

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 014.730/2017-0

Natureza: Representação (com pedido de Medida Cautelar).

Unidades Jurisdicionadas: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e Ministério de Minas e Energia (MME).

Representantes: Estado de Minas Gerais e Cemig Geração e Transmissão S.A – Cemig GT

Advogados constituídos nos autos: não há.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO CAUTELAR. LEILÃO DE OUTORGA DE CONCESSÃO DAS USINAS HIDRELÉTRICAS DE SÃO SIMÃO, JAGUARA, MIRANDA E VOLTA GRANDE. SUPOSTAS ILEGALIDADES E VIOLAÇÃO, PELO PODER CONCEDENTE, AO PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES EXPEDIDAS EM PROCESSO CONEXO (TC-016.060/2017-2) E COM PRAZO PARA CUMPRIMENTO AINDA NÃO EXPIRADO. AUSÊNCIA DE RAZÕES PARA NOVA ATUAÇÃO DO TCU NESTE MOMENTO. APENSAMENTO DEFINITIVO DESTA REPRESENTAÇÃO AO REFERIDO TC-016.060/2017-2.

RELATÓRIO

Início este Relatório transcrevendo, com alguns ajustes de forma e fundamentado no inciso I do § 3º do art. 1º da Lei 8.443, de 16/7/1992, a instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Elétrica (SeinfraElétrica) e autuada como peça 17, a qual contou com a anuência do corpo dirigente da referida unidade técnica (peças 18 e 19):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de Representação apresentada pelo Estado de Minas Gerais e Cemig Geração e Transmissão S.A – Cemig GT (Cemig) com pedido de medida cautelar em face de ato do Ministro de Estado de Minas e Energia consubstanciado na Portaria-MME 133, de 4 de abril de 2017, que determinou a realização, até o dia 30/9/2017, de Leilão de Outorga de Concessão de Usinas Hidrelétricas (UHEs) que tiveram suas concessões, outorgadas à Cemig, vencidas entre agosto de 2013 e fevereiro de 2017 (concessões das UHEs São Simão, Jaguara, Miranda e Volta Grande).

HISTÓRICO

2. Em 31/5/2017, o Estado de Minas Gerais e a Cemig (representantes) protocolizaram a presente Representação em que suscitam ilegalidade da Portaria MME 133/2017 que determinou a realização do Leilão Aneel 1/2017, por entender ser ela incompatível com os objetivos da Lei 12.783/2013 e por não ter levado em conta proposta da Cemig à União de alternativa à realização da licitação (peça 1).

3. Os representantes requereram que o Tribunal assinasse prazo para que o Ministro de Minas e Energia sustasse a execução da Portaria-MME 133/2017 ou, se não atendida a determinação, que o próprio TCU sustasse o ato, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, nos termos do art. 71, X, da Constituição Federal, conforme transcrito (peça 1, p. 23):

93. Pelo exposto, requer:

- a) seja recebida e processada a presente representação;
- b) seja assinado prazo ao Ministro de Estado de Minas e Energia para que suste a execução da Portaria 133, de 4 de abril de 2017.

94. Se não atendida a determinação deste Tribunal, pede-se a sustação da execução do ato impugnado, comunicando, em seguida, a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, nos termos do Art. 71, X, da Constituição Federal.

4. Em 13/7/2017, os representantes entenderam que a publicação do Despacho Aneel 1.824/2017, na data de 27/6/2017, teria agravado a situação do caso e requereram medida cautelar de urgência, lastreada no direito aventado na inicial (peça 4). O pedido é transcrito a seguir (peça 4, p.7):

Mercê de tais considerações, requer a concessão de medida cautelar a fim de que seja assinado prazo ao Ministro de Estado de Minas e Energia para que suste a execução da Portaria 133, de 4 de abril de 2017, e todos os atos posteriores dela decorrentes, até o julgamento final da representação.

Requerem ainda os autores da presente representação que, descumprido o prazo assinado, seja o procedimento licitatório suspenso por este Egrégio TCU, com a consequente remessa de Ofício à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL para que interrompa, até o julgamento final deste processo, todo e qualquer ato decorrente da Portaria MME nº 133/2017, tais como e inclusive o Despacho 1.824/2017, que deu azo ao presente pedido cautelar.

5. Em 14/7/2017, a SeinfraElétrica comunicou ao Gabinete do Exmo. Ministro-relator Ministro Aroldo Cedraz o ingresso do pedido de medida cautelar, conforme previsto pela Portaria-Segecex 12/2016 (peça 5).

6. Na mesma data, esta Secretaria se manifestou pela admissibilidade da representação e propôs ao Ministro-Relator, com base no art. 25 da Resolução-TCU 259/2014, a dilação do prazo para o pronunciamento desta Unidade Técnica em face da cautelar e do mérito da representação (peça 6). A proposta levou em conta que os atos justificatórios do Leilão Aneel 1/2017 já se encontravam sob a análise por esta mesma Unidade Técnica no bojo do TC 016.060/2017-2, o qual trata do acompanhamento concomitante do TCU em face do Leilão Aneel 1/2017, para fins de atendimento à Instrução Normativa-TCU (IN) 27/1998. Referido leilão coincide com aquele determinado no ato administrativo objeto desta representação. Além disso, considerou-se que a dilação do prazo não traz prejuízo aos representantes sob o enfoque do perigo da demora e privilegia a racionalidade administrativa e processual.

7. Em 18/7/2017, os representantes juntaram documentação em que aduzem viabilidade de uma autocomposição entre a União e a Cemig, em alternativa à realização do Leilão 1/2017 (peças 8 e 10) e reiteram o pedido de concessão de medida cautelar (peça 8).

8. Em 19/7/2017, o Exmo. Ministro-relator deferiu a dilação do prazo para manifestação desta Unidade Técnica sobre o pedido de medida cautelar e sobre o mérito da representação, até o dia 28/7/2017 (peça 11).

9. Em 24/7/2017, esta Unidade Técnica solicitou manifestação do Ministério de Minas e Energia (MME) em face da Representação, em particular sobre a existência de eventual impedimento judicial à submissão das UHEs ao procedimento de leilão e sobre a proposta de acordo formulada pelas representantes à União (peça 12).

10. Em 25/7/2017, o MME, por meio de sua Consultoria Jurídica, atualizou informação que fora prestada no âmbito do TC 016.060/2017-2, confirmando, assim, a inexistência de impedimento judicial ao leilão (peça 15), inclusive no âmbito da Ação Cautelar 3.980/DF manejada pelos ora representantes e que tramita no Supremo Tribunal Federal (STF). Por fim, enfatizou seu desinteresse em aceitar a citada proposta da Cemig de autocomposição entre ela e a União (peça 15) acerca da forma de exploração das UHEs São Simão, Jaguará, Miranda e Volta Grande.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

11. A representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível,

qualificação e endereço do representante, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente a irregularidade ou ilegalidade.

12. Além disso, o Estado de Minas Gerais e a Cemig Geração e Transmissão S.A – Cemig GT possuem legitimidade para representar ao Tribunal, consoante disposto no inciso VII do art. 237 do RITCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.

13. Ainda, conforme dispõe o art. 103, § 1º, **in fine**, da Resolução-TCU 259/2014, verifica-se a existência do interesse público no trato da suposta ilegalidade, pois, na hipótese de incompatibilidade da Portaria MME 133/2017 com os objetivos da Lei 12.783/2013, conforme aventado pelos representantes, estar-se-ia diante de provável concessão do direito de exploração de quatro usinas hidrelétricas, pelo prazo de trinta anos, em situação de desalinhamento com a principal política pública estabelecida para concessões de geração de energia elétrica no País.

14. Dessa forma, a representação poderá ser apurada, para fins de comprovar a sua procedência, nos termos do art. 234, § 2º, segunda parte, do Regimento Interno do TCU, aplicável às representações de acordo com o parágrafo único do art. 237 do mesmo RI/TCU.

EXAME TÉCNICO

15. Consoante o art. 276 do Regimento Interno do TCU, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**.

16. No presente caso, como se entende que a análise realizada na presente instrução exaure os pontos trazidos em sede de representação, ou seja, analisa-se o mérito da questão, desnecessária se faz qualquer análise quanto ao **fumus boni iuris** e **periculum in mora**, conforme passa a ser descrito.

17. Dos autos, tem-se que as razões de representação são supostas violações à legalidade, à economicidade e ao interesse público, todas decorrentes da expedição da Portaria MME 133/2017 que, como dito, determinou a realização de leilão de concessão.

18. Nas palavras dos representantes (peça 1, p. 7):

24. Assim, a edição da Portaria MME 133/2017 é ilegal e violadora ao princípio da economicidade; primeiro por ter sido editada sem que se observasse o devido processo necessário a tanto e, em segundo lugar, porque contraria frontalmente os objetivos legalmente estabelecidos sobre o assunto por ela tratado, objetivos estes que reduzem a zero o grau de discricionariedade do Administrador Público.

19. A referida inobservância ao devido processo de expedição da Portaria MME 133/2017 teria se materializado, segundo os representantes, com a ausência de manifestação prévia e fundamentada do MME acerca de requerimento que fora apresentado pela Cemig no sentido de que, com base no disposto no art. 8º, §1º-C, da Lei 12.783/2013, fosse dado destino diferente ao que foi previsto na Portaria ora contestada, quanto à exploração das UHEs São Simão, Jaguará, Miranda e Volta Grande, as quais se encontram todas com suas concessões vencidas.

20. Por sua vez, a mencionada violação aos objetivos legais teria se concretizado, ainda segundo os representantes, com a incompatibilidade da Portaria MME 133/2017 com a ‘MP 735/2016, que buscou minimizar os efeitos da sobrecontratação das distribuidoras de energia, e contrário ao interesse público, eis que a sobra de energia das distribuidoras afeta sobremaneira os consumidores e a economia do país’ (peça 1, p. 6-7).

21. A análise das razões de representação é apresentada nos itens I.1 e I.2 a seguir.

I.1. Da ausência de prejuízos por inobservância ao devido processo

22. Quanto à alegação de inobservância do devido processo quando da tomada de decisão da Portaria MME 133/2017, oportuno resgatar o que segue.

23. A aprovação da Lei 13.360/2016, em novembro de 2016, ao alterar dispositivos da Lei 12.783/2013, deu nova conformação para o processo de outorga de concessões do serviço público de geração de energia elétrica (grifo nosso):

Art. 5º. A Lei no 12.783, de 11 de janeiro de 2013, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 8º

.....
(...)

§ 1º-C. Quando o prestador do serviço for pessoa jurídica sob controle direto ou indireto de Estado, do Distrito Federal ou de Município, é facultado à União outorgar contrato de concessão pelo prazo de 30 (trinta) anos associado à transferência de controle da pessoa jurídica prestadora do serviço, desde que:

I - a licitação, na modalidade leilão ou concorrência, seja realizada pelo controlador até 28 de fevereiro de 2018;

II - a transferência de controle seja realizada até 30 de junho de 2018.

§ 1º-D. A licitação de que trata o inciso I do § 1º-C poderá ser realizada pela União mediante autorização do controlador.

..... (NR)

24. Com base nesse dispositivo e como solução alternativa a demandas judiciais em curso envolvendo três UHEs cujas concessões eram de sua titularidade, posto que já vencidas, a Cemig apresentou, em 21/2/2017, por meio da correspondência DPR-001M/2017 (peça 2, p. 48), pedido administrativo subsidiário ao MME para que fosse instaurado processo administrativo de outorga das concessões dessas usinas, pelo prazo de trinta anos. A representação se insurge quanto à forma e o teor da resposta dada pelo MME à Cemig – Ofício 84/2017/SE-MME, de 27/4/2017 (peça 2, p. 55) –, que apenas repetiu os termos de decisão já tomada, qual seja, a de realizar licitação conforme Portaria MME 133/2017:

3. Confira-se:

(...) Nesse contexto, e considerando a inexistência de coisa julgada administrativa, o que permite à Administração Pública rever seus atos a qualquer tempo, bem como a possibilidade de negociação a respeito dos direitos tratados nesta correspondência, aberta pelo STF nos autos da Ação Cautelar 3.980/DF, comparece a CEMIG Geração e Transmissão para renovar seu requerimento de prorrogação, por 20 (vinte) anos, nos termos da Cláusula Quarta do Contrato de Concessão 007/97, dos prazos de concessão das UHE's de JAGUARA, SÃO SIMÃO E MIRANDA, bem como das respectivas instalações associadas, constituídas de Subestação Elevadora, Estações de Comunicação e Ambiental.

