

Processo: 006.253/2023-7

Natureza: Solicitação de Solução Consensual

Órgão/Entidade: Ministério de Minas e Energia

Responsável(eis): Não há.

Interessado(os): Não há.

DESPACHO

Trata-se de solicitação de solução consensual, prevista na IN-TCU 91/2022, formulada pelo Exmo. Sr. Min. Alexandre Silveira, Ministro de Minas e Energia, em face das controvérsias enfrentadas nos Contratos de Energia de Reserva (CER) decorrentes do Procedimento de Contratação Simplificado (PCS) 01/2021, relativos às Usinas da Karpowership Brasil Energia Ltda (KPS) (peça 1).

2. Inicialmente, necessário elucidar que minha relatoria neste processo se deu em face da conexão da matéria submetida à solução consensual com o disposto, por esta Corte, mediante o Acórdão 2.699/2022-Plenário. O julgado foi prolatado no âmbito do TC 001.722/2022-0, encerrado, com autos de monitoramento abertos, objeto do TC 031.368/2022-0, por mim relatado.

3. Nos termos do art. 6º da IN 91/2022:

“Art. 6º Caso o objeto da controvérsia já esteja sendo tratado em processo em tramitação no TCU, a solicitação de solução consensual será analisada em processo próprio, observando-se o disposto nos artigos 4º e 5º desta IN.

*§ 1º No caso previsto no **caput** deste artigo e havendo manifestação do Presidente do TCU favorável à admissibilidade da solicitação, a SSC [Solicitação de Solução Consensual] será encaminhada ao relator do processo já em tramitação, o qual poderá, levando em consideração eventual prejuízo à condução processual, ratificar ou não a manifestação do Presidente do TCU.” (grifou-se).*

4. Minha atuação neste momento processual, portanto, em vista do relatório da unidade técnica sugerindo a admissibilidade do pedido (peças 13 a 15) e o endosso do Presidente desta Casa a tal manifestação (peça 16), se presta a ratificar ou não os encaminhamentos então proferidos.

II – Histórico

5. Em histórico processual, no que importa, necessário trazer à tona o decidido por esta Corte no âmbito do Acórdão 2.699/2022-Plenário (TC 001.722/2022-0), de minha relatoria:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, de autoria do Sr. Carlos Moisés da Silva, Governador do Estado de Santa Catarina, por meio da qual narra supostas irregularidades ocorridas no Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021, que autorizou diversas empresas a implantarem e a explorarem usinas termoelétricas,

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

9.1. fixar prazo ao Ministério de Minas e Energia, com base no art. 251, caput, do Regimento Interno do TCU, para que, em 30 (trinta) dias, com base especialmente no seu poder-dever de motivação e autotutela, em face, entre outros, da melhoria do cenário hidrológico e dos elevados valores envolvidos, realize avaliação individualizada e conclusiva dos contratos decorrentes do PCS, comparando-se as vantagens e desvantagens quanto às possibilidades de manutenção dos contratos, rescisão ou solução negociada, indicando objetivamente a melhor solução para cada contrato, considerando impacto nas tarifas no curto, médio e longo prazos e a segurança do fornecimento de eletricidade, levando-se em conta, também, alternativas que possam substituir o aumento de oferta de energia e potência previsto nos instrumentos, com fulcro no art. 53 da Lei 9.784/1999; no art. 41, VII, da Lei 13.844/2019; nos art. 1º, VI; art. 16, XII; art. 20, IV; art. 21, II e VI, do Anexo I do Decreto 9.675/2019 e no art. 26, caput e § 1º, do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro);

9.2. informar ao MME que o prazo conferido para a apresentação dos estudos mencionados no subitem anterior não impede que o Ministério e a Aneel, se for o caso, tomem, desde já, caso entendam necessário, em autotutela, as providências legais, justificadas e necessárias que julguem pertinentes para abrandar o impacto tarifário, considerada a necessidade pela energia já contratada mediante o PCS;

9.3. determinar à Segecex que, à luz dos requisitos de conveniência, oportunidade e materialidade, considere incluir no próximo plano operacional a ser submetido a esta Corte:

[...]

9.3.3. fiscalização para examinar a forma pela qual a Aneel atuou nos contratos provenientes do PCS 01/2021 relativos às UTEs Viana e Povoação, neste caso, na forma de representação, se se entender mais adequado;

6. O processo mencionado foi constituído em detrimento de supostos atos antieconômicos praticados no âmbito do Procedimento de Contratação de Energia de Reserva nº 01/2022. Conforme voto condutor da decisão, o Procedimento foi providenciado em razão do histórico período de estiagem vivenciado nos anos de 2020 e 2021, ensejando dúvidas reais quanto à segurança energética já para 2022.

7. Nesse risco, fazia-se necessário aumentar, em curto espaço de tempo, a potência instalada disponível no sistema, apta a fazer frente a períodos críticos de demanda. Assim, uma série de flexibilizações foram feitas no procedimento competitivo a fim de conferir-lhe maior celeridade, como: ausência de consulta pública, transferência aos empreendedores do risco de encontrar os pontos adequados para a conexão na rede, comprovação de combustível apenas após a realização do certame, entre outras.

8. Tais flexibilizações, pareadas com a celeridade exigida para a implantação das usinas, redundaram em um real aumento no nível de risco dos empreendimentos. A “dispensa” de algumas fases e estudos – como os ambientais – incrementou, por exemplo, a chance de entrada em operação posterior à data exigida (maio/2022), e fato é que tais incertezas invariavelmente são quantificadas pelo mercado na forma de “custo”. Na prática, eleva-se a potência disponível, em curto espaço de tempo; mas com contratação de energia mais cara, a onerar todo o mercado regulado.

9. Em grosso resumo, considerando o alto preço de energia proveniente do leilão, em contraponto às necessidades atuais do sistema – decorrentes da melhora das condições hidrológicas já em 2022 – e diante da inadimplência de diversas usinas em entrar em operação na data limite convencionada, tornou-se discutível seguir em frente com tais contratações, nos termos e preços avençados.

10. Segundo os termos contratuais, constatada a mora em entrada em operação de usinas na data convencionada, o poder público poderia rescindir os contratos, sem ônus; ou, ainda que houvesse algum dever indenizatório para eventuais térmicas que estivessem em operação, poderia ser que se tornasse mais vantajoso incorrer em tais custos rescisórios do que pagar a energia mais cara.

11. Esse dever de motivar tais decisões administrativas e regulatórias foi o **ratio decidendi** do Acórdão 2.699/2022-Plenário. Tal julgado vem sendo monitorado no âmbito do TC 031.368/2022-0.

12. No que se refere aos números relacionados às contratações, consoante destacado na instrução elaborada no âmbito da SecexConsenso (peças 13 a 15), foram contratados 24.968 TWh de energia, com disponibilidade de cerca de 1.220 MW de potência. O pagamento previsto era de R\$ 11 bilhões anuais, dos quais cerca de R\$ 9 bilhões seriam repassados ao consumidor cativo, resultando em aumento de 4,49% nas tarifas de energia.

13. Nenhum empreendimento, dos 17 (dezessete) contratados no PCS 01/2021, entrou em operação no prazo de maio/2022, data limite inicialmente prevista. Em última informação do MME, em 26/2/2023, 12 (doze) usinas se encontram em operação (peça 2, p. 4), mas, dessas, 5 (cinco) iniciaram fora do prazo. Outras 5 (cinco) não tinham nem sequer previsão de início de produção de energia. Em quatro delas, existe decisão judicial suspendendo deliberação da Aneel sobre a exclusão de responsabilidade pelos atrasos (peça 2, p. 5).

14. Em decorrência da decisão do Tribunal, o MME realizou consulta pública para obter contribuições, em termos de diretrizes e condições para a resolução amigável dos Contratos de Energia de Reserva (CER) firmados em decorrência do PCS 01/2021. Como resultado, a Pasta publicou a Portaria 55/2022, em extrato, ofertando a possibilidade de as empresas rescindissem os contratos, por acordo entre as partes, ao tempo em que não incorreriam nas multas milionárias decorrentes do inadimplemento (peça 2, p. 7).

15. Segundo o Ministério de Minas e Energia, das 7 (sete) empresas inadimplentes, somente 1 (uma) empresa teve interesse em acudir ao chamamento de rescisão amigável (UTE Fênix – peça 2, fl. 1). Não houve, portanto, o resultado esperado de solução consensual, com incremento dos riscos de judicialização.

16. Como aduz o Exmo. Min. Presidente Bruno Dantas, “*é nesta conjuntura que se insere a controvérsia tratada nestes autos: a possibilidade de solução negociada para os contratos firmados com as usinas Karley 013, Karkey 019, PORSUD I, e PORSUD II, todas da empresa KPS*”. Segundo despacho à peça 16, “*os Contratos de Energia de Reserva em questão representam gastos anuais de mais de R\$ 3 bilhões, representando aproximadamente 25% do total contratado no PCS 1/2021, e ao mesmo tempo são objeto de discussões administrativas e judiciais sobre os impactos de excludentes de responsabilidade nos inadimplementos contratuais*”.

III – Do pedido de solução Consensual

17. Dado esse cenário, o Exmo. Ministro de Minas e Energia, Alexandre Silveira, solicita a possibilidade de encaminhar, nos termos da Instrução Normativa 91/2022, solução consensual para dirimir as contendas administrativas e judiciais existentes entre o poder público e as empresas inadimplentes nos contratos provindos do PCS 01/2021. Procura-se uma alternativa dialogada que viabilize a alteração amigável do contrato, de forma a compatibilizar as necessidades do sistema no médio prazo com os impactos tarifários da energia contratada à época de um cenário hidrológico adverso.
18. Neste processo específico, avaliam-se os pedidos para os CER pactuados com as Usinas da Karpowership Brasil Energia Ltda (KPS).

IV – Da admissibilidade

19. Segundo regra o art. 2º da IN 91/2022, a solicitação de solução consensual poderá ser formulada: i) pelas autoridades elencadas no art. 264 do Regimento Interno do TCU; ii) pelos dirigentes máximos das agências reguladoras definidas no art. 2º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019; e iii) pelo relator de processo em tramitação no TCU.
20. Objetivamente, assim, o Ministro de Estado é autoridade elencada no art. 264, inciso VI, do Regimento Interno, fazendo-se pessoa competente para solicitar a dita solução consensual.
21. Sobre a jurisdição do TCU, a matéria tratada diz respeito a assunto constitucionalmente afeto ao controle do Tribunal, haja vista, inclusive, a estreita conexão existente entre o objeto da negociação e a decisão prolatada mediante o Acórdão 2.699/2022-Plenário, perfazendo-se, também, a exegese constante do art. 1º, **caput**, da IN 91/2022.
22. Sobre os pressupostos de risco e relevância, consta do art. 3º do dito regulamento que:

“A solicitação a que se refere o art. 2º desta IN deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos:

I - indicação do objeto da busca de solução consensual, com a discriminação da materialidade, do risco e da relevância da situação apresentada;

II - pareceres técnico e jurídico sobre a controvérsia, com a especificação das dificuldades encontradas para a construção da solução;

III - indicação, se houver, de particulares e de outros órgãos e entidades da administração pública envolvidos na controvérsia;

IV - indicação, se houver, da existência de processo no TCU que trate do objeto da busca de solução consensual; e

V - manifestação de interesse na solução consensual dos órgãos e entidades da administração pública federal envolvidos na controvérsia, quando se tratar de solicitação formulada pela autoridade prevista no inciso III do art. 2º desta IN.”

23. Crê-se que a materialidade, o risco e a relevância da matéria estejam preenchidos, em razão do alto impacto ao valor de energia advindo das discussões tratadas. Como descrevi no voto condutor do Acórdão 2.699/2022-Plenário, no total, são 1.4 GW de potência outorgada, e impacto total estimado, até dez/2025, de R\$ 39 bilhões.
24. Os pedidos também vieram acompanhados de pareceres técnicos (peça 2-3) e jurídicos (peças 4-6), identificando de maneira adequada tanto a controvérsia em si, como

os riscos decisórios, incluindo ameaças reais de decisões judiciais favoráveis para as contratadas.

25. Como síntese da controvérsia, transcrevo excerto da instrução da SecexConsenso, à peça 13:

“24. A controvérsia tratada nos presentes autos se encontra no escopo dos CER relativos às Usinas da KPS: Karley 013, Karkey 019, PORSUD I, e PORSUD II, e decorre da possibilidade de adoção de uma solução negociada e individualizada para os contratos do PCS 01/2021, que foi postulada, inicialmente, no Acórdão 2.699/2022-TCU-Plenário.

25. Mais especificamente, a controvérsia envolve divergências sobre a possibilidade e as alternativas de alteração amigável do contrato para a compatibilizar sua execução com as necessidades do sistema no horizonte de médio prazo, com os impactos tarifários da energia contratada em um cenário de escassez de energia, e com os investimentos e esforços envidados pela companhia para viabilização do empreendimento.

26. Essa possibilidade de solução negociada exige a superação de questões intermediárias.

27. Isso porque, apesar da entrada em operação das usinas da KPS ter sido posterior a outubro de 2022, a Companhia apresentou pleitos de excludente de responsabilidade junto à Aneel e as Usinas se encontram qualificadas em situação análoga às adimplentes do contrato em função do próprio rito administrativo da Agência e de liminares concedidas pelo poder judiciário (peça 2, p. 8).

28. Ainda que a decisão administrativa seja em desfavor do particular, o Ministério entende que a rescisão unilateral dos contratos não traria segurança do fornecimento de eletricidade no horizonte 2025/2026, não inibiria o ajuizamento de ações judiciais posteriores e não impediria a ocorrência de decisões jurídicas desfavoráveis à economicidade almejada pela rescisão contratual (peça 4, p. 5).

29. Segundo avaliação do MME (peças 2 e 4) e da Companhia (peças 5 e 6), há possibilidades para manutenção dos contratos. Essas possibilidades, contudo, não se enquadram nas previsões da Portaria 55/2022/GM/MME e necessitariam de melhor alinhamento, o que se demonstra viável no âmbito do processo de solução consensual previsto na IN 91/2022.

Assim, para a constituição da comissão de solução consensual (CSC), oportunamente, entende-se necessário avaliar a participação da Aneel, autarquia que examina os pleitos de excludente de responsabilidade da KPS.” (grifou-se).

26. Em continuidade ao exame de admissibilidade, a indicação de particulares e outros órgãos envolvidos se fez por meio do próprio pedido (peça 1) e dos pareceres técnicos e jurídicos que o respaldam (peças 2 a 6), neste caso, com decisões afetas ao MME, Aneel e a Karpowership Brasil Energia Ltda (KPS).

27. Quanto aos processos em andamento, existe conexão entre a matéria objeto de SSC com a matéria apreciada por esta Corte no TC 001.722/2022-0, monitorado pelo TC 031.368/2022-0.

28. Finalmente, sobre a manifestação de interesse na solução consensual dos órgãos e entidades da administração pública federal envolvidos na controvérsia, quando

se tratar de solicitação formulada pela autoridade prevista no inciso III do art. 2º dessa IN (Ministro do TCU, relator do processo), tal exegese não se faz aplicável.

V – Conclusão

29. Ante o exposto, considerando o preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 5º da IN 91/2022, decido:

a) ratificar, nos termos do art. 6º, §1º, da IN 91/2022, a manifestação do Exmo. Presidente do TCU à peça 16 dos correntes autos, que decidiu pela admissibilidade da presente solicitação de solução continuada;

b) sobrestar, nos termos do art. 6º, §2º, da IN 91/2022, o TC 031.368/2022-0, até que se delibere sobre a proposta de solução a ser elaborada pela comissão de solução consensual, nos termos dos arts. 10 e 11 da IN 91/2022;

c) restituir os presentes autos à SecexConsenso para adoção de providências objetivando a constituição da Comissão de Solução Consensual, nos termos do art. 7º da IN 91/2022.

À SecexConsenso.

Brasília, 26 de abril de 2023

(Assinado eletronicamente)

Benjamin Zymler
Ministro