CONCESSÃO — CONSÓRCIO — LICITAÇÃO

Tribunal de Contas da União
Proc. 650.012/95

GRUPO II — CLASSE V — PLENÁRIO

TC-650.012/95-0 (com quatro volumes)

Natureza: Acompanhamento. Licitação destinada à seleção de empresas interessadas na formação de consórcio para implantação e exploração da Usina Hidrelétrica de Itá — UHE ITÁ. Concorrência nº 20140020 — ELETROSUL.

Entidade: Centrais Elétricas do Sul do Brasil S.A. — ELETROSUL.

Responsável: Cláudio Ávila da Silva — Diretor-Presidente.

EMENTA: Acompanhamento de procedimento licitatório. Relatório de Inspeção. Legislação superveniente. Insubsistência de Decisão Preliminar. Determinação e comunicações.

Trata-se do acompanhamento de processo licitatório instaurado pela Centrais Elétricas do Sul do Brasil S.A. — Eletrosul.

À Centrais Elétricas do Sul do Brasil S.A., concessionária de serviços públicos de energia elétrica, com sede em Florianópolis/SC, é detentora da concessão outorgada pelo Decreto nº 88.015, de 03.01.83, para o aproveitamento da energia hidráulica de um trecho do Rio Uruguai, situado nos Municípios de Itá/SC e Aratiba/RS. Amparando-se no Decreto nº 915, de 06.09.93, a Eletrosul instaurou, em junho de 1994, a Concorrência nº 20140020, destinada à seleção de empresas consumidoras e/ou concessionárias públicas de serviços de energia elétrica interessadas na formação de consórcio para implantação e exploração da Usina Hidrelétrica de Itá — UHE ITÁ, localizada no trecho citado.

A SECEX/SC, com a finalidade de acompanhamento do processo licitatório em questão, procedeu, em 18.12.94, a uma diligência *in loco* na entidade. Verificou a existência de indícios de irregularidades e/ou falhas (fls. 01/08). Em razão disso, encaminhou representação a este Relator onde propôs fosse, preliminarmente, determinado à Eletrosul não proceder à formalização do contrato referente à Concorrência nº 20140020, até que o TCU se pronunciasse sobre a legalidade dos atos envolvidos. Sugeriu, ainda, a realização de inspeção na entidade, com a amplitude e profundidade necessárias do esclarecimento das questões levantadas, bem como para assegurar a verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos e fatos administrativos abrangidos pelo referido processo licitatório.

Por Decisão Preliminar de 20.01.95 (fl. 10), acolhi a proposta da Unidade Técnica e, com base no art. 134 (atual 140) do Regimento Interno c/c o disposto no art. 41, inciso II, da Lei nº 8.443/92, determinei à Eletrosul se abster de formalizar o contrato referente à licitação em questão, até que o Tribunal se pronuncie sobre a legalidade dos atos envolvidos no processo. Ainda, nos termos do art. 199 (atual 205), parágrafo único, do Regimento Interno, autorizei a SECEX/SC a dar imediato início à inspeção sugerida.

Essa Decisão Preliminar foi por mim comunicada a este Plenário — e acolhida pelo Co-

legiado —, na Sessão de 25 de janeiro último (*in* Ata nº 03/95).

Após realizar a inspeção, a Equipe da SECEX/SC produziu o relatório de fls. 17/32, onde salienta que as irregularidades/falhas ali apontadas foram causadas, em grande parte, por dois fatores básicos, a saber:

"a) falhas na elaboração do edital, causadas por imprecisões e/ou omissões em seus termos, acarretando sucessivos pedidos de esclarecimento por parte das proponentes, alterações no edital e seus anexos e necessidade de reelaboração da minuta do contrato; e

b) exigüidade do tempo previsto para a cronologia dos eventos envolvidos, que previu um prazo de apenas três meses entre o recebimento das propostas técnica e comercial e a assinatura do contrato do consórcio (fls. 11/12 do DOC 1, Volume I anexo a este processo), considerando-se a magnitude do empreendimento a ser contratado."

As questões tidas como mais relevantes pelo Grupo Auditor foram examinadas nos Títulos II, III e IV do relatório, quais foram:

Título II — Resumo das Irregularidades/Falhas Verificadas no Processo Licitatório (fls. 18/19).

