

INSTRUÇÃO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS

1. IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO

TC - 005.865/2015-8 NATUREZA DO PROCESSO: Desestatização. UNIDADE JURISDICIONADA: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).	ESPÉCIE RECURSAL: Pedido de reexame. PEÇA RECURSAL: R001 (Peça 39). DELIBERAÇÃO RECORRIDA: Acórdão 1293/2015-Plenário (Peça 36).	
NOME DO RECORRENTE Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)	PROCURAÇÃO N/A	ITEM RECORRIDO 9.2.1

2. EXAME PRELIMINAR

2.1. PRECLUSÃO CONSUMATIVA

O recorrente está interpondo pedido de reexame contra o Acórdão 1293/2015-Plenário pela primeira vez?	Sim
---	------------

2.2. TEMPESTIVIDADE

O pedido de reexame foi interposto dentro do prazo previsto na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU?

NOME DO RECORRENTE	NOTIFICAÇÃO	INTERPOSIÇÃO	RESPOSTA
Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)	29/05/2015 - DF (Peça 38)	15/06/2015 - DF	Sim

2.3. LEGITIMIDADE

Trata-se de recurso interposto por responsável/interessado habilitado nos autos, nos termos do art. 144 do RI-TCU?	Sim
--	------------

2.4. INTERESSE

Houve sucumbência da parte?	Sim
-----------------------------	------------

2.5. ADEQUAÇÃO

O recurso indicado pelo recorrente é adequado para impugnar o Acórdão 1293/2015-Plenário?	Sim
---	------------

2.6. OBSERVAÇÕES

Trata-se de Acompanhamento do primeiro estágio do Leilão Aneel 7/2015, cujo objeto é a concessão, pelo prazo de trinta anos, da prestação do serviço público de transmissão de energia elétrica, a

qual se consubstancia na construção, operação e manutenção das linhas de transmissão de energia e demais equipamentos relativos ao 2º Bipolo da Usina Hidrelétrica de Belo Monte/PA.

O processo foi apreciado por meio do Acórdão 1293/2015-Plenário (Peça 36), no qual o TCU consignou a seguinte determinação:

9.2. determinar à Aneel que:

(...)

9.2.1. utilize o menor valor de cotação obtida para o módulo de equipamentos das estações conversoras, ou seja, o da empresa Alstom, considerando-se uma tolerância de +20% no valor orçado, conforme informado pela fabricante;

Ressalte-se, a bem da maior efetividade das ações de controle empreendidas por esta Corte, pautadas na plena observância da supremacia do interesse público e com o propósito de salvaguardar o erário, que o item transcrito determina que a entidade jurisdicionada adote providência que, se não empreendida neste momento, pode tornar inócua e ineficaz a decisão prolatada.

Em regra, todo recurso de reconsideração, pedido de reexame e embargos de declaração, se tempestivos, têm efeito suspensivo com vistas a inibir que a decisão recorrida surta os seus efeitos.

No entanto, no presente caso, verifica-se que o transcurso de eventual lapso temporal, gerado até que se julgue o recurso, fará com que seja realizado o Leilão Aneel 7/2015, previsto para ocorrer em 17/07/2015, conforme publicação no Diário Oficial da União (peça 40), e, por conseguinte, seja selecionada licitante para contratação, tornando sem efeito o teor do decisum e os trabalhos de fiscalização/auditoria realizados por este Tribunal.

Nesse rumo, eventual efeito suspensivo a ser conferido ao presente recurso se evidencia prejudicial ao objeto da determinação, que restará sem nenhuma eficácia e inapta para o fim colimado, qual seja, o de evitar que recursos públicos sejam aplicados de maneira contrária à escorreita e judiciosa gestão orçamentário-financeira, posto que poderão ser ultimados atos administrativos tendentes à contratação do objeto do Leilão Aneel 7/2015, que será financiado por recursos públicos.

Nesse sentido, a fim de destacar o potencial risco de ineficácia de decisão prolatada por esta Corte de Contas, registre-se que o Acórdão 1879/2011-TCU-Plenário reconheceu a perda de objeto de determinação em face do fim da vigência do contrato celebrado, uma vez que o recurso interposto resultou na suspensão dos efeitos dos itens questionados.

Nesses termos, considerando que a determinação contida no acórdão recorrido deve ser cumprida pelo jurisdicionado, utilizando o menor valor de cotação obtida para o módulo de equipamentos das estações conversoras, considerando-se tolerância de +20% no valor orçado, é mister que o TCU, arrimado no seu poder geral de cautela, não conceda efeito suspensivo ao presente recurso com relação ao item em referência, com vistas a resguardar a eficácia da sua decisão.

A possibilidade de concessão de medida cautelar por esta Corte está assegurada pelo artigo 276 do Regimento Interno/TCU e, sobretudo, encontra amparo na jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

EMENTA

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, **possui legitimidade para a expedição de medidas**

cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem. (MS 24510/DF, grifou-se).

DECISÃO MONOCRÁTICA

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. PODER CAUTELAR. RETENÇÃO DE VERBAS. CONTRATO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. ART. 71, IX E §§ 1º E 1º DA CRFB. DOCTRINA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA (MS 30.924/DF).

Isso posto, para a concessão de tal medida é imprescindível que se configurem os requisitos necessários para a adoção da cautela, vale dizer, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No caso em apreço, a fumaça do bom direito existe em razão da própria decisão desta Corte, que entendeu necessário determinar.

O perigo da demora, por seu turno, mostra-se evidente diante do risco de que o interregno entre o conhecimento do presente recurso e o seu julgamento comprometa a eficácia da determinação proferida por este Tribunal, uma vez que a recorrente pode dar seguimento ao certame sem que ocorra o saneamento da irregularidade, caso mantido o entendimento da decisão recorrida.

Desse modo, primando pela máxima efetividade das decisões deste Tribunal tomadas no exercício de sua missão constitucional de assegurar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, propõe-se, cautelarmente, não conceder efeito suspensivo ao recurso em relação ao item acima mencionado.

Por oportuno, vale citar o Acórdão 902/2009 – TCU – Plenário, por meio do qual este Tribunal, acompanhando a proposta do Relator, Exmo. Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, manteve em seus exatos termos a certidão expedida por esta Secretaria de Recursos à Ecoplan Engenharia Ltda., líder do Consórcio Ecoplan Planave, na qual se ressalvou, com base no poder geral de cautela assegurado ao TCU, que o efeito suspensivo dos embargos de declaração opostos contra o Acórdão 327/2009 – TCU – Plenário não alcançaria o subitem 9.1.3 do acórdão embargado, transcrito abaixo, por se tratar de medida acautelatória adotada com o fim de preservar o patrimônio público:

9.1. determinar à Secretaria Especial de Portos da Presidência da República que, no âmbito do contrato nº AQ-96/2003-00:

(...)

9.1.3. efetue retenções dos valores indevidamente pagos nas faturas vincendas do contratado. (grifou-se)

Por intermédio do Acórdão 1508/2009 – TCU – Plenário, esta Corte de Contas, acompanhando mais uma vez a proposta do Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, apreciou agravo interposto pela Ecoplan Engenharia Ltda. contra a decisão supramencionada, negando a ele provimento.

Na mesma linha de entendimento encontra-se a admissibilidade relacionada ao recurso examinado no âmbito do TC 000.279/2010-2, interposto pela Construtora Celi Ltda., empresa contratada pelo município de Fortaleza/CE para construção de unidades habitacionais. Em despacho de admissibilidade, o Exmo. Ministro-Relator do recurso, Augusto Nardes, conheceu da peça apelativa, mas não concedeu efeito suspensivo em relação ao item do acórdão recorrido que determinava a retenção de parcela controversa do contrato.

Verifica-se, portanto, que este Tribunal já acolheu a tese de que o efeito suspensivo dos recursos não se estende a certas determinações cuja finalidade é de resguardar o erário público, sob pena de torná-la ineficaz, quando do julgamento de mérito do recurso.

Sobre esse aspecto, qual seja, o risco da ineficácia das decisões desta Corte, saliente-se que ao deliberar sobre o Processo TC 006.576/2012-5, em Sessão Ordinária realizada em 14/8/2013, este Tribunal, apreciando pedido de reexame em relatório de auditoria, discorreu acerca do tema. Na oportunidade, o Exmo. Ministro José Jorge externou a sua preocupação em situações em que o efeito suspensivo conferido a dadas deliberações em sede recursal pode, em última análise, tornar inócua a atuação desta Corte no seu mister constitucional de fiscalizar a gestão dos recursos públicos.

Não é demais lembrarmos, ainda, recentes decisões adotadas no âmbito desta Corte que encamparam tal posicionamento, a exemplo dos processos TCs 013.710/2011-7 e 019.535/2006-0, em que os eminentes relatores *ad quem*, acompanhando o posicionamento desta Serur, não concederam efeitos suspensivos a determinados itens recorridos que guardavam similitudes com os que ora se avaliam.

Em verdade, a proposta aqui alvitrada não difere, em essência, do já decidido por este Tribunal na paradigmática Decisão nº 188/95-Plenário, por meio da qual o TCU deliberou no sentido de:

6 - considerar como de caráter normativo o entendimento de que o efeito suspensivo dos pedidos de reconsideração e de reexame, bem como dos embargos de declaração, impetrados contra as Decisões do Tribunal, susta provisoriamente os efeitos das mesmas até o julgamento do recurso, mas não autoriza o recorrente a, antes do pronunciamento do Tribunal sobre o mérito do recurso, praticar qualquer ato ou adotar qualquer providência que direta ou indiretamente contrarie qualquer dos itens da decisão recorrida, sujeitando-se o infrator à multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/92, combinado com o art. 220, II, do Regimento Interno;

Nessa mesma direção, citem-se os Acórdãos 711/2009, 324/2009, 1398/2008, 501/2007, 266/2007, 392/2006, 1842/2005, 101/2004, todos do Plenário.

