

Karla Amancio Ismail

**USO DA BONIFICAÇÃO POR OUTORGA COMO POLÍTICA FISCAL:
LEILÃO ANEEL 1/2017**

Brasília-DF

Março/2019

USO DA BONIFICAÇÃO POR OUTORGA COMO POLÍTICA FISCAL: LEILÃO
ANEEL 1/2017

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Serzedelo Correa e à Escola Nacional de Administração Pública como requisito para obtenção do Título de Especialista em Governança e Controle da Regulação em Infraestrutura.

Aluno: Karla Amancio Ismail

Orientadora: Professora Júlia Ximenes

Brasília-DF
Março/2019

**USO DA BONIFICAÇÃO POR OUTORGA COMO POLÍTICA FISCAL:
LEILÃO ANEEL 1/2017**

Autora: Karla Amancio Ismail

Auditora Federal de Controle Externo no
Tribunal de Contas da União

Palavras-chave: bonificação por outorga; política fiscal; juridicidade; motivação.

Resumo

O presente trabalho aborda a instituição da bonificação por outorga no âmbito do setor elétrico nacional. Pretende-se investigar em que contexto ela é utilizada e sob quais argumentos. Analisar-se-á a hipótese do uso do bônus como forma de ampliar a arrecadação do governo e, com isso, reduzir déficits fiscais. A análise é feita a partir do histórico legislativo dessa instituição e com base em conceitos e princípios jurídicos aplicáveis, sobretudo concernentes ao neoconstitucionalismo. Após a contextualização histórico-legislativa e jurídica, analisa-se o caso concreto do leilão Aneel 1/2017 referente a quatro usinas geradoras de energia elétrica administradas até aquele momento pela Cemig, à luz do acórdão 1598/2017-TCU-Plenário, que analisou o primeiro estágio dessa concessão.

Introdução

A bonificação por outorga é um dos critérios de julgamento previstos na Lei 8.987/1995 para a escolha de um licitante vencedor em uma concessão pública. Trata-se de uma oferta financeira feita pelo concessionário em troca da outorga de concessão. Há um valor mínimo definido previamente pelo concedente e constante do edital da concessão.

Esse bônus passou a ser mais utilizado recentemente como critério para a definição do vencedor dos certames do setor elétrico, ou seja, quem oferece o maior valor, acima do mínimo previamente definido (ágio), vencerá a concorrência.

O uso intensivo da bonificação por outorga em um ambiente de crise econômica e perspectivas de queda no crescimento do país e de redução das estimativas de superávits financeiros, contudo, evidencia a intenção governamental de aumento de caixa mediante arrecadação com leilões de infraestrutura (mecanismo de política fiscal).

Essa perspectiva confirmou-se nas previsões de receitas descritas nos anexos das Leis de Diretrizes Orçamentárias dos últimos anos. Pelo menos três grandes leilões foram realizados desde 2015 mediante bonificação por outorga. Em 2017 e 2018 esse número dobrou, principalmente com as concessões do setor elétrico e de petróleo, decisivas para o fechamento das contas federais.

Não há uma obrigatoriedade de que os recursos aferidos com essas bonificações sejam revertidos, ainda que em parte, para o setor objeto do leilão. Diante desse quadro, questionamentos têm sido levantados por especialistas das áreas de regulação em infraestrutura, por organizações da sociedade civil e, principalmente, pelos órgãos de controle, sobre os impactos dessa política nos investimentos da infraestrutura nacional e sobre o encargo por ela gerado para os consumidores dos setores remunerados por tarifa, como o setor elétrico, por exemplo.

Nesse contexto, o presente trabalho analisa a concessão de quatro usinas hidrelétricas, antes concedidas à Cemig, que optou pela não prorrogação do contrato. A escolha desse leilão deu-se por se tratar de caso recente e de usinas já amortizadas, ou seja, já em operação, o que significa que o gasto substancial necessário à construção das estruturas já havia sido pago durante a vigência do contrato anterior. Isso, em tese,

tornaria possível e viável a escolha de outros critérios para julgamento do certame, como a menor tarifa, por exemplo, uma vez que a nova empresa só arcaria com os custos de operação e manutenção, além de novos investimentos não tão substanciais quanto os iniciais.

É importante que se analise, portanto, os motivos que levaram o governo a essa escolha, se ela foi baseada em critérios regulatórios atinentes ao setor ou se objetivou apenas atingir finalidade arrecadatória em um contexto de déficit fiscal crescente.

O problema a ser analisado no artigo será, portanto, se existem parâmetros regulatórios bem definidos que foram observados na escolha discricionária do critério de bonificação por outorga e, caso existam, quais foram eles? Caso não existam, quais as consequências?

Objetivo

O que se buscará, no trabalho, é investigar a existência de mecanismos regulatórios, já previstos na legislação brasileira, ou em regulamentos dela oriundos, que possam subsidiar um controle mais efetivo do uso da infraestrutura nacional em prol da redução de déficits fiscais. A finalidade do presente estudo é elencar quais os parâmetros regulatórios que já existem e concluir se seria, ou não, necessária a implementação de novos mecanismos de controle e transparência.

Metodologia

A metodologia adotada no presente artigo consiste na revisão da bibliografia, que contempla uma visão histórica da instituição do bônus de outorga e dos conceitos jurídicos aplicáveis. Além disso, será analisado o caso concreto das usinas antes concedidas à Cemig que foram licitadas no leilão Aneel 1/2017. Ressalta-se que a escolha do caso deu-se pela atualidade e por se tratar de concessão de usinas já prontas e em operação, ou seja, com investimentos de instalação já amortizados, conforme já explicitado na introdução.

O trabalho foi desenvolvido por meio de investigação bibliográfica documental, resultando em uma pesquisa descritiva e explicativa.

Essa análise, sob o ponto de vista jurídico, insere-se no contexto do constitucional, mais especificamente no contexto neoconstitucionalista no qual o sistema jurídico brasileiro está inserido, sobretudo a partir da promulgação da Constituição de 1988.

É sob essa perspectiva, portanto, constitucional, que se pretende analisar o caso aqui em comento. Para tanto, o trabalho será dividido em três partes – o primeiro capítulo, no qual se abordará o contexto legislativo em que foi instituído o bônus de outorga nas concessões do setor elétrico nacional; o segundo capítulo no qual serão debatidos os principais conceitos jurídicos aplicáveis ao caso; e o terceiro capítulo no qual o caso será descrito.

Capítulo 1 – Contexto de instituição do bônus de outorga no setor elétrico

A Constituição Federal, em seu artigo 21, XII, prevê, entre as competências da União, a possibilidade de delegação, mediante autorização, permissão ou concessão de diversos serviços, entre eles os serviços e instalações de energia elétrica. Para tanto, é necessária a realização de licitação, conforme art. 175 da Carta Magna.

Os potenciais de energia hidráulica são considerados bens de uso especial, ou seja, de utilização exclusiva para o desempenho de funções públicas. Por demandar grandes investimentos para sua exploração, a União costuma delegar à iniciativa privada essa exploração por meio de outorga de concessão de direito de uso, exigindo a obrigação de implantação da infraestrutura, combinada com a autorização para a geração de energia¹. Essa concessão é precedida de licitação, na modalidade leilão, e é instrumentalizada por meio de um contrato administrativo.

Conforme previsão constitucional, coube à lei disciplinar o regime dessas concessões, o que ocorreu com a edição da Lei 8.987/1995. De acordo com essa norma, as concessões existentes à época permaneceriam válidas até o termo do contrato, desde que tivessem sido outorgadas mediante licitação.

O artigo 15, inciso II da Lei 8.987/1995 trouxe como um dos critérios de julgamento possíveis “*maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão*”. É o fundamento legal para a instituição da bonificação pela outorga.

No mesmo ano da edição da lei de concessões, contudo, foi editada a Lei 9.074/1995, a qual autorizou a prorrogação das concessões que não haviam sido licitadas previamente, pelo prazo de 20 anos. Isso significava que, em 2015, essas concessões venceriam e haveria uma licitação para que fossem outorgadas aos vencedores do certame.

No entanto, em 2012, foi editada a Medida Provisória 579, convertida na Lei 12.783/2013, que autorizou, novamente, a prorrogação das concessões tratadas na Lei 9.074/1995.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1058.

As empresas concessionárias abrangidas pela nova lei tiveram, no entanto, a possibilidade de aceitar ou não a prorrogação. Caso não aprovassem os termos legais, haveria, então, o processo licitatório para uma nova concessão pelo prazo de 30 anos. Isso ocorreu em duas oportunidades. Foram licitados lotes de concessões não prorrogadas do setor elétrico em 2014 e em 2015.

No leilão de 2014, o critério de escolha dos vencedores foi o menor custo de gestão de ativos de geração (GAG²), que corresponde aos custos regulatórios, de manutenção, de operação, de remuneração, de amortização e da administração das usinas.

Em 18/8/2015, o governo federal editou a Medida Provisória 688, a qual tratou de vários pontos importantes referentes à regulação do setor elétrico, entre eles a instituição da bonificação por outorga em leilões de geração, transmissão e distribuição. A mencionada MP, convertida na Lei 13.203/2015, passou a prever a combinação de dois critérios (menor tarifa e maior oferta) nas concessões do setor elétrico. Além disso, o normativo trouxe a previsão explícita de autorização para que a concessionária comercialize parte da energia produzida no mercado livre, como forma de aumentar o interesse nos leilões e ampliar a competitividade, reduzindo consequentemente o preço da energia nele negociada³.

Com a nova previsão, o leilão de 2015 já utilizou como critério de escolha do vencedor a menor soma de GAG (custo de gestão de ativos de geração) e RBO (retorno da bonificação por outorga, que será detalhado a seguir).

Após esse leilão ainda remanesceram usinas não prorrogadas a serem licitadas, que é o caso daquelas que se encontravam sob administração da Cemig, objeto do presente estudo. Trata-se do Leilão Aneel 1/2017, realizado em atendimento a Portaria MME 133/2017, para outorga pelo prazo de 30 anos.

De forma diversa ao que ocorreu no leilão de 2015, neste certame, o critério adotado foi o maior ágio de bonificação por outorga, ou seja, o maior valor ofertado acima do mínimo estabelecido no edital. Os valores que ultrapassam esse limite mínimo estabelecido não são recuperáveis pelo concessionário.

² Metodologia de cálculo definida na Nota Técnica 385/2015-SRE-SRG/ANEEL de 24/10/2012, disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/NT_385_2012_SRE-SRG.pdf

³ BRASIL. Exposição de Motivos da Medida Provisória 688/2015.

A bonificação por outorga (BO) é o valor que será pago pela concessionária, à vista, por ocasião da outorga, no ato de assinatura do contrato. Corresponde, portanto, ao valor do lance dado no leilão. Já o Retorno da Bonificação por Outorga é o valor que será recuperado pela concessionária, por meio da tarifa, ao longo do período contratual, correspondendo ao BO atualizado pelo WACC (custo médio ponderado de capital), índice de atualização que será utilizado no contrato, definido para o leilão (no leilão aqui analisado correspondeu, conforme o edital, a 8,08% ao ano, deduzidos os tributos). Não entra no cálculo do RBO, no entanto, o valor do ágio, ou seja, o valor que ultrapassa o lance mínimo requerido não é recuperável.

Foi a primeira vez que esse critério foi utilizado em concessões não prorrogadas do setor elétrico. Sua utilização resulta em uma maior arrecadação de valores imediata por parte do concedente, o que parece muito conveniente em um período de crise e aumento do déficit fiscal.

Em relação à bonificação pela outorga, a lei determinou que a competência pela definição do valor, prazo e formas de pagamento fique ao encargo do Conselho Nacional de Política Energética, após proposta encaminhada pelo Ministério de Minas e Energia, ouvindo-se, necessariamente o Ministério da Fazenda.

Na própria exposição de motivos da MP que levou à edição da Lei 13.203/2015, o poder executivo deixa expresso que o objetivo da participação do Ministério da Fazenda no processo de definição de valores e prazos é exatamente verificar as necessidades arrecadatórias da União para cumprimento das metas fiscais.

Segundo a equipe econômica da época, as medidas previstas na MP contribuiriam para a manutenção de uma trajetória sustentável da dívida pública e para a estruturação de um sistema elétrico robusto e de baixo custo⁴. Portanto, não há dúvidas de que é uma política de governo iniciada em 2015, e continuada até os dias atuais, a utilização das concessões do setor elétrico como forma de atender às metas fiscais.

Legalmente não há nenhuma disposição que impeça o uso dos bens públicos com essa finalidade. No entanto, sob o ponto de vista principiológico, pode-se argumentar que alguns critérios devem ser observados nessas concessões, conforme demonstraremos no próximo capítulo.

⁴ BRASIL. Exposição de Motivos da Medida Provisória 688/2015.

Capítulo 2 – principais conceitos jurídicos aplicáveis

As relações entre o Estado e as concessionárias são regidas principalmente pelo direito administrativo, ramo especial do direito “regulador das relações envolvendo o Estado e o exercício das atividades administrativas”⁵. Atualmente, no entanto, observamos um forte movimento de constitucionalização dos demais ramos do direito, inclusive do direito administrativo, nas palavras de Rafael Oliveira⁶:

No processo de constitucionalização do direito, inerente ao neoconstitucionalismo, destaca-se o papel fundamental desempenhado pela Constituição. A lei (e os Códigos) – símbolo maior e inabalável do positivismo jurídico – cede lugar às normas constitucionais, que passam a protagonizar o papel de unificação do sistema.

Enquanto para algumas vertentes da visão clássica, a Constituição era vista apenas como uma norma inspiradora da atividade legislativa, de forma que, somente a lei, em sentido estrito, legitimada pelo parlamento, poderia ser aplicada diretamente aos casos concretos (legicentrismo); com a instituição do *Welfare State*, houve uma profusão de normas que, em última análise, acabou por enfraquecer a cogência das leis, e criar microssistemas normativos por vezes contraditórios entre si. Posteriormente a essa fase, começam a ser editadas novas constituições, como a brasileira de 1988, não mais com caráter abstrato, mas que reclamam atuações positivas do poder público, disciplinando vários aspectos da atuação estatal e da vida em sociedade⁷. É o neoconstitucionalismo, que, nas palavras de Agra⁸, pode ser compreendido por meio dos seguintes aspectos:

- a) falência do padrão normativo que fora desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do parlamento; b) influência da globalização; c) pós-modernidade; d) superação do positivismo clássico; e) centralidade dos direitos fundamentais; f) diferenciação qualitativa entre princípios e regras; g) revalorização do Direito.

⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 22.

⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 35.

⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. São Paulo: Renovar, p. 62.

⁸ AGRA, Walber de Moura. *Neoconstitucionalismo e superação do Positivismo*. In *Teoria do Direito Neoconstitucional – Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, p. 435.

Na concepção do direito constitucional positivo, entendia-se que a ordem constitucional não só pode, como deve ser aplicada diretamente aos casos concretos, além de servir de parâmetro para a interpretação e aplicação de todas as normas infraconstitucionais. Diferente da lei, a Constituição traz em seu bojo princípios balizadores que devem servir como base não somente para a interpretação dos atos e normas, mas também para o controle de constitucionalidade, e para o controle dos atos administrativos. Nas palavras de Ommati⁹:

os princípios passaram a ser constitucionalizados, incluindo-se-lhes, expressamente, nos textos constitucionais. Passando a integrar a própria Constituição, figurando como base da própria Constituição, os princípios passaram a ser não só a base do ordenamento jurídico como também a base do Estado Democrático de Direito.

No âmbito do direito administrativo uma das principais influências da constitucionalização é o entendimento mais amplo dado ao princípio da legalidade administrativa. Na definição tradicional de Meireles¹⁰, tal princípio prescreve que é lícito à Administração fazer somente o que a lei autoriza, ao contrário do particular, que pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe.

Antes pensado como limitador da ação estatal, portanto, já que fora concebido durante o liberalismo, agora, esse princípio passa a ser mais um instrumento na busca pela efetividade da Constituição, não apenas sob o ponto de vista formal, mas também material. A Constituição deixa de ser um texto genérico a ser destrinchado pelo legislador e passa a ser uma fonte direta da competência administrativa, servindo também como critério imediato de fundamentação e de legitimação da decisão administrativa¹¹.

Nesse contexto, surgem novos atores que passam a atuar ativamente em um processo de descentralização da atividade normativa. Nas palavras de Oliveira¹²:

O culto da lei pelo Liberalismo e pelo Positivismo, todavia, produziu diversas consequências negativas, como o apego exagerado ao formalismo jurídico, no qual “a lei contém todo o direito”, deixando de lado os ideais de justiça.

⁹ OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. *Controle da Discricionariedade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, p. 40.

¹⁰ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª edição, São Paulo, p. 82.

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. São Paulo: Renovar, p. 37.

¹² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 40.

Com o advento da ‘sociedade técnica’, que, além de conhecimentos específicos, exige celeridade na atuação estatal, somada a uma verdadeira ‘inflação legislativa’, a concepção liberal da lei entra em crise, visto não mais atender com plenitude os anseios da sociedade moderna. Daí o fenômeno crescente da descentralização da atividade normativa para pessoas privadas (autorregulação) e entidade ou órgãos não legislativos compostos por especialistas (técnicos), com destaque para as agências reguladoras e os recentes Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, criados pela EC 45/04.

Diante da “inflação legislativa” mencionada, tornou-se inviável a qualquer indivíduo a quem caiba a aplicação da lei, conhecer toda a legislação, a qual, muitas vezes é inclusive imprecisa, confusa e contraditória ao sistema legislativo vigente. Ainda assim, as leis atuais não são capazes de regular toda a realidade complexa existente em um mundo globalizado e em constante desenvolvimento. Dessa forma, *“não se pode exigir que a lei predetermine de forma completa toda a atuação da Administração, sendo absolutamente indispensável a existência de uma margem decisória importante de ponderação e concretização das normas constitucionais por parte do administrador”*¹³

Além desse aspecto, há que se mencionar a chamada “crise da lei”, caracterizada, nas palavras de Binbenojm¹⁴, pelo *“desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise da representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes”*.

A profusão, portanto, da quantidade de leis e regulamentos e seu conseqüente enfraquecimento, levaram ao processo de constitucionalização do direito administrativo, descrito por Binbenojm¹⁵ como:

Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a **costurar** todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade. (grifo do autor)

¹³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a reeleitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 73.

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. São Paulo: Renovar, p. 35.

¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. São Paulo: Renovar, p. 36.

Nessa nova fase, os princípios ganham relevância e eficácia normativa, como bem explicita Binenbojm¹⁶:

Os princípios constitucionais deixam de ser vistos como meios de integração do Direito, a serem utilizados apenas em casos de lacuna; convertem-se em autênticas normas, situadas, pela sua importância ímpar, no patamar mais elevado da ordem jurídica. O seu alto grau de abstração torna-os, por outro turno, um importante instrumento para dinamizar o ordenamento, conferindo a este a *ductibilidade* necessária para acomodação de novas demandas que surgem numa sociedade em permanente mudança.

É nesse contexto, portanto, que surge o princípio da juridicidade, o qual não invalida a aplicação do princípio da legalidade, mas o complementa e o legitima a partir do paradigma constitucional. Logo, “*é lícito afirmar que o princípio da legalidade encontra-se atualmente contido em um princípio mais amplo, que traduz com maior fidelidade a ideia de constitucionalização do ordenamento jurídico: o denominado ‘princípio da constitucionalidade ou da juridicidade’.*”¹⁷

Derivado do princípio da juridicidade, tem-se a ideia de “juridicidade administrativa”, a qual vincula a atividade administrativa não somente à lei, mas diretamente ao ordenamento constitucional, no qual estão inseridos inclusive os princípios dele norteadores. Binenbojm esmiúça esse conceito¹⁸:

Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

Tal princípio também é aplicável aos atos discricionários. Nas palavras de Meirelles¹⁹, poder discricionário é “*o direito que concede à Administração de modo*

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. São Paulo: Renovar, p. 64.

¹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 73.

¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. São Paulo: Renovar, p. 38.

¹⁹ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª edição, São Paulo, p. 82.

explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.

Ora, o ato de escolha do critério a ser utilizado para se apurar o vencedor de uma concessão, sem dúvidas, envolve discricionariedade, devendo, portanto, observar os parâmetros de conveniência e oportunidade (mérito) sempre com vistas a atender o interesse público. Para garantir esse atendimento, o ato discricionário, quando motivado, deve, necessariamente, vincular-se aos motivos expressos pelo administrador. É a chamada teoria dos motivos determinantes. Segundo essa teoria, o ato fica vinculado à existência e legitimidade de seus motivos expressos, ou seja, caso eles não existam ou sejam ilegítimos, o ato será inválido²⁰.

A teoria dos motivos determinantes é, portanto, uma forma de se tentar garantir que o ato administrativo atinja sua finalidade que, em última análise, sempre será promover o interesse público. Para isso, é fundamental que o ato, ainda que discricionário, seja pautado por motivos justos e adequados. Caso esses motivos alegados não sejam verdadeiros ou legítimos, estaremos diante de claro desvio de finalidade.

Ocorre que, com o advento do neoconstitucionalismo, o conceito tradicional de discricionariedade administrativa recebeu novos contornos, conforme explicita Binenbojm²¹:

Ademais, a normatividade decorrente da principiologia constitucional produz uma redefinição da noção tradicional de *discricionariedade administrativa*, que deixa de ser um espaço de liberdade decisória para ser entendida como um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os diferentes bens e interesses jurídicos contemplados na Constituição. A emergência da noção de *juridicidade administrativa*, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre os atos vinculados e atos discricionários, mas em *diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*. O antigo *mérito* do ato administrativo sofre, assim, um sensível estreitamento, por decorrência desta incidência direta dos princípios constitucionais. (grifos do autor)

O mesmo autor traça um histórico das teorias que balizaram juridicamente o conceito de discricionariedade administrativa ao longo do tempo. Desde a tradicional teoria dos elementos dos atos administrativos, passando pela teoria dos motivos

²⁰ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª edição, São Paulo, p. 177.

²¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. São Paulo: Renovar, p. 71.

determinantes, já comentada neste artigo, pela teoria dos conceitos jurídicos indeterminados para chegar, enfim, à teoria da vinculação dos atos administrativos diretamente aos princípios constitucionais²².

A consequência da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais é a superação da divisão estanque entre atos vinculados e discricionários, já que a discricionariedade deixa de ser uma liberdade da administração para respeitar o princípio da juridicidade administrativa, estando sujeita inclusive ao controle judicial. O mérito do ato continua não sendo passível de apreciação judicial. Mesmo nos casos em que haja violação aos princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade, o controle judicial é da legalidade do ato e não da sua conveniência e oportunidade, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal²³. Porém, ao submeter-se à incidência de princípios constitucionais, o escopo do mérito administrativo fica reduzido, ou seja, a escolha pelo administrador se torna mais restrita na medida em que ele só pode cogitar hipóteses compatíveis não somente com a lei, mas com os princípios constitucionais. Trata-se de uma redução da margem de discricionariedade dos atos.

²² BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. São Paulo: Renovar, p. 197.

²³ STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO : ARE 1147999 CE. Relator: Ministro Edson Fachin. DJe: 05/09/2018. **JusBrasil**, 2019. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621987344/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1147999-ce-ceara?ref=serp>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Capítulo 3 – Caso concreto do Leilão Aneel 1/2017 à luz do Acórdão 1598/2017 – TCU- Plenário

O caso refere-se ao leilão realizado em 2017 para outorga de quatro usinas hidrelétricas (São Simão, Jaguará, Miranda e Volta Grande), que já se encontravam em operação, administradas, pela Companhia Energética de Minas Gerais Geração e Transmissão S.A (Cemig). A tabela abaixo mostra as características principais de cada uma das usinas licitadas²⁴.

Tabela 1: principais características das UHEs

Usina Hidrelétrica	Potência Instalada (MW)	Garantia Física (MW _{méd}) ₁	Entrada em operação	Termo final do atual Contrato	Rio	Domínio do Rio	Estado(s)	Concessionária anterior
São Simão	1.710,00	1.202,7	1978	11/01/2015	Paranaíba	Federal	GO/MG	Cemig GT
Jaguara	424,00	341,0	1971	28/08/2013	Grande	Federal	MG/SP	Cemig GT
Miranda	408,00	198,2	1998	23/12/2016	Araguari	Estadual	MG	Cemig GT
Volta Grande	380,00	230,6	1974	23/02/2017	Grande	Federal	MG/SP	Cemig GT
Total Geral	2.922,00	1.927,5	-	-	-	-	-	-

Fonte: Relatório do Acórdão TCU 1598/2017 – TCU- Plenário.

Como já visto, a Lei 12.783/2013 ampliou as possibilidades de prorrogação das concessões do setor elétrico, mediante o atendimento de condições nela estabelecidas. As concessionárias que não aceitassem essas condições terminariam o contrato na data constante da avença e, após seu termo, haveria nova licitação para outorga por um novo período de trinta anos.

Como a Cemig optou por não prorrogar as concessões, aderindo às novas condições, as usinas passaram a ser objeto de nova licitação, a qual foi judicializada, já que, a empresa entendeu que tinha a prerrogativa de renovar os contratos nos termos anteriores à Lei referenciada, requerendo, então, em juízo, a suspensão liminar da licitação e a tutela de seu suposto direito de renovação.

Independente da discussão judicial, que posteriormente foi resolvida com ganho de causa para a União, o Poder Concedente deu início aos procedimentos para o leilão

²⁴ Informações extraídas do Relatório e voto que fundamentaram o Acórdão 1598/2017 – TCU-Plenário.

do serviço de geração de energia elétrica, que foi dividido, então, em dois lotes, A e B, e destinava-se à outorga pelo período improrrogável de trinta anos. Abaixo estão as principais características das usinas componentes de cada um dos lotes.

Tabela 2: principais características por lote

Lote	Sublote	Usina Hidrelétrica	Potência Instalada (MW)	Garantia Física (MWméd) ₁	Rio	Estado(s)
A	-	São Simão	1.710,00	1.202,7	Paranaíba	GO/MG
B	B1	Jaguara	424,00	341,0	Grande	MG/SP
	B2	Miranda	408,00	198,2	Araguari	MG
	B3	Volta Grande	380,00	230,6	Grande	MG/SP
Total Geral			2.922,00	1.927,5	-	-

Fonte: Relatório do Acórdão TCU 1598/2017 – TCU- Plenário.

O critério definido para se apurar o vencedor do leilão das mencionadas usinas foi o maior valor de bonificação pela outorga, critério introduzido no setor pela Lei 13.203/2015. Conforme a Resolução CNPE 12/2017, esse valor deveria ser pago em parcela única, no valor mínimo de aproximadamente 11 bilhões, à vista no ato de assinatura do contrato.

Isso significa que vence o leilão o concorrente que apresentar o maior ágio acima do valor mínimo definido como bônus requerido para a outorga. Foi a primeira experiência com esse critério em leilões de usinas geradoras não prorrogadas.

O valor mínimo definido como bonificação, aproximadamente 11 bilhões, são restituídos ao concessionário vencedor mediante uma parcela embutida na tarifa de energia elétrica paga pelos consumidores, denominada Retorno da Bonificação pela Outorga (RBO). Ou seja, quem arca com esse valor mínimo é o consumidor. Os valores que ultrapassarem esse limite, chamados de ágio, não são recuperáveis e servem exatamente como critério de competição, uma vez que, aquela empresa ou consórcio que apresentar o maior ágio, atendendo a outros critérios definidos em edital, sagrar-se-á vencedora do certame.

Segundo o Ministério de Minas e Energia, a fundamentação para a escolha desse critério foi feita pelo Ministério da Fazenda, “em virtude da importância, para o

equilíbrio fiscal, do valor de bonificação de outorga a ser pago pelos vencedores da licitação²⁵”:

8. A inclusão das UHE atendeu a pedido do Ministério da Fazenda (MF). O MF alegou que os empreendimentos em questão eram prioritários pelo expressivo valor de bonificação de outorga a ser pago pelos vencedores da licitação de tais UHE. Segundo o MF, essa receita é importante para o atingimento da meta fiscal do ano de 2017. Acerca dessa questão, cumpre mencionar que, conforme atestam a Nota Técnica nº 201/2016-DOC/SPE-MME, do Departamento de Outorgas de Concessões, Permissões e Autorizações da Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético e a Nota nº 00149/2016/CONJURMME/CGU/AGU da Consultoria Jurídica deste Ministério, tais UHE não apresentam óbice para licitação. Ressalta-se, ainda, que a reunião do CPPI de 13 de setembro de 2016, que contou com a participação do Exmo. Sr. Ministro de Estado de Minas e Energia, avaliou e deliberou pela conveniência e oportunidade de inclusão dessas usinas no PPI e, por tal razão, não é matéria desta Nota Técnica.

Isso pôde ser comprovado com base na manifestação do Ministério da Fazenda, por meio da nota técnica 34/2016/STN/SEAE/MF-DF:

10. Importante ressaltar também que os resultados fiscais do Governo Central têm mostrado constantes déficits de magnitude significativa. No ano de 2015, o déficit foi de R\$ 116,65 bilhões. Em 2016, foi aprovada, pelo Congresso Nacional, revisão da meta anual, prevendo déficit de R\$ 170,50 bilhões. Para 2017, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) considerou um déficit de R\$ 139 bilhões, já prevendo uma receita de R\$ 10 bilhões relativa à arrecadação de bonificação de outorga. Contudo, as projeções de crescimento da economia para 2017 têm sido revisadas para baixo (recentemente o próprio governo reduziu sua projeção, de 1,6% para 1%), o que torna o cenário fiscal de 2017 ainda mais desafiador. Desse modo, as receitas provenientes do leilão de usinas hidrelétricas que se pretende realizar em 2017 são de suma importância para o cumprimento da meta fiscal.

11. Portanto, ao observar o atual cenário, considera-se que um leilão que mantenha um patamar tarifário condizente com o custo marginal de expansão do sistema, tendo como critério de licitação o maior valor de bonificação de outorga, poderá trazer uma situação mais favorável ao cumprimento da meta fiscal, proporcionando um cenário de maior credibilidade para o recebimento de investimentos necessários à retomada econômica brasileira.

O próprio cronograma do leilão foi definido com o objetivo de atender o fechamento da meta fiscal, como verifica-se em informações fornecidas pelo MME ao Tribunal de Contas da União:

4.6. Importa ressaltar, nesse sentido, reunião realizada em 27 de março de 2017, nas dependências do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, com presença do Sr. Ministro de Estado daquela pasta e do Sr. Secretário Executivo do Ministério de Minas e Energia, bem como de

²⁵ Nota Técnica 9/2017-Assec, do MME, mencionada no Relatório que fundamenta o Acórdão 1598/2017-TCU-Plenário.

servidores das pastas afetas, em especial do Ministério da Fazenda. Conforme informado pelo Sr. Secretário de Desenvolvimento e Infraestrutura, por questões orçamentárias, é importante o ingresso da receita advinda da bonificação pela outorga das concessões em tela até 10 de novembro de 2017. A partir dessa premissa, a ANEEL elaborou cronograma de eventos que prevê a assinatura do contrato de concessão pelos vencedores do certame em 10 de novembro de 2017, visto que o pagamento da bonificação pela outorga dar-se-á no ato de assinatura do contrato.

Nos termos do que dispunha a Instrução Normativa TCU 27/1998, os estudos para o mencionado leilão deveriam ser previamente encaminhados ao Tribunal de Contas da União para que se manifestasse em quatro momentos diferentes, um deles, previamente ao lançamento do edital (primeiro estágio), em relação à viabilidade econômico-financeira da concessão.

Em sua manifestação, a área técnica do TCU (SeinfraElétrica) afirma com clareza que o principal objetivo do leilão era cumprir a meta fiscal para o exercício de 2017, e mais, que, na prática, a opção por esse critério caracteriza, na verdade, um empréstimo da empresa vencedora do certame para o Tesouro Nacional, a ser pago pelo consumidor do mercado cativo de energia elétrica ao longo de trinta anos, com taxa de juros de 8,08% ao ano, o que representa aproximadamente 1,3 bilhões ao ano.

Apesar de entender que há uma ampla discricionariedade do poder concedente para optar pelo critério da outorga, a Unidade Técnica do Tribunal afirma que a escolha não foi precedida de uma avaliação de impacto de médio e longo prazos, baseando-se somente em uma análise de um exercício fiscal específico, não obstante a produção de efeitos pelos próximos trinta exercícios.

Como visto no capítulo anterior, a discricionariedade do ato não é mais entendida de maneira tão ampla, uma vez que tem que se submeter não somente aos parâmetros legais, mas também às disposições e princípios constitucionais, estando, inclusive, sujeito ao controle judicial, como esclarece Oliveira²⁶:

O controle judicial da discricionariedade administrativa evoluiu ao longo do tempo. Após o abandono da noção da imunidade judicial da discricionariedade, várias teorias procuraram explicar e legitimar o controle judicial da atuação estatal discricionária, destacando-se, na doutrina e na jurisprudência, as teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes.

²⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 73.

Hoje, a teoria do controle da discricionariedade, por intermédio dos princípios gerais do Direito, vem sendo prestigiada pelos operadores do Direito, sem que isso signifique o abandono das demais teorias citadas anteriormente.

Isso não significa, de forma alguma, uma reanálise do mérito administrativo. Esse, propriamente dito, não pode ser apreciado no âmbito judicial, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes. O objetivo, portanto, do controle judicial é evitar que a discricionariedade conferida ao administrador seja utilizada como artifício para violação da ordem jurídica e, para isso, o princípio da juridicidade é o grande balizador²⁷.

Há críticas à adoção do critério de maior bonificação. Nas palavras de Motta²⁸, na utilização desse tipo de critério:

visa a Administração a obtenção de contratação vantajosa. Entretanto, o *quantum* denominado *valor de outorga* deve fundamentar-se em estudos sólidos, para evitar lesividade. Verificam-se críticas procedentes a esse critério, considerando-se que, em tese, o Poder Público não deveria incentivar a lucratividade nos atos negociais.

Na análise do caso concreto do leilão em comento, ressalta-se, ainda, que não há qualquer indicativo de que os valores investidos pelo consumidor retornem para o setor elétrico, do que resulta uma dissociação, cada vez maior, entre o preço pago pelo serviço e os investimentos necessários ao seu fornecimento. Fica evidente, portanto, que esse tipo de política contrapõe-se ao princípio da modicidade tarifária, o qual prescreve que, no caso de impossibilidade de gratuidade na oferta do serviço público, a cobrança deve ser a mais baixa possível de forma a não sonegar a prestação do serviço ao cidadão²⁹.

Um ponto relevante mencionado pelo Tribunal foi o possível impacto do requisito de pagamento à vista do bônus, no ato de assinatura do contrato, para a competitividade do certame. Esse ponto foi, inclusive, alvo de questionamento em

²⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 82.

²⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*. 2ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, p. 125.

²⁹ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 11ª edição, Rio de Janeiro: SaraivaJur, p. 441.

audiência pública (AP Aneel 26/2017³⁰), que precedeu o edital. No entanto, conforme informação constante do relatório que embasou o Acórdão 1598/2017 – TCU- Plenário, o Ministério da Fazenda, atendendo à diligência do TCU, justificou a imposição do requisito sob o fundamento de aumentar a previsibilidade de receitas à União e selecionar agentes mais qualificados, reduzindo o risco de inadimplemento.

Observa-se, contudo, que a escolha do critério de maior bônus de outorga e a forma escolhida para seu pagamento, bem como a definição de valor mínimo, não foram objeto da audiência pública AP Aneel 26/2017, a qual ficou restrita à minuta de edital e de contrato. Conforme observado pela Unidade Técnica do TCU, o debate público ficou reduzido, uma vez que, decisões fundamentais já haviam sido tomadas antes da consulta pública, a qual, portanto, não foi ampla.

Diante das fragilidades identificadas, o Relator do processo no TCU, Ministro Aroldo Cedraz de Oliveira, propôs ao Plenário da Casa 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 a sustentabilidade do setor e para os consumidores cativos e livres”. A determinação se aplicaria, inclusive, para o leilão em análise, dispensando-se apenas sua apresentação antes do lançamento do edital. A proposta foi acolhida pelo colegiado e, portanto, começou a valer a partir daquele certame.

³⁰ Audiência Pública realizada no período de 19/5 a 18/6/2017 que teve como objetivo obter subsídios para o aprimoramento da minuta de edital do Leilão Aneel nº 1/2017 (concessão das quatro usinas mencionadas no capítulo 2, cujo contrato não foi prorrogado pela Cemig). Documentação disponível em: <http://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas>

Conclusão

Conforme visto, a escolha discricionária do bônus de outorga como critério de seleção leilão da Cemig pode ser questionada pela insuficiência de motivação. O simples fato de atender à meta fiscal definida não esclarece, por si só, o cidadão sobre os benefícios dessa escolha em detrimento de outras alternativas, como a redução da tarifa, por exemplo.

Percebe-se, portanto, que o administrador (governo) utilizou-se de uma visão tradicional, porém antiga e superada, de uma ampla margem de discricionariedade administrativa. Como bem apontado pelo Tribunal de Contas da União, mesmo ao se tratar de uma escolha discricionária, é necessário observar parâmetros objetivos e sopesar alternativas dando, inclusive, transparência a essas análises iniciais que conduziram à escolha.

Como demonstrado neste trabalho, apesar de não haver normas que preveem especificamente os parâmetros a serem aplicados na motivação da escolha discricionária por parte da Administração do critério de seleção em leilões de concessão, conforme o princípio da juridicidade, não é necessário que essa previsão esteja na lei. Como visto, os atos administrativos, ainda que discricionários, devem estar de acordo com a Constituição Federal e com o ordenamento jurídico pátrio, nele incluído os princípios jurídicos.

É com base nos princípios que se pode ter um controle mais efetivo dos atos discricionários, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo, sob pena de ferir a separação dos poderes.

Dessa forma, não é necessário mais normas e sim que se garanta a eficácia das já existentes, interpretando-as dentro de um sistema jurídico mais amplo e não de maneira isolada e desvincilhada dos princípios balizadores do Estado.

Esse quadro demonstra a importância e a atualidade da matéria, sobretudo para a atividade de controle externo, uma vez que, o Tribunal de Contas da União tem atuado de modo vigilante no acompanhamento das desestatizações.

É nessa ótica, dentro de uma visão neocostitucionalista, que instituições como o TCU e o Poder Judiciário podem e devem exercer controle sobre a atividade

administrativa com vistas a preservar o interesse público e garantir a efetividade das políticas públicas.

Referências Bibliográficas

AGRA, Walber de Moura. *Neoconstitucionalismo e superação do Positivismo. In Teoria do Direito Neoconstitucional – Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

_____. Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.

_____. Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013.

_____. Lei nº 13.203/2015, de 8 de dezembro de 2015.

_____. Exposição de Motivos da Medida Provisória 688/2015, de 18 de agosto de 2015.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. São Paulo: Renovar, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 11ª edição, Rio de Janeiro: Saraivajur, 2017.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª edição, São Paulo, 1998.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*. 2ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. *Controle da Discricionariedade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.598/2017*. Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 26/7/2017. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: agosto 2017.

_____. *Instrução Normativa nº 27/1998*, de 2 de dezembro de 1998.

Karla Amancio Ismail.

Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (TCU)

E-mail: karlais@tcu.gov.br