Título III — Considerações sobre o Processo Licitatório (fls. 19/24).

Título IV — Análise das Falhas/Irregularidades Mencionadas no Título II (fls. 24/32).

Ao concluir (fl. 32) propôs o Grupo Auditor a audiência prévia do responsável pela Eletrosul para que este apresentasse justificativas ou esclarecimentos sobre os fatos constantes dos Títulos III e IV do relatório (itens 4 a 7, fls. 19/31) e subitens 12.4 a 12.6 do relatório preliminar (fls. 04/06).

Manifestou-se de acordo com essa proposta o Sr. Secretário de Controle Externo Substituto (fl. 32, *in fine*). E, por mim autorizado (fl. 33), encaminhou ao Diretor-Presidente da Eletrosul o expediente de fls. 34/36. Recebeu em resposta o Ofício nº PRE-049/95, datado do dia 3 de fevereiro último (fls. 37/44), o qual foi analisado pela Unidade Técnica às fls. 51/66.

A instrução da SECEX/SC entendeu que as justificativas oferecidas pelo responsável não elidem a maioria das impropriedades verificadas, que a seu ver contrariam as disposições da Lei nº 8.666/93. Propôs, por isso, com a concordância da Srª Secretária de Controle Externo, e com fundamento no art. 45 da Lei nº 8.443/92, c/c art. 189 (atual 195) do Regimento Interno deste Tribunal, fosse fixado o prazo de 15 dias para que a Eletrosul adotasse providências com vistas ao exato cumprimento da Lei, promovendo a anulação da Concorrência nº 20140020 e dos atos dela decorrentes.

Em face dessa proposta e ante a natureza da matéria tratada nestes autos, solicitei (fl. 66) o pronunciamento do douto Ministério Público junto ao TCU, que se manifestou em parecer conjunto dos então Procuradores, Dr. Walton Alencar Rodrigues (Procurador-Geral em Substituição, à época) e Dr. Lucas Rocha Furtado (fls. 67/72).

Os Representantes do Ministério Público acolheram em seu pronunciamento as conclusões da Unidade Técnica. Abordaram ainda questão relacionada com a aplicação de dispositivos do vetusto Código das Águas frente à Constituição Federal ora vigente.

Na Sessão de 15 de fevereiro último, submeti pela primeira vez este processo à apreciação do Plenário.

Naquela oportunidade, após a leitura que fiz do relatório, e em seguida ao pronunciamento do ilustre Representante do Ministério Público, o advogado nomeado pela Eletrosul apresentou sustentação oral, nos termos do art. 227 do Regimento Interno, com base em requerimento formalizado no dia anterior, em fax que me fora endereçado.

Após isso, o Senhor Ministro Adhemar Ghisi solicitou adiamento da discussão, invocando o dispositivo regimental pertinente (inciso I do art. 51).

Em conseqüência, a apreciação do processo foi adiada, nos termos do § 1º do mencionado art. 51 do RI/TCU, "até a segunda Sessão seguinte".

Quando a discussão da matéria se interrompeu, dessa forma, naquela Sessão de 15 de fevereiro, acabara de ser distribuído aos membros deste Plenário o texto do voto que teria pronunciado na ocasião, não fosse o adiamento, e cujas conclusões conduziam ao pleno

acolhimento das propostas da Unidade Técnica e do Ministério Público, no sentido de determinar à Eletrosul a anulação da concorrência, à vista das impropriedades verificadas no edital e na condução do processo de licitação.

Posteriormente, entretanto, ocorreu que o Diário Oficial da União do dia 21 de fevereiro publicou Despacho do Senhor Presidente da República, datado de 16 do mesmo mês, pelo qual Sua Excelência aprovou o Parecer nº GQ-58, onde o Advogado-Geral da União coincidentemente propunha a anulação da mesma concorrência examinada nestes autos.

Reincluído o processo em pauta, nos termos regimentais, proferi, na Sessão de 8 de março último, o voto em que analisei as questões até então postas nos autos.