Por fim, traçando-se um paralelo com o Código de Processo Civil, nota-se que o art. 497, apesar de expressamente vedar a concessão de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, ao permitir que a decisão recorrida produza a eficácia que lhe é própria – porquanto são aqueles recebidos somente no efeito devolutivo, nos termos do artigo 542, § 2º, do CPC –, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) orienta-se, há tempos, no sentido de que é possível a propositura de ação cautelar para suspensão da eficácia da decisão recorrida mediante os recursos mencionados.

Ao apreciar a Petição nº 764-6-RJ, a 2ª Turma do STF acentuou que:

(...) como o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, esta Corte tem admitido, em situações limitadas e excepcionais, medida cautelar para lhe dar este efeito, nas hipóteses de proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação ou para garantir a eficácia da ulterior decisão da causa, desde que ele já se encontre a sua jurisdição. (Rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 22/10/93, p. 22.252).

Nessa esteira também é a jurisprudência do STJ, o qual, inclusive, já decidiu no sentido de adoção de medida cautelar em sede de recurso extraordinário ou especial ainda não interposto ou pendente de admissão na origem, conforme evidencia o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni, em *Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo*, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 516, *verbis*:

A decisão recorrível mediante recurso extraordinário ou recurso especial é eficaz desde logo – vale dizer, desde o momento em que prolatada. O fato de a decisão produzir efeitos de imediato gera a possibilidade de a decisão provocar danos na esfera jurídica da parte de maneira igualmente imediata. Observe-se que nesse caso a decisão pode causar dano ainda dentro do prazo que a parte dispõe para elaboração do recurso cabível ou mesmo durante o processamento desse recurso no tribunal de origem. Como a jurisdição é inafastável – e todos têm direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva –, é logicamente cabível a propositura de ação cautelar visando à suspensão da eficácia da decisão recorrida, mesmo que ainda não interposto o recurso extraordinário ou o recurso especial ou pendente o

recurso de admissão na origem. Portanto, presentes os pressupostos que autorizam a concessão do provimento cautelar, vale dizer, a plausibilidade do direito alegado e a probabilidade do dano, cabe a concessão da medida cautelar para suspender a eficácia da decisão, mesmo que ainda não interposto o recurso extraordinário ou o recurso especial ou que pendente o recurso de admissão na origem. (...) (STJ, 3ª Turma, AgRg na MC 13.123/RJ, rel. Min. Nancy Andrichi, j. em 20/9/2007, DJ 8/10/2007, p. 259).

É certo que, nos casos acima mencionados, a concessão de cautelar tem o intuito de conceder efeito suspensivo a recursos em que não há previsão legal para tanto, ao contrário do que se pretende nesta análise – abster de se conceder efeito suspensivo a recurso que tem previsão legal para recebê-lo nos seus efeitos suspensivo e devolutivo. Contudo, ressalta-se que o objetivo maior de ambas as situações é o mesmo, qual seja, garantir a tutela jurisdicional/administrativa adequada e efetiva. De nada adianta o direito à interposição de recurso, se, quando do seu julgamento, a decisão provavelmente carecerá de eficácia.

À vista dessas razões, conclui-se pela não concessão de efeito suspensivo ao item 9.2.1 do acórdão recorrido, por meio de concessão de medida cautelar, cujos pressupostos se encontram presentes neste caso concreto, conforme informado acima.

Além do mais, com o objetivo de não prejudicar o prosseguimento deste processo, de modo a permitir a continuidade do acompanhamento pela SeinfraElétrica dos segundo, terceiro e quarto estágios do Leilão Aneel 7/2015, é pertinente a constituição de processo apartado para a apreciação deste pedido de reexame, devendo essa proposta ser submetida à apreciação do Relator sorteado para tanto, nos termos dos arts. 37, 38 e 50, § 2º, da Resolução 191/2006 c/c arts. 278 e 285, § 1º, do Regimento Interno/TCU.

3. CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO PRELIMINAR

Em virtude do exposto, propõe-se:

3.1 preliminarmente, seja autorizada a constituição de processo apartado para a apreciação deste pedido de reexame, nos termos dos arts. 37, 38 e 50, § 2º, da Resolução 191/2006 c/c arts. 278 e 285, § 1º, do Regimento Interno/TCU, restituindo-se os autos originais à SeinfraElétrica para seu prosseguimento;

3.2 conhecer do pedido de reexame interposto pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), nos termos do art. 48 da Lei 8.443/92 c/c arts. 285 e 286, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, todavia **sem efeito suspensivo, cautelarmente**, ante a existência dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, com fundamento no poder geral de cautela assegurado a este TCU pelo próprio STF;

3.3 encaminhar os autos ao gabinete do relator competente para apreciação do recurso;

3.4 à unidade técnica de origem comunicar aos órgãos/entidades eventualmente cientificados do acórdão recorrido acerca da cautelar adotada no item 3.2, caso ratificada pelo Exmo. Ministro-Relator.

SAR/SERUR, em 19/06/2015.	Leandro Carvalho Cunha AUFC - Mat. 8188-4	Assinado Eletronicamente
------------------------------	---	--------------------------