

Por cautela, o TCU pode tudo?

Para STF, TCU invadiu espaço do Executivo ao sustar processo de conciliação

ANDRÉ ROSILHO

04/10/2017 06:18

Atualizado em 04/10/2017 às 08:59



Foto: Gil Ferreira/SCO/STF

Alguns dos contratos de concessão de usinas hidrelétricas operadas pela Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG) venceram entre 2013 e 2017. A CEMIG não aceitou prorrogá-los antecipadamente mediante redução tarifária conforme a MP 579/2012 (convertida na lei 12.783/2013). Pleiteou que a prorrogação se desse na forma das regras contratuais. O impasse foi judicializado — primeiro no STJ (MS 20.432), depois no STF (RMS 34.203 e AC 3980).

Uma série de fatos demonstrava a preferência da União por licitar as concessões — p.ex., a edição da resolução 12/2017 pelo Conselho Nacional de Política Energética (estabelecendo parâmetros técnicos e econômicos para a licitação de empreendimentos de geração análogos aos da CEMIG); a edição da portaria 133/2017 pelo Ministério de Minas e Energia (exigindo que a ANEEL licitasse as usinas da CEMIG); a remessa ao TCU dos primeiros documentos do certame; a publicação do edital; a realização de *roadshow* com potenciais interessados nos contratos; e a republicação do edital.

Mas após o início da fase externa da licitação, o Executivo acenou com a possibilidade de prorrogar as concessões da CEMIG por acordo. O STF, inclusive, acatou o pedido de adiamento do julgamento das ações à luz da possível instauração de procedimento perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal da AGU.

No entanto, o TCU resolveu interferir. Impôs cautelarmente que a AGU e o Executivo se abstivessem “de adotar quaisquer condutas relacionadas às negociações com a CEMIG” e condicionou a retomada dessas negociações à demonstração do “interesse público tutelado com a medida e seus reflexos para o erário, para o consumidor de energia elétrica e para a sustentabilidade do setor”, “sob pena de responsabilização das autoridades competentes” (itens 9.2. e 9.5. do acórdão 1.971/2017-Plenário).

De fato, a União emitiu sinais contraditórios ao conduzir processos de licitação e de negociação em paralelo. Tem razão o TCU: esse tipo de postura é inconveniente, gerando incertezas. Mas não é ilegal. Assim, a ordem do TCU extrapolava suas competências. Isso fez com que o Min. Toffoli, do STF, a suspendesse (MS 35192), afirmando ter havido “substituição da esfera de atuação administrativa” e interferência “na discricionariedade das partes judiciais quanto ao interesse em conciliar”. A competência cautelar do TCU está bem delimitada pelo ordenamento (compete-lhe sustar atos por ilegalidade, dizem a Constituição e sua lei orgânica). Inconveniências não são ilegalidades.

O TCU não constatou ilegalidades em atos e não podia sustar um processo de conciliação. Foi por isso que o STF agora reagiu, mesmo tendo outrora reconhecido ao TCU um poder geral de cautela. Mas a reação ainda foi pontual. Não seria o caso de o STF rever a sua jurisprudência, reconhecendo com assertividade que não existe a ampla competência cautelar que o TCU tem invocado?

ANDRÉ ROSILHO – Professor da FGV Direito SP. Coordenador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Doutor em direito pela USP. Mestre em direito pela FGV Direito SP.