticas e socioambientais alimentam o temor de que a construção de grandes hidrelétricas seja descartada de forma açodada, sem suficiente lastro em estudos verdadeiramente técnicos e integrados. Considerando o enorme potencial hídrico do Brasil, tal descarte, se realizado dessa forma, possuirá um elevadíssimo custo.

52. O grande desafio reside em se encontrar o equilíbrio para a difícil equação que coloca: de um lado, o crescimento econômico, e de outro, a sustentabilidade. Sob esse prisma, a questão socioambiental não pode ser tratada de um ponto de vista absoluto, senão como uma variável adicional em um complexo sistema em que diferentes dimensões se cruzam e inter-relacionam. Todos querem energia, independentemente de suas crenças, ideologias e convicções. Nas sociedades contemporâneas, existe uma relação direta entre a riqueza das nações e seu consumo energético. São simplórias, portanto, as decisões que vetam a estruturação de empreendimentos que pretendem gerar energia a partir de determinada fonte e não oferecem, em troca, melhores alternativas, que, igualmente, possibilitem uma marcha contínua no processo de desenvolvimento nacional, sem afetação da segurança energética, e, por conseguinte, da salvaguarda econômica. O veto à instalação de uma usina hidrelétrica não pode ser visto de forma isolada; deve ser recepcionado como uma afirmação de preferência para a utilização de outras fontes, que, nesses casos, devem ser explicitadas, sejam elas termelétricas, eólicas, nucleares ou outras.

53. O trabalho desenvolvido pela SeinfraElétrica é meritório porque reforça a necessidade de discussão sobre pontos já conhecidos por esta Corte, mas que até então vinham sendo tratados de forma isolada. As particularidades inerentes ao setor elétrico e sua importância estratégica no contexto do desenvolvimento nacional densificam a relevância do tema. Os achados consignados no relatório e as preocupações externadas neste voto recomendam uma ampla discussão sobre o modelo adotado e os procedimentos que lhes são inerentes.

- IV -

54. Alinho-me à unidade técnica no que se refere à incompetência legal da Aneel para aprovar os estudos de inventário e EVTEA, tal como vem sendo procedido, desde o início do ano de 2004.

55. Tal competência havia sido atribuída à Aneel pelo art. 28, § 3º, da Lei 9.427/1996. No entanto, a MP 144/2003, posteriormente convertida na Lei 10.848/2004, alterou a referida previsão, transferindo-a para o Poder Concedente, no caso o Ministério de Minas e Energia. Em decorrência, foi editado o Decreto 4.932/2003, que, em seu art. 1º, delegou a atribuição à Aneel, mas ressalvou, em seu art. 2º, que a delegação vigoraria “*pelo prazo de noventa dias, a contar de sua publicação, ou até a regulamentação da Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003*”.

56. O assunto foi submetido ao MME, que, nos comentários do gestor, divergiu da interpretação da SeinfraElétrica e, invocando o Parecer Conjur/MME 225/2004, aprovado pela então titular daquela Pasta, sustentou a validade das competências delegadas à Aneel pelo Decreto

4.932/2003. O referido Parecer consignou o entendimento de que os Decretos 5.081/2004 e 5.163/2004, que regulamentaram aspectos da Lei 10.848/2004, não se debruçaram sobre essa questão específica, que permaneceria, portanto, sem regulamentação. Nessa toada, estaria válida a delegação conferida pelo art. 2º do Decreto 4.932/2003.

57. A interpretação trazida pelo MME não pode prosperar. A inteligência que deve ser extraída do art. 2º do Decreto 4.932/2003 é de que a delegação concedida à Aneel vigoraria pelo prazo de noventa dias, salvo se a MP 144/2003 fosse regulamentada em prazo inferior, situação em que passaria a vigorar o novo regramento trazido pela norma superveniente. A hermenêutica sustentada pelo MME tornaria inócua a expressão “*pelo prazo de noventa dias, a contar de sua publicação*”, uma vez que, em qualquer situação, na linha defendida pelo Poder Concedente, a delegação prosperaria até regulamentação posterior. Fosse essa a intenção legislativa, a redação do dispositivo diria, simplesmente, que a delegação vigoraria “*até a regulamentação da Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003*”, sem a sentença inicial que lhe foi grafada. É sabido que na lei não se presume o uso de expressões supérfluas. Destarte, o prazo de noventa dias só pode ser tido como marco derradeiro.

58. Faz-se necessária, portanto, a adoção de providências legislativas para a regularização da situação, inclusive com a ratificação daqueles atos já praticados pela Aneel.

- V -

59. Em sua proposta de encaminhamento, a unidade técnica sugere a realização de oitivas da Funai e do Ibama acerca de questões associadas ao processo de licenciamento ambiental do AHE São Luiz do Tapajós, mormente aquelas relacionadas à morosidade na adoção de algumas providências e à ausência de autorização aos pesquisadores para acesso às terras indígenas. Data vênua, divirjo do encaminhamento proposto. A oitiva, fundamentada no art. 250, inciso V, do Regimento Interno, deve ser utilizada quando se vislumbra a possibilidade de vir a ser proferida decisão no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em favor das entidades ouvidas. No caso que se examina, tal hipótese é inexistente.

60. No mais, acolho as demais propostas formuladas, com os ajustes entendidos necessários.

Ante o exposto, voto por que seja adotado o acórdão que submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 6 de dezembro de 2017.

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO
Relator