Afirmei naquela ocasião que após analisar as justificativas do Senhor Presidente da Eletrosul, sem entretanto delas me convencer, e com base nas conclusões oferecidas no relatório de inspeção da SECEX/SC, e naquelas que de igual modo apresentaram os ilustres Representantes do Ministério Público junto ao TCU, o meu voto seria no sentido de que o Tribunal fixasse prazo para que a Eletrosul promovesse a anulação da Concorrência nº 20140020 e dos atos dela decorrentes, se tal determinação já não houvesse sido formulada pelo Senhor Presidente da República ao aprovar o referido Parecer nº GQ-58, do ilustre Advogado-Geral da União.

Registrei também que um representante do consórcio vencedor da concorrência então anulada dirigiu requerimento, datado de 06 de março de 1995, ao Senhor Ministro-Presidente deste Tribunal, afirmando ter "inegável interesse jurídico no resultado do processo" e pretendendo, em conseqüência, "o ingresso da peticionária no feito, com a suspensão do julgamento previsto para a próxima quarta-feira, 8 de março de 1995, oferecendo-se prazo de 15 dias para manifestação da peticionária e todos os direitos inerentes à ampla defesa, inclusive os de sustentação oral e recurso". Esse requerimento (fl. 259/260) foi-me encaminhado no dia anterior (7 de março) e, após analisá-lo, exarei no referido documento o despacho (fl. 261) que submeti à consideração da I. Presidência desta Casa, nos seguintes termos:

"Deixo de examinar o mérito da pretensão de afirmar-se 'parte do processo'. Entendo que o requerimento deve ser indeferido liminarmente, pelas seguintes razões:

1ª) o prazo para pedir sustentação oral expirou às 14,30 hs de 15 de fevereiro último, nos termos do art. 221 [atual 227] do Regimento Interno;

2ª) o adiamento do julgamento contraria o art. 45 [atual 51], § 1º, do mesmo Regimento, cujo comando é imperativo quanto à reinclusão do processo na pauta da sessão de 8 de março de 1995."

O mencionado pleito foi então indeferido pelo Sr. Ministro-Presidente Marcos Vinícios Vilaça, conforme comunicou Sua Excelência a este Plenário, na oportunidade (fl. 263).

Na referida Sessão de 8 de março p.p., após eu ter levado ao conhecimento do Plenário as minhas análises e considerações, iniciou-se, debate a respeito do Despacho exarado, em 07.03.1995, pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República e publicado no D.O.U. daquele dia (08.03.1995), em que Sua Excelência ao aprovar outro parecer da Advogacia-Geral da União, o Parecer nº GQ-61, constante do Processo nº 00400.001294/95-18, deferiu "o prazo de 10 (dez) dias úteis para que a Associação de Auto-Produtores Indepentes — A.A.I. ofereça a sua defesa, contado da publicação deste despacho no Diário Oficial da União."

Em razão disso, e por sugestão do Sr. Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, que foi por mim acolhida, este processo foi excluído da Pauta do dia, para oportuna reinclusão, acompanhando-se o andamento do Processo nº 00400.001294/95-18, na A.G.U. Oportuno salientar que, dado o efeito suspensivo do recurso, a decisão exarada pelo Senhor Presidente da República, no primeiro parecer da A.G.U., está com sua eficácia suspensa.

Posteriormente, por meio do expediente de fls. 264/269, a Associação de Auto-produtores Independentes interpôs recurso contra a decisão da Presidência desta Casa que lhe indeferira o pedido de manifestar-se nos au-

tos. Designado Relator desse recurso, por sorteio de 25/04/1995 (fl. 345), o Sr. Ministro Olavo Drummond submeteu a matéria à apreciação do Colegiado na Sessão do dia 19 deste mês (fls. 357/361). Acolhendo as conclusões do Relator, o Tribunal conheceu do recurso e deu-lhe provimento (Decisão nº 340/95-TCU — Plenário — fl. 362).

Retornando os autos ao meu Gabinete, considerando a nova legislação superveniente sobre a matéria tratada neste processo, principalmente a Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, que "estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos...", solicitei (fl. 363) novo pronunciamento do Ministério Público junto a este Tribunal.

Dessa forma, o Sr. Procurador-Geral, Dr. jatir Batista da Cunha, manifestou-se às fls. 364/368. A seguir transcrevo trecho do parecer do ilustre Representante do Ministério Público.

"....

II

Conforme consta dos autos, a licitação em tela vem sendo questionada em três diferentes frentes, a saber: neste Tribunal de Contas, no âmbito da Advocacia-Geral da União e no Poder Judiciário, por provocação da licitante perdedora e da Procuradoria da República em Santa Catarina.

Enquanto as questões tangenciadas pela Advocacia-Geral da União vinculam-se a controvertidas questões jurídicas, associadas a liceidade de a Eletrosul promover, por si mesma, sem a devida autorização legal, a transferência da concessão outorgada pela União (Decreto nº 88.015, de 3.1.83), ou mesmo a legalidade da prorrogação do prazo de concessão, os tópicos arrolados pela zelosa SECEX/SC vinculam-se, basicamente, a infringências ao novo Estatuto Federal de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93).

Urge mencionar, entretanto, a contínua alteração que vem sofrendo o ordenamento positivo regedor do regime de concessão de serviços públicos nos últimos tempos, a qual, sem dúvida, vem interferir profundamente na análise dos fatos constantes do presente processo.

Mencionem-se as publicações da Lei nº 8.987, de 13.2.95, que dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previstos no art. 175 da Constituição Federal, e da Lei nº 9.074, de 7.7.95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, enfocando principalmente os serviços de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

Evindencia-se, a toda prova, que o inconteste esforço legiferante das Casas do Congresso Nacional, procurando estabelecer novo sistema jurídico para o regime de concessões e autorizações do Poder Público, está sintonizado com a necessidade premente do aporte de novas fontes de receita, de origem privada, para a realização de importantes obras de infra-estrutura do país, particularmente no setor elétrico, onde o modelo estatizante vem dando sinais de saturação, à vista do esgotamento da capacidade de investimento do Estado.

Claro está, todavia, que as novas práticas adotadas pelas concessionárias federais de energia elétrica, como, *in casu*, a busca de parceiros para formação de consórcios de empresas destinados à implantação e exploração de unidades geradoras, vinham causando perplexidade no mundo jurídico, vez que inadaptados à antiga estrutura normativa, apoiada que estava no vetusto Código de Águas, de 1934.

Reconheça-se que a busca de financiamento de origem privada, no âmbito do Setor Elétrico, já de há muito vem sendo praticada. Os contratos de pré-venda de energia, como, por exemplo, aqueles firmados pela Eletronorte com consumidores industriais eletro-intensivos, abonados pelo art. 1º da Lei nº 5.962, de 10.12.73, vêm permitindo a continuidade de obras importantes para a Região Norte-Nordeste do País.

Por outro lado, como adiante se verá, a tentativa da rápida instrumentalização jurídica dessas novas concepções de atuação con-

junta entre Estado e iniciativa privada parece conduzir a antinomias de difícil solução, que exigirão das concessionárias e dos órgãos de controle estatal esforço ponderável na aplicação e na interpretação dos novos dispositivos legais, voltado para a harmonização do sistema jurídico positivo vigente.

III

Por exemplo, a nova Lei nº 8.987/95 parece por termo à discussão sobre a efetiva possibilidade de transferência de concessão com a prévia anuência do poder concedente, ao dispor, em seu art. 27, verbis:

'Art. 27. a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

Parágrafo único. Para fins de obtenção da anuência de que trata o *caput* deste artigo o pretendente deverá:

I — atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessária à assunção do serviço; e

II — comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.'

Ressalte-se que fica afastada a necessidade da extinção da concessão em vigor e da realização de licitação para a seleção de novo concessionário. Restringindo-se o escopo do *caput* do art. 175 da Constituição Federal, que estatui, na hipótese, a obrigatoriedade de procedimento licitatório, tem-se como abonada a possibilidade de transferência da concessão, satisfeitos os requisitos supra-elencados.

IV

Em relação à constituição de consórcios por empresas interessadas na geração de energia elétrica, mencione-se, inicialmente, o Decreto nº 915, de 6.9.93, sustentáculo normativo para a realização da concorrência em foco, mas que produziu veementes críticas vinculadas a sua excessiva abrangência, ao transpