

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 35.192 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
IMPTE.(S) : **CEMIG GERACAO E TRANSMISSAO S.A**
ADV.(A/S) : **LUCIANO DE ARAUJO FERRAZ E OUTRO(A/S)**
IMPDO.(A/S) : **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

DECISÃO:

Vistos.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por CEMIG GERAÇÃO E TRANSMISSÃO S/A – CEMIG GT, contra acórdão do Tribunal de Contas da União proferido nos autos do TC nº 025.657/2017-8, assim ementado:

“REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO CAUTELAR. NEGOCIAÇÕES EM CURSO ENTRE UNIÃO E CEMIG RELATIVAS À CONCESSÃO DAS USINAS HIDRELÉTRICAS SÃO SIMÃO, JAGUARA, MIRANDA E VOLTA GRANDE. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. DETERMINAÇÕES”.

Narra a impetrante que a CEMIG e a União iniciaram tratativas para por fim a ações em curso neste STF (RMS nº 34.203 e AC nº 3980) e no STJ (MS nº 21.465/DF e nº 23.042/DF) relativas à prorrogação das concessões das usinas hidrelétricas de Jaguará, São Simão e Miranda. Aduz que as reuniões tiveram início em 5/9/17, quando a empresa apresentou proposta para a prorrogação das concessões, e outras reuniões estariam agendadas para os dias 11/9/17 e 15/9/17.

Prossegue a narrativa informando que no dia 6/9/17, o TCU, em procedimento instaurado a partir de representação de sua unidade técnica (SEINFRAELÉTRICA) deliberou, no acórdão de nº 1971/2017, pela “imediata suspensão da conciliação em torno dos litígios das usinas” sob argumentos de que a negociação colocaria em risco o processo licitatório das respectivas usinas lançado pela ANEEL, com data marcada para o

MS 35192 MC / DF

dia 27/9 e de que o TCU desconhecia os termos da conciliação em andamento.

Argui que o procedimento instaurado na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União – CCAF encontraria respaldo em sinalização dada por este relator nos autos da AC nº 3980 (ao convocar audiência de conciliação entre as partes) e no art. 21, XII, “b”, da CF/88; e que o resultado da conciliação em tal caso necessariamente se submeteria à homologação do juízo da causa, nos termos do art. 36, §4º, da Lei nº 13.104/2013.

Sustenta, ainda, que o ato praticado pelo TCU atingiu diretamente a esfera jurídica da impetrante e que o perigo da demora é iminente, diante da realização do leilão marcado para o dia 27/9/17.

É o relato do necessário. Decido.

Tenho que é o caso de concessão da tutela de urgência.

Observo que o ato combatido no presente **mandamus** tem o seguinte dispositivo:

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

9.1. conhecer da presente Representação, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235, 237, inciso V, e 246 do Regimento Interno/TCU;

9.2. com fundamento nos arts. 246, § 2º, e 276, § 3º, do Regimento Interno/TCU, determinar à Advocacia Geral da União, ao Ministério de Minas e Energia, ao Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e ao Ministério da Fazenda, cautelarmente, que, até vir a ser proferida decisão de mérito do TCU sobre a matéria em discussão neste processo de Representação, se abstenham de adotar quaisquer condutas relacionadas a negociações com a Cemig Geração e Transmissão S.A relativas à concessão das Usinas Hidrelétricas de São Simão, Jaguará, Miranda e Volta Grande, inclusive a negociação admitida pelo Diretor da Câmara de Conciliação e Arbitragem

MS 35192 MC / DF

da Administração Federal da Advocacia Geral da União (CCAF) por meio da Nota 00191/2017/CCAF/CGU/AGU, ressalvada a hipótese de revogação ou anulação do Leilão Aneel 1/2017;

9.3. determinar a oitiva da Advocacia Geral da União, do Ministério de Minas e Energia, do Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e do Ministério da Fazenda, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentem:

9.3.1. fundamentos técnicos e jurídicos, explicitamente motivados nos termos do §1º do art. 50 da Lei 9.784, de 29/1/1999, que justifiquem a reabertura das negociações com a Cemig, a despeito da publicação do Edital do Leilão Aneel 1/2017;

9.3.2. os termos da proposta de acordo apresentada pela Cemig e de eventuais elementos subsequentes produzidos pelos órgãos e entidades envolvidos nas negociações;

9.4. realizar a oitiva da Cemig Geração e Transmissão S.A. para que, no prazo de 15 (quinze) dias, se manifeste, se assim desejar, sobre a matéria tratada nesta Representação, alertando-a quanto à possibilidade de o Tribunal vir a determinar que seja anulada a negociação admitida pelo Diretor da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal da Advocacia Geral da União (CCAF) por meio da Nota 00191/2017/CCAF/CGU/AGU;

9.5. alertar a Advocacia Geral da União, o Ministério de Minas e Energia, o Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e o Ministério da Fazenda que, na hipótese suscitada no subitem 9.2 desta deliberação acerca da revogação ou anulação do Leilão Aneel 1/2017, eventual retomada das negociações com a Cemig relacionadas às concessões das Usinas Hidrelétricas de São Simão, Jaguará, Miranda e Volta Grande estará condicionada à apresentação, a este Tribunal, dos fundamentos dessa decisão, nos quais restem devidamente demonstrados, sob pena de responsabilização das autoridades competentes, o interesse público tutelado com a medida e seus reflexos para o erário, para o consumidor de

energia elétrica e para a sustentabilidade do setor;

9.6. dar ciência desta decisão, mediante remessa de cópia do presente Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam:

9.6.1. ao Exmo. Ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal, Relator do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 34.203/DF e da Ação Cautelar 3.980/DF, informando-o de que a presente deliberação torna o art. 36, § 4º, da Lei 13.140, de 26/6/2015, aplicável à negociação admitida pelo Diretor da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal da Advocacia Geral da União (CCAF) por meio da Nota 00191/2017/CCAF/CGU/AGU;

9.6.2. à Advocacia Geral da União, ao Ministério de Minas e Energia, ao Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, ao Ministério da Fazenda e à Cemig Geração e Transmissão S.A., para que lhes sirva de subsídio na elaboração de suas respectivas manifestações;

9.6.3. à Agência Nacional de Energia Elétrica, ao Conselho Nacional de Política Energética e à Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República.”.

Sem adentrar na relevância da atuação da Corte de Contas no acompanhamento dos atos administrativos, tenho, nesse juízo precário, que o ato apontado coator, especialmente no que respeita aos itens 9.2 e 9.5 supracitados, **extrapolou as atribuições constitucionais concedidas ao nobre órgão de fiscalização e controle.**

Repiso que a deliberação cautelar do Tribunal de Contas da União foi no sentido de que a União se abstivesse “de adotar quaisquer condutas relacionadas a negociações com a Cemig Geração e Transmissão S.A relativas à concessão das Usinas Hidrelétricas de São Simão, Jaguará, Miranda e Volta Grande, inclusive a negociação admitida pelo Diretor da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal da Advocacia Geral da União”. No mesmo passo, determinou, ainda, o Tribunal de Contas da União que, na hipótese de deliberação

MS 35192 MC / DF

administrativa acerca da revogação ou anulação do Leilão Aneel 1/2017, eventual retomada das negociações com a Cemig relacionadas às concessões das Usinas Hidrelétricas de São Simão, Jaguará, Miranda e Volta Grande estaria condicionada à apresentação, ao TCU, dos fundamentos dessa decisão, nos quais restassem devidamente demonstrados, sob pena de responsabilização das autoridades competentes, o interesse público tutelado com a medida e seus reflexos para o erário, para o consumidor de energia elétrica e para a sustentabilidade do setor.

Do que se depreende do aludido acórdão cautelar, o Tribunal de Contas da União **condicionou a realização de acordo entre a União e a CEMIG, e bem assim a própria realização das tratativas, a manifestação prévia do órgão de controle quanto à viabilidade do ajuste.**

Essa negociação, todavia, importa destacar, tem origem em ações judiciais.

De fato, há em trâmite nesta Corte um recurso ordinário em mandado de segurança (RMS nº 34203) e respectiva ação cautelar (AC nº 3980), no bojo das quais se discute **o próprio direito à prorrogação contratual do Contrato de Concessão nº 7/97, firmado entre a União e a CEMIG.** Importa consignar que a origem desses feitos se deu com o MS nº 20.432/DF que tramitou no Superior Tribunal de Justiça, com proposição datada de 27/8/13, quando se iniciou, então, a celeuma acerca do direito ou não da impetrante CEMIG à prorrogação contratual e, ainda, do direito à prorrogação sob as mesmas bases do contrato nº 7/97 sem incidência de novel legislação (Lei nº 12.783/2013) surgida no curso do contrato.

Naqueles autos em curso nesta Corte, após tentativa frustrada de conciliação em âmbito judicial, este relator, em 3/8/17, lançou os feitos a pauta de julgamento mas, na sequência, já em 21/8/17, determinou o sobrestamento dos processos, ante o pedido de adiamento apresentado pela União, com notícia quanto à possibilidade de instauração de procedimento conciliatório perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF da Advocacia-Geral da

MS 35192 MC / DF

União.

A negociação que se encontrava em curso na CCAF, e restou paralisada pelo TCU, envolve, portanto, a busca de solução consensual de um conflito judicializado, o que encontra, importa desde logo destacar, base legal expressa no CPC/15:

“Art. 1º (...)

(...)

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

O TCU, a seu turno, funda sua deliberação, no que interessa ao presente **mandamus**, nos seguintes dispositivos de seu regimento interno:

“Art. 246. No curso de fiscalização, se verificado procedimento de que possa resultar dano ao erário ou irregularidade grave, a equipe representará, desde logo, com suporte em elementos concretos e convincentes, ao dirigente da unidade técnica, o qual submeterá a matéria ao respectivo relator, com parecer conclusivo.

§ 1º O relator, considerando a urgência requerida, fixará prazo de até cinco dias úteis para que o responsável se pronuncie sobre os fatos apontados.

§ 2º A fixação de prazo para pronunciamento não impede que o Tribunal ou o relator adote, desde logo, medida cautelar, de acordo com o disposto no art. 276, independentemente do recebimento ou da análise prévia das justificativas da parte.

Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou

mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.

(...)

§ 3º A decisão do Plenário, do Presidente ou do relator que adotar a medida cautelar determinará também a oitiva da parte, para que se pronuncie em até quinze dias, ressalvada a hipótese do parágrafo anterior”

Tais dispositivos constam, no RITCU, do título VIII, nominado “Medidas Cautelares”, e, desse modo, como instrumentos processuais que são, devem ser necessariamente lidos em conjunto com as atribuições materiais da Corte de Contas. São, destarte, as disposições constitucionais atinentes às atribuições do Tribunal de Contas da União:

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato

concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no

MS 35192 MC / DF

parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades”.

Da leitura da Constituição Federal de 1988, ressoa cristalino que ao TCU é dada a instauração – mesmo de ofício – de inquérito, inspeção ou auditoria nos órgãos da Administração Pública (inc. IV). Também é clarividente que, diante da constatação de ilegalidade, poderá a Corte de Contas assinar prazo para o exato cumprimento da lei (inc. IX) e, se não atendida sua determinação, pode inclusive sustar o ato impugnado (inc X), à exceção dos contratos, cuja paralisação é adotada diretamente pelo Congresso Nacional (§1º).

O campo de atuação cautelar delineado ao TCU, portanto, é parametrizado por constatações ou apontamentos de ilegalidades sendo então, diante deles, autorizado à Corte de Contas a adoção das providências a ela reservadas pela Constituição, lei e mesmo seu regimento interno. Importa, ainda, consignar que essas competências não se sobrepõem às competências (seja no aspecto administrativo, seja no aspecto político) dos gestores públicos e dos órgãos de representação do respectivo ente político, que permanecem com suas atribuições e responsabilidades constitucionais e legais igualmente preservados.

Sob esse duplo juízo, entendo – sem prejuízo do reconhecimento das relevantíssimas atribuições da Corte de Contas e sem pretender esgotar nesse exame precário o alcance das competências do TCU em casos como o presente – que no caso, houve extrapolação das competências constitucionais.

Retomando o que disse no início dessa decisão, no caso, o que se tinha, até o advento do acórdão do TCU, era uma tratativa, entre litigantes judiciais, com vistas à realização de um acordo que solucionasse a controvérsia entre eles instaurada desde o ano de 2013.

A realização de tratativas no sentido da conciliação entre as partes é, portanto, salvo taxativa demonstração em contrário, uma atuação legal,

de competência, ressalte-se, dos próprios litigantes.

Nesse passo, ainda que se admitisse que a Corte de Contas pudesse realizar acompanhamento dessa negociação e, eventualmente, até glosar suas cláusulas – apreciação que, como dito, não será feita nessa decisão precária, mas ao final do processo – **certo é que não pode a Corte de Contas paralisar a própria tratativa que compete somente às partes litigantes do feito judicial e que, no caso, inclusive, contou com a anuência deste juízo.**

Ao deliberar no sentido de que a continuidade das tratativas fica condicionada à posição do TCU sobre a viabilidade de eventual acordo, que sequer tem seus termos delimitados, **tenho que o Tribunal de Contas procedeu a uma substituição da esfera de atuação administrativa e política da União e, de outro lado, interferiu na discricionariedade das partes judiciais quanto ao interesse em conciliar e mesmo quanto aos termos em que eventualmente pretendam fazer o ajuste.**

No caso sequer se teve apontamento de legalidade pela Corte de Contas. Em verdade, **presumindo** que as negociações entre a União e a CEMIG em paralelo à publicação de edital de licitação seriam causa de imprevisibilidade da atuação estatal (pois concomitantemente o Governo estaria agindo pela captação de investidores potenciais no leilão e acenando, de outro lado, pela realização de ajuste com a atual concessionária de energia elétrica) **deliberou o TCU pela suspensão das negociações em curso** com o fim de evitar prejuízo ao interesse público.

Essa espécie de presunção, todavia, sob qualquer perspectiva, não autoriza a ordem de paralisação de tratativas voltadas a por fim a litígios judiciais ou à imposição de ônus de qualquer ordem à conciliação.

Aponto que o alegado prejuízo corresponde a mera presunção do órgão de controle porque o fato é que independentemente da negociação, já existe processo judicial em que se discute o próprio direito à prorrogação contratual (RMS nº 34203). **Já se tem com isso a possibilidade de interferência no desfecho do leilão em curso.** Não obstante, segundo notícia o próprio TCU, mesmo diante da existência do aludido processo judicial,

“o Roadshow PPI contou com a participação de diversos

grupos de investidores interessados em participar do Leilão Aneel 1/2017. Além disso, segundo notícia veiculada na imprensa (Jornal O Globo, de 28/8/2017, peça 80) haveria pelo menos sete grupos econômicos interessados nas UHEs anteriormente detidas pela Cemig e o setor de energia elétrica (instalação de linhas de transmissão e usinas hidrelétricas) conteria os ativos mais atrativos a serem concedidos ao setor privado, dentro de um pacote de 57 projetos de privatização anunciado pelo governo federal”

Não há base, portanto, para que se argua que a negociação em curso é causa geradora de incerteza adicional ao quadro jurídico já existente. Ao contrário, a negociação, no mesmo passo que eventual decisão judicial nos autos do RMS nº 34.203, teria o condão de por fim a eventual incerteza que ainda paire sobre o desfecho do leilão.

Não bastasse, ainda que se admitisse que, de fato, tal qual destacado pelo TCU, essa atuação paralela implicaria risco ao interesse público, a escolha por qual caminho percorrer competiria à Administração Pública – não à Corte de Contas – e, em se tratando de concessão de usinas hidrelétricas, poderia envolver até mesmo decisões de cunho político.

Ao deliberar, portanto, pela paralisação das negociações na CCAF para não prejudicar a realização do certame, o TCU procedeu a uma **nítida substituição do gestor público, do órgão de representação da União, e mesmo das partes litigantes do processo judicial.**

Sem esgotar, portanto, o exame do alcance das atribuições da Corte de Contas na apreciação dos acordos realizados pela União, por intermédio da CCAF, tenho que a decisão combatida extrapola qualquer juízo de controle do TCU sobre esse tipo de ajuste, **o que autoriza a concessão da tutela de urgência, para suspender o acórdão vergastado proferido nos autos do TC 025.657/2017-8.**

Pelo exposto, concedo a antecipação de tutela pretendida, para determinar a suspensão do acórdão do Tribunal de Contas da União proferido nos autos do TC 025.657/2017-8.

MS 35192 MC / DF

Publique-se.

Notifique-se a autoridade coatora para que preste as informações no prazo de lei.

Comunique-se aos órgãos responsáveis pelo cumprimento desta decisão.

Com ou sem informações, vista à douta Procuradoria-Geral da República para manifestação como custos legis .

Ciência à Advocacia-Geral da União, na forma da lei.

Brasília, 20 de setembro de 2017.

Ministro **DIAS TOFFOLI**

Relator

Documento assinado digitalmente