Tendo em vista o espírito conciliador e de cooperação que deve reger a relação entre concessionário e poder concedente e a busca constante de alternativas que apresentem, sempre, a melhor solução para os consumidores/usuários, para o país e para os acionistas da Companhia, no caso o povo mineiro, e caso esse Ministério entenda por manter seu posicionamento adotado à época da edição dos despachos citados acima e mantidas todas as decisões (**lato sensu**) que determinaram a prevalência da Lei 12.783/2013 em detrimento do disposto na Segunda Subcláusula da Cláusula Quarta do Contrato CEMIG nº 007/1997, a Cemig Geração e Transmissão S.A. apresenta, como REQUERIMENTO SUBSIDIÁRIO aos pleitos de renovação das concessões das UHE's Jaguará, São Simão e Miranda por 20 (vinte) anos (Contrato de Concessão 007/1997), o pedido de que as concessões das UHE's JAGUARA, SÃO SIMÃO E MIRANDA lhe sejam outorgadas, por 30 anos, nos termos do que determina o §1º-C do art. 8º da Lei 12.783/2013, incluído pela Lei 13.360/2016.

4. Naquela oportunidade, a CEMIG GT salientou que o mencionado pedido subsidiário não importava em renúncia ao direito da Companhia de discutir judicialmente a prorrogação das concessões, nos moldes previstos na cláusula quarta do contrato de concessão 007/1997.

5. À mingua de respostas, a CEMIG-GT requereu informações sobre o andamento do pedido em questão por meio da Carta DPR 00890/2017 (Documentos 4A e 4B).

6. Ato contínuo, a autoridade representada editou a Portaria nº 133, de 04 de abril de 2017 (Documento 5), em contrariedade à Lei 13.360/2016 e ao direito de petição da CEMIG GT (agora corroborado pelo Estado de Minas Gerais).

A aludida Portaria veio à baila com o seguinte teor:

GABINETE DO MINISTRO

PORTARIA Nº 133, DE 4 DE ABRIL DE 2017

O MINISTRO DE ESTADO DE MINAS E ENERGIA, no uso das atribuições, que lhe confere o art. 87, parágrafo único, incisos II e IV, da Constituição, tendo em vista o disposto no art. 8º da Lei 12.783, de 11 de janeiro de 2013, no Decreto nº 7.805, de 14 de setembro de 2012, e o que consta no Processo 48000.000123/2016-42, resolve:

§1º O Leilão previsto no **caput** deverá ser realizado até 30 de setembro de 2017.

§2º Deverá ser utilizado, como critério de julgamento das propostas, o maior valor de bonificação pela outorga, definido no art. 5º, §1º, inciso II da Portaria MME nº 123, de 2013.

§3º O Leilão será composto por Lotes de Concessões de Usinas Hidrelétricas, conforme indicado no Anexo à presente Portaria.

§4º As concessões deverão ser outorgadas pelo prazo de trinta anos, contados da data de assinatura do Contrato de Concessão ou do término do Contrato vigente, o que ocorrer por último, observado o disposto no Art. 6º da Portaria MME nº 123, de 2013.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

FERNANDO COELHO FILHO

8. Esse é o ato objeto da representação.

9. Por fim, o Ministério de Minas e Energia, em resposta aos requerimentos administrativos da CEMIG, simplesmente informou (Documento 6) sobre a Portaria nº 133/2017 e que fará o leilão para outorga de concessões das Usinas de Jaguará, Miranda, São Simão e Volta Grande.

25. Os representantes entendem que o texto do novo §1º-C do art. 8º da Lei 12.783/2013 não revela faculdade, mas vinculação. Inexistiria, em sua visão, discricionariedade no aludido dispositivo e, conseqüentemente, a manifestação do MME frente ao pedido de instauração de processo administrativo de outorga das concessões das três UHEs, 'deveria ser precedida de processo administrativo em que as condições objetivamente verificadas no caso concreto sejam, no mínimo, tornadas de conhecimento público' (peça 1, p.6).

26. Verifica-se que, de fato, a representante, na qualidade de petionária, tinha direito a receber resposta fundamentada do MME quanto ao requerimento de abertura de processo administrativo, e não apenas à repetição do ato objeto da representação, tendo em vista o disposto no inciso VII do parágrafo único do art. 2º, no art. 48 e no inciso I do art. 50, todos da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, senão vejamos:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

(...)

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

27. Apesar desse fato, constata-se que o MME acabou por proferir decisão fundamentada quanto à proposta de autocomposição formulada pela Cemig, ainda que depois de já ter expedido a Portaria MME 133/2017, tendo realizado inclusive reunião com os Representantes. A resposta registrou não haver interesse do MME quanto à forma de exploração das UHEs proposta pelos representantes, tendo em vista sua complexidade, sua provável necessidade de alteração da legislação, seu impacto fiscal indesejado e sua necessária validação por órgãos de controle. Tais detalhes constam do esclarecimento da Consultoria Jurídica do MME, em 25/7/2017 (peça 15):

No que toca ao segundo questionamento, este Ministério de Minas e Energia já se manifestou expressamente no sentido de que não há interesse em aceitar a proposta de acordo formulada pela CEMIG. Como se vê da documentação que segue anexada (Informação n.º 240/2017/CONJUR-MME/CGU/AGU, Memorando n.º 155/2017/SE e Memória de reunião realizada em 18/07/2017), isso se deve basicamente a 3 motivos:

- A proposta é complexa e provavelmente seria necessária uma alteração na legislação vigente para que não padecesse de ilegalidade, já que atualmente não vigora em nosso ordenamento jurídico o modelo pretendido pela CEMIG;
- Sua aceitação significa renúncia de parte da receita prevista para 2017 ou o atraso em 20 anos da receita potencial da outorga;
- Seria necessária a validação de órgãos de controle.

Diante de todo o exposto, não merece prosperar o pedido da CEMIG e do Estado de Minas Gerais junto a este E. Tribunal de Contas da União, formulado nos autos do Processo TC 014.730/2017-0, para que seja sustada a execução da Portaria n.º 133, de 04 de abril de 2017, eis que o leilão das UHEs está seguindo o devido processo legal, não padece de qualquer irregularidade ou nulidade, não existe qualquer óbice judicial ao seu prosseguimento e tampouco interesse do Ministério de Minas e Energia em aderir à proposta de acordo formulada pela empresa.

28. A forma de exploração das usinas proposta pela Cemig consistiu em uma autocomposição do Estado de Minas Gerais, Cemig e União que inclui fazer com que as quatro UHEs do Leilão 1/2017 passem a ser geridas de modo compartilhado pela Cemig e pela União, sob uma nova concessão com prazo de vigência de trinta anos ou de cinquenta anos, mediante a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) ou de um consórcio (peças 8 e 10). A Cemig seria detentora de 55,1% da participação acionária dessa SPE ou consórcio e a União dos demais 44,9%. Um dos fundamentos da proposta oferecida é que seja homologada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito da Ação Cautelar 3.980/DF, ajuizada pela própria Cemig em desfavor da União (peça 10, p. 3).

29. Resgata-se, por ser oportuno, que a citada ação judicial teve o intento de buscar assegurar à impetrante (Cemig) a permanência da titularidade de concessão vencida, conforme relembra o Voto que antecedeu o Acórdão 1.598/2017-TCU-Plenário (peça 14, p. 27-28):

9. As quatro usinas hidrelétricas objeto do presente Leilão (Leilão Aneel 1/2017) 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 (Lei 12.783/2013).

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 de 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 obtenção da primeira liminar no STJ

(30/8/2013), 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 de 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. (Grifo no original)

30. Considerando o exposto, em particular que a manifestação do MME não chegou a tolher a liberdade de atuação dos representantes, entende-se que não há que se falar em nulidade processual decorrente do ato administrativo contido na Portaria MME 133/2017, tendo em vista o princípio do não prejuízo (**pas de nullité sans grief**), positivado no art. 249, §1º, do CPC, segundo o qual não se anula ato processual que não tenha causado prejuízo à parte.

31. Além disso, frise-se que inexistente atual impedimento judicial à realização do leilão e que esta Corte de Contas tem realizado, no bojo do TC 016.060/2017-2, fiscalização concomitante do procedimento licitatório objeto do Leilão Aneel 1/2017, tendo inclusive expedido determinações e recomendações relacionadas ao procedimento licitatório.

I.2. Da ausência de incompatibilidade entre o ato representado e a MP 735/2016

32. A representação sustenta que haveria violação aos objetivos legais, materializada na suposta incompatibilidade entre a Portaria MME 133/2017 e a MP 735/2016, que buscou minimizar os efeitos da sobrecontratação das distribuidoras de energia, e contrário ao interesse público, eis que a sobra de energia das distribuidoras afeta sobremaneira os consumidores e a economia do país' (peça 1, p. 6-7), **in casu**:

25. Tendo isso em mente, a seguir se demonstrará, por documentos públicos e produzidos por órgãos do poder concedente que:

(...)

(c) a Portaria MME 133/2017 irá aumentar sobremaneira a sobra de energia, porque destinará ao mercado cativo, energia que deveria ser destinada ao mercado livre;

(d) além de aumentar a sobra da quantidade de energia, ainda importará em que esta sobra tenha um preço maior do que o que é praticado atualmente, o que equivale a dizer que além de aumentar o desperdício, ele será encarecido.

(...)

26. Veja-se que estes efeitos não contrariam somente a lógica do sistema, mas também, como se demonstrará a seguir, a própria legislação que, expressamente, tenta realizar a redução das sobras e as suas consequências.

33. A título de contextualização, relembra-se que, pelas leis e regulamentação do setor elétrico, as concessionárias distribuidoras de energia elétrica são obrigadas a contratar montante de energia das empresas geradoras de forma a atender integralmente o crescimento da demanda projetada de seus consumidores nos próximos três a cinco anos. Essa contratação ocorre por meio de leilões regulados pelo governo. O objetivo é assegurar que as distribuidoras possuam contratos suficientes para atender todos os consumidores cativos. Como a contratação, nessas condições, configura sempre um exercício de estimativa de demanda futura, a regulamentação admite uma margem de erro à previsão da distribuidora, autorizando-a possuir energia contratada que supere no máximo 5% da sua demanda real. Caso extrapole esse limite, deve arcar sozinha com o custo adicional pago pela aquisição dessa energia, pois esse excedente é entendido como decorrente de uma ineficiência empresarial e, por isso, não pode ser repassado aos consumidores. O repasse só pode ser feito quando se tratar de uma sobrecontratação de energia dita involuntária. A natureza involuntária está associada, em resumo, a acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, assim reconhecidos pela Aneel como os decorrentes de eventos alheios à vontade da distribuidora contratante.

34. A representação se atém justamente a esse cenário hipotético excepcional, em que se admite o repasse do custo de energia excedente ao consumidor, para afirmar que ele ocorrerá, caso se realize o leilão da Portaria MME 133/2017, pois se baseia no regime legal que aloca cotas de garantia física de energia das UHEs São Simão, Jaguará, Volta Grande e Miranda a todas as distribuidoras do País, independentemente de sua vontade, sendo que essas distribuidoras já estão, em regra, com sobra de energia. E assim sendo, a Portaria teria resultados contrários ao esforço legislativo materializado na MP 735/2016, que fez alterações legais que buscaram minimizar os efeitos da atual sobrecontratação no Brasil, a exemplo do novo § 13 do art. 6º da Lei 9.074/1995:

Art. 6º. A Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

§ 13. As concessionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica poderão, conforme regulação da Aneel, negociar com consumidores de que tratam os arts. 15 e 16 desta Lei, afastada a vedação de que trata o inciso III do § 5º, contratos de venda de energia elétrica lastreados no excesso de energia contratada para atendimento à totalidade do mercado. (NR)

35. Verifica-se, contudo, que tais assertivas expostas na representação levaram em conta que o Leilão Aneel 1/2017 seguiria a mesma parametrização de destinação das garantias físicas adotada no Leilão Aneel 12/2015, o que, na prática, acabou não ocorrendo. Entendeu, no caso, que no primeiro ano da concessão, seria destinado 100% da garantia física ao ACR (Ambiente de Contratação Regulada).

36. O Ato Justificatório do Leilão Aneel 1/2017 comprova, no entanto, que a opção governamental feita pelo MME, como um passo seguinte à definição constante da Portaria MME 133/2017 foi mais conservadora, reduzindo a 70% o percentual de Garantia Física que será destinado ao ACR, ao longo de toda a concessão. O percentual de 70% é compatível com o mínimo a ser destinado ao ACR previsto na alínea a do inciso III do art. 2ºA da Lei 9.478/1997, com redação dada pela Lei 13.203/2015.

37. Além disso, não levou em conta os resultados do Mecanismo Competitivo de Descontratação de Energia de Reserva, previsto para ser realizado em 28/8/2017, pela Aneel, por intermédio da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), cujas diretrizes foram estabelecidas pelas Portarias MME 151/2017 e 200/2017, conforme recente publicação de Edital, ocorrido em 27/7/2017 (peça 16). Referido mecanismo é fundamentado na possibilidade aberta pelo Decreto 9.019/2017, que estabeleceu que ‘a energia de reserva poderá ser descontratada mediante realização de mecanismo competitivo, a ser promovido pela Aneel, direta ou indiretamente por meio da CCEE, conforme diretrizes do Ministério de Minas e Energia’.

38. Por fim, verifica-se que a estimativa de nível de sobrecontratação para os próximos anos trazida pelos representantes é nitidamente mais pessimista quando comparada com a estimativa calculada pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e que foi acolhida pelo MME nos autos do TC 016.060/2017-2 como subsídio à proposta daquele Ministério para a expedição de resolução do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) – a Resolução CNPE 12/2017 – para fixação de parâmetros técnicos e econômicos do Leilão Aneel 1/2017, conforme previsto na Lei 12.783/2013.

39. A estimativa de sobrecontratação trazida na peça dos representantes foi a seguinte (peça 1, p. 13, ...):

44. (...) Segundo a ABRADDEE – Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de energia elétrica (Documento 14) – os percentuais de sobrecontratação para os próximos anos, mesmo após as estimativas dos impactos das medidas elencadas, são as seguintes:

- 2017: 111,6%
- 2018: 111,9%
- 2019: 110%
- 2020: 106,9%
- 2021: 105,8%

(...)

52. Considerando o volume de energia disponível nessas três UHEs (Jaguara, São Simão e Miranda) e, considerando que um leilão hipotético das mesmas fosse realizado ao longo de 2017 nos mesmos moldes do Leilão ANEEL nº 12/2015, citado pela NOTA INFORMATIVA Nº 15/2017/ASSEC (Documento 16) como paradigma das providências que o Governo pretende adotar sobre o tema, teríamos a entrega da energia das mesmas em 100% para o mercado cativo no ano de 2018 e 70% a partir de 2019. Essa energia corresponderia ao seguinte volume de sobras para as empresas de distribuição:

- 2018: 3,7%
- 2019: 2,5%
- 2020: 2,4%
- 2021: 2,5%

40. Por sua vez, nos autos do TC 016.060/2017-2, peça 8, item 6 não digitalizável, a Nota Técnica 9/2017-Assec do MME apurou a seguinte projeção dos níveis de sobrecontratação de energia (grifo nosso):

DO PARÂMETRO: DESTINAÇÃO DA ENERGIA AO ACR

4.37. Pelo exposto, devem ser propostos ao CNPE:

- i. a parcela da energia das usinas destinada ao ACR; e
- ii. a data a partir da qual a energia não destinada ao ACR será de livre disposição do vencedor da licitação.

4.38. Para endereçar tais questões, há que se levar em conta mais de um aspecto. Inicialmente, importa ressaltar que a parcela destinada ao ACR confere menor risco ao negócio, tendo em vista a garantia do fluxo de pagamentos pelas concessionárias de distribuição de energia elétrica e a baixa inadimplência da liquidação centralizada da energia proveniente das Cotas de Garantia Física de Energia e de Potência no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica CCEE.

Não obstante, destinar maior parcela da energia ao ACR confere aos vencedores menor liberdade na negociação da energia proveniente das usinas, visto que a parcela da energia não destinada ao ACR é de livre dispor do vencedor, nos termos do § 8º do art. 8º da Lei nº 12.783, de 2013, a partir da data a ser estabelecida pelo CNPE, nos termos da alínea 'b' do inciso III do art. 2ºA da Lei nº 9.478, de 1997. Além disso, há que se levar em conta a situação das concessionárias de distribuição de energia elétrica, em termos de portfólio de contratos de energia elétrica e o impacto de contratos de 30 anos de energia existente no portfólio dessas empresas.

4.39. No contexto em questão, deve ser destacado o que consta de levantamento realizado pela CCEE, relativo ao balanço energético anual 2017 a 2022, do ACR, encaminhado por **e-mail** em 27 de abril de 2017. A partir deste balanço, constata-se que o nível de contratação do ACR, ou seja, o total de contratos em relação à carga das distribuidoras, é de 104,9% em 2017. Mesmo utilizando como premissa a destinação ao ACR de 70% da energia proveniente das usinas em tela, em 2018 e em 2019, o nível de contratação é de 105,4% e 104,0%, respectivamente. Ou seja, do ponto de vista global, o ACR está operando no limite de 105% de nível de contratação para fins de repasse às tarifas finais, conforme previsto no art. 38 do Decreto nº 5.163, de 2004 (g.n.):

Art. 38. No repasse dos custos de aquisição de energia elétrica, de que tratam os arts. 36 e 37, às tarifas dos consumidores finais, a Aneel deverá considerar até cento e cinco por cento do montante total de energia elétrica contratada em relação à carga anual de fornecimento do agente de distribuição.

4.40. Deve ser mencionado que, de acordo com a Resolução Normativa nº 453, de 18 de outubro de 2011, a ANEEL reconhece como sobrecontratação involuntária as variações de contratação decorrentes da alocação de cotas de garantia física de energia e de potência, nos seguintes termos:

Art. 5º É garantida a neutralidade do agente de distribuição comprador, com relação ao repasse dos custos de aquisição às tarifas dos consumidores finais, nos volumes tratados como sobrecontratação involuntária.

§ 1º Entende-se por sobrecontratação involuntária:

(...)

II – a alocação de cotas de garantia física e de potência das usinas hidrelétricas enquadradas na Lei nº 12.783, de 2013, acima do montante de reposição.

(...)

§ 3º Para os casos previstos no inciso II do § 1º, o valor máximo que poderá ser reconhecido como sobrecontratação involuntária dos agentes de distribuição será a diferença entre a variação positiva dos montantes alocados das cotas de garantia física e o limite mínimo de contratação estabelecido pelo art. 40 do Decreto nº 5.163, de 2004, acrescida das sobras involuntárias dos anos anteriores.

4.41. Assim, destinar ao ACR mais de 70% da energia proveniente das usinas levaria às concessionárias de distribuição a operar no nível de contratação superior a 105% com direito de repasse de tais custos às tarifas dos consumidores finais de energia.

41. Por último, cumpre ressaltar que, além do referido Mecanismo Competitivo de Descontratação de Energia de Reserva, o Estado tem adotado várias medidas com vistas a reduzir os efeitos da sobrecontratação de energia das distribuidoras, sendo algumas delas ainda em andamento. Dentre elas estão as seguintes, conforme lembrado na própria Representação:

41. (...)

- Resolução Aneel 693/2015, modificada pela Resolução Aneel 752/2016 - Institui a possibilidade de trocas de contratos de energia nova entre distribuidoras e a redução de contratos entre distribuidoras e empreendedores (MCSD Energia Nova) (Documento 10)

- Resolução ANEEL 711/2016 - Permite a realização de acordo bilaterais entre geradores e distribuidores com vistas à postergação ou redução parcial ou total de contratos de energia (Documento 11)

- Decreto 8828/2016 - Eliminou a necessidade de recontração do Montante de Reposição caso a empresa distribuidora tenha sobras de energia no ano A-1 (Documento 12)

- Lei 13.360/2016 - Incluiu alteração na Lei 9.074/1995, permitindo que as distribuidoras negociem sobras de energia com consumidores livres.

42. Compulsando-se as informações ora trazidas, verifica-se que a conclusão trazida na Representação de que o Leilão Aneel 1/2017 resultará em sobra de energia pode vir a não ocorrer; seja porque que não levou em conta que o Estado tem adotado várias medidas para reduzir os efeitos da sobrecontratação de energia, seja porque o resultado de algumas delas ainda não pôde ser aferido por envolverem medidas em andamento, seja porque a premissa dos representantes de que o leilão destinaria 100% da Garantia Física das UHEs ao ACR no ano de 2018 acabou não ocorrendo, seja porque a estimativa de sobrecontratação para os próximos anos apresentada na representação não coincide com as estimadas pela CCEE e admitidas pelo MME e pelo CNPE no âmbito do Leilão Aneel 1/2017.

43. Dessa forma, apesar de não ser possível concluir, no momento, que o referido Leilão 1/2017 será incompatível com o objetivo de minimização de efeitos da sobrecontratação de energia elétrica previsto na MP 735/2016, ressalta-se que esta Corte de Contas sempre poderá agir, caso identifique ação ou omissão do poder público incompatível com a lei.

44. Por fim, cumpre destacar como último ponto atacado pela Representação a suposta incompatibilidade do critério de julgamento de licitação escolhido para o futuro Leilão Aneel 1/2017 com esforços do governo visando solucionar distorções do setor elétrico com relação à modicidade tarifária:

22. A paliativa bonificação pela outorga a ser paga (vide ato impugnado) significa aumento do valor de energia a ser pago pelos consumidores, contrariamente a todos os objetivos

inaugurados pelo próprio governo para solução de distorções do setor elétrico e atinentes à modicidade tarifária.

45. Ressalta-se que o tema já mereceu a apreciação e a atenção especial desta Corte de Contas junto ao exame da documentação do primeiro estágio de fiscalização do Leilão Aneel 1/2017, quando acolheu o seguinte Voto do Exmo. Ministro Relator Aroldo Cedraz como fundamentação (peça 14, pp. 29 e 31-32):

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.

(...)

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.

46. Referido exame sobre a adequação do processo de escolha do critério de bonificação pela outorga junto ao Leilão 1/2017 teve como desdobramento a aprovação de determinações ao MME e ao CNPE contidas no item 9.2.2 do Acórdão 1.598/2017-TCU-Plenário (peça 14, p. 35), **in verbis**:

9.2. com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, determinar ao Ministério de Minas e Energia, na qualidade de Poder Concedente, que:

(...)

9.2.2. até a data de julgamento das propostas do Leilão Aneel 1/2017, complemente o estudo apresentado com relação ao Edital do Leilão Aneel 1/2017, incluindo:

9.2.2.1. os impactos econômicos e financeiros de médio e de longo prazos resultantes da licitação para o consumidor de energia elétrica dos mercados cativo e livre, bem como para a sustentabilidade do setor elétrico, considerando o critério de julgamento da licitação escolhido e os respectivos parâmetros técnicos e econômicos do leilão, incluindo o valor de outorga definido;

9.2.2.2. o efeito agregado dos impactos econômicos e financeiros para os consumidores dos mercados cativo e livre, advindos da combinação dos efeitos produzidos pela adoção do critério de julgamento escolhido para o leilão com os efeitos derivados de outras decisões e políticas setoriais de impacto;

47. Dessa forma, tendo em vista o tratamento conferido ao tema junto ao referido Acórdão, entende-se não ser necessária qualquer ação adicional do TCU quanto à bonificação pela outorga prevista para o Leilão 1/2017.

CONCLUSÃO

48. O documento constante da peça 1 deve ser conhecido como representação, por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno do TCU, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014.

49. Com relação ao requerimento de medida cautelar, concluiu-se pela desnecessidade de análise, visto que a presente instrução já exaure o mérito da representação.

50. Quanto ao mérito, concluiu-se pela improcedência da presente representação, conforme itens I.1 e I.2, razão pela qual se proporá o seu arquivamento.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

51. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la improcedente.

b) comunicar ao Ministério de Minas e Energia (MME) e aos representantes a decisão que vier a ser adotada nestes autos;

c) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 237, parágrafo único, c/c o art. 250, inciso I, do Regimento Interno/TCU.”

2. Após este processo ter sido pautado para esta Sessão Plenária, os representantes ingressaram nos autos com pedidos (peças 22 e 23) para que sejam habilitados na qualidade de

interessados, assim como para que possam produzir sustentação oral por ocasião do julgamento do feito.

3. No que compete a este relator, foi denegada, por despacho fundamentado no art. 146, § 5º, do Regimento Interno-TCU, a solicitação de ingresso nos autos como partes interessadas, cabendo à Presidência, nos termos do art. 28, inciso XIX, daquele mesmo normativo, decidir sobre o requerimento de produção de sustentação oral.

É o Relatório.

VOTO

Conforme se extrai do Relatório precedente, trata-se de Representação, com pedido cautelar, formulada pelo Estado de Minas Gerais e pela Cemig Geração e Transmissão S.A. (Cemig GT), reportando a este Tribunal de Contas da União o possível cometimento de irregularidades por parte do Ministro de Estado de Minas e Energia ao editar a Portaria-MME 133, de 4/4/2017, mediante a qual foi determinada a realização, até o dia 30/9/2017, de Leilão de Outorga de Concessão das Usinas Hidrelétricas – UHEs - de São Simão, Jaguará, Miranda e Volta Grande, atualmente operadas pela Cemig nos termos do art. 9º da Lei 13.783, de 11/1/2013, mesmo após vencidos os respectivos contratos.

2. Quanto à admissibilidade, ratifico o exame empreendido pela unidade técnica encarregada de instruir o presente feito, Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Elétrica (SeinfraElétrica), que, à peça 17, p. 2-3, concluiu estarem satisfeitos os requisitos previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno-TCU, combinados com o art. 113, § 1º, da Lei 8.666, de 21/6/1993, tendo sido também constatada, em atendimento ao art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259, de 7/5/2014, a existência de interesse público no trato da suposta ilegalidade apontada.

3. No que tange ao mérito, concordo, em essência, com as conclusões alcançadas pela unidade instrutiva, que cuidou de abordar, com a devida profundidade e abrangência, as questões postas em debate pelos entes representantes. Adoto, inclusive, como razões de decidir a análise por ela empreendida à peça 17, sem prejuízo às considerações que se seguem.

4. Segundo logrou demonstrar a SeinfraElétrica, a apresentação formal pelo Poder Concedente (peça 15), ainda que após a edição da Portaria-MME 133 de 5/4/2017, de justificativas para a rejeição da proposta da Cemig, alternativa à do Governo Federal, de exploração das UHEs de São Simão, Jaguará, Miranda e Volta Grande, descaracteriza qualquer alegação de inobservância ao devido processo legal, em especial aos arts. 2º, parágrafo único, inciso VII, 48 e 50, inciso I, da Lei 9.784, de 29/1/1999.

5. Em acréscimo, cabe destacar que o fato de as razões para a denegação do pedido da Cemig somente terem sido formalmente apresentadas depois de expedida a Portaria-MME 133/2017 não justifica a anulação deste ato, eis que tal medida não traria qualquer benefício legítimo para a entidade requerente, prestando-se apenas para atrasar o cronograma traçado pelo Poder Concedente para a licitação em tela.

6. Ainda em relação à proposta apresentada ao Ministério das Minas e Energia (MME) pela Cemig para exploração das quatro UHEs em comento, convém repisar fundamentação da qual lancei mão ao relatar o recente Acórdão 1.598/2017-TCU-Plenário, prolatado em processo de Desestatização cujo objeto consistiu justamente no certame destinado à outorga dessas usinas (Leilão Aneel 1/2017). Na oportunidade, deixei consignado no item 15 de meu Voto que, “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”.

7. Nesse mesmo sentido foi a decisão monocrática proferida no âmbito da Ação Cautelar 3.980/DF do Supremo Tribunal Federal (STF) na qual se revogou a medida liminar outrora concedida naqueles autos. Por oportuno, permito-me trazer novamente a lume os fundamentos aduzidos pelo relator da referida demanda judicial, eminente Ministro Dias Toffoli:

“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]).” (negrito não consta no original)

8. Não há que se falar, portanto, em prejuízo à Cemig por inobservância ao devido processo legal.

9. Igualmente demonstrada pela SeinfraElétrica a improcedência do argumento de que haveria incompatibilidade entre a Portaria-MME 133/2017 e a Medida Provisória 735, de 22/6/2016, convertida na Lei 13.360, de 17/11/2016.

10. No entendimento da unidade técnica especializada, o modelo de outorga adotado pelo Poder Concedente em relação às UHEs de São Simão, Jaguará, Miranda e Volta Grande não representa necessariamente risco de aumento da sobrecontratação das distribuidoras de energia elétrica.

11. Novamente assiste razão à unidade instrutiva.

12. Com efeito, conforme bem observou a SeinfraElétrica, as assertivas expostas na peça inaugural desta Representação parecem ter partido do pressuposto de que o Leilão Aneel 1/2017 seguiria a mesma parametrização de destinação das garantias físicas adotada no Leilão Aneel 12/2015, o que, na prática, acabou não ocorrendo, tendo em vista que, no primeiro ano da concessão em análise, será destinado 70% da garantia física ao Ambiente de Contratação Regulada, e não 100% como ocorreu naquele ano.

13. Some-se a isso o fato de os entes representantes não terem ponderado em seus argumentos as medidas que vêm sendo adotadas pelo Governo Federal – entre elas o Mecanismo Competitivo de Descontratação de Energia de Reserva –, com vistas a reduzir os efeitos da sobrecontratação de energia elétrica pelas distribuidoras, sem contar que os níveis de sobrecontratação estimados pela Cemig para os próximos anos são bastante pessimistas se comparados com as estimativas apresentadas pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica e admitidas pelo MME e pelo Conselho Nacional de Política Energética no âmbito do Leilão Aneel 1/2017.

14. Em face disso, devo concordar com a unidade instrutiva relativamente à sua conclusão de que não restou comprovada nos autos a alegada incompatibilidade entre a Portaria-MME 133/2017 e a Medida Provisória 735/2016.

15. Por fim, no que respeita à afirmação de que o critério de julgamento escolhido para o futuro Leilão Aneel 1/2017 seria incompatível com os esforços do governo destinados a solucionar distorções do setor elétrico acerca da modicidade tarifária, considero o argumento parcialmente procedente, tendo em vista a existência de indícios nesse sentido.

16. Aliás, segundo mencionou a SeinfraElétrica em sua instrução (peça 17), esse tema não passou despercebido pelo TCU ao ser apreciado por este colegiado, em 26/7/2017, o TC 016.060/2017-2, oportunidade em que foi proferido, sob minha relatoria, o Acórdão 1.598/2017-TCU-Plenário.

17. Na ocasião, deixei consignado em meu voto que “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”.

18. Em consequência, foram expedidas determinações ao MME com vistas à complementação do estudo apresentado com relação ao Edital do Leilão Aneel 1/2017, incluindo, **in verbis**:

“9.2.2.1. os impactos econômicos e financeiros de médio e de longo prazos resultantes da licitação para o consumidor de energia elétrica dos mercados cativo e livre, bem como para a sustentabilidade do setor elétrico, considerando o critério de julgamento da licitação escolhido e os respectivos parâmetros técnicos e econômicos do leilão, incluindo o valor de outorga definido;

9.2.2.2. o efeito agregado dos impactos econômicos e financeiros para os consumidores dos mercados cativo e livre, advindos da combinação dos efeitos produzidos pela adoção do critério de julgamento escolhido para o leilão com os efeitos derivados de outras decisões e políticas setoriais de impacto;”

19. Nessas circunstâncias, não obstante a parcial procedência das alegações dos autores desta Representação relativas à matéria em comento, entendo, em consonância com as conclusões da unidade instrutiva, não haver motivo para nova atuação desta Corte de Contas, eis que ainda não expirou o prazo para cumprimento das aludidas determinações.

20. Destaco, por oportuno, a importância não somente dessas duas determinações, cujo cumprimento será monitorado, mas também daquela dirigida à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), para que, “em sintonia com a Coordenação-Geral de Infraestrutura (Coinfra), autue processo específico de acompanhamento com o objetivo de averiguar na atuação do MME, entre outros aspectos, a conformidade da ponderação, para a definição dos valores e das condições de outorga de concessões de serviços públicos, entre os objetivos fiscais e os impactos operacionais, financeiros e na sustentabilidade dos setores de infraestrutura do MME” (subitem 9.5 do Acórdão 1.598/2017-TCU-Plenário).

21. Espera-se, com esse acompanhamento, inaugurar uma forma de atuação tempestiva deste Tribunal com foco na escolha, pelo Poder Concedente, do modelo de desestatização a ser seguido, de modo a assegurar que sejam devidamente pesados os impactos econômicos e sociais de todas as

possibilidades, bem como o alinhamento às políticas públicas setoriais, o que se mostra fundamental para a embasar o processo de tomada de decisão discricionária reservado ao gestor.

Com essas considerações, voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 9 de agosto de 2017.

AROLDO CEDRAZ
Relator

ACÓRDÃO Nº 1700/2017 – TCU – Plenário

1. Processo TC 014.730/2017-0.
2. Grupo I – Classe de Assunto VII – Representação (com pedido de Medida Cautelar).
3. Representantes: Estado de Minas Gerais e Cemig Geração e Transmissão S.A. (Cemig GT).
4. Órgãos/Entidades: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e Ministério de Minas e Energia (MME).
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Elétrica (SeinfraElétrica).
8. Advogados constituídos nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos referentes à Representação, com pedido cautelar, formulada pelo Estado de Minas Gerais e pela Cemig Geração e Transmissão S.A. (Cemig GT), reportando a este Tribunal de Contas da União o possível cometimento de irregularidades por parte do Ministro de Estado de Minas e Energia, ao editar a Portaria-MME 133, de 4/4/2017, mediante a qual foi determinada a realização, até o dia 30/9/2017, de Leilão de Outorga de Concessão das Usinas Hidrelétricas de São Simão, Jaguará, Miranda e Volta Grande, atualmente operadas pela Cemig nos termos do art. 9º da Lei 13.783, de 11/1/2013, mesmo após vencidos os respectivos contratos,

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

9.1. conhecer da presente Representação, com base nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno-TCU, combinado com o art. 113, § 1º, da Lei 8.666, de 21/6/1993, e no art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259, de 7/5/2014, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. não obstante a procedência de parte das alegações que fundamentam esta Representação, rejeitar integralmente os pedidos de mérito formulados pelo Estado de Minas Gerais e pela Cemig Geração e Transmissão S.A. (Cemig GT), o mesmo podendo ser dito em relação ao pedido de suspensão cautelar dos efeitos da Portaria-MME 133, de 4/4/2017, eis que o TCU já expediu, em processo conexo (TC 016.060/2017-2), determinações relacionadas à matéria abordada nos presentes autos, determinações estas cujos prazos para cumprimento ainda não expiraram, inexistindo, até este momento, motivo para nova atuação desta Corte de Contas;

9.3. com fundamento nos arts. 36 e 40, inciso III, da Resolução-TCU 259, de 7/5/2014, apensar os presentes autos, em definitivo, ao TC 016.060/2017-2, encerrando-os, nos termos do art. 169, inciso I, do Regimento Interno-TCU, após ser dada ciência desta decisão aos representantes e ao Ministério de Minas e Energia (MME).

10. Ata nº 30/2017 – Plenário.

11. Data da Sessão: 9/8/2017 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1700-30/17-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz (Relator), José Múcio Monteiro e Vital do Rêgo.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministro-Substituto presente: André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral, em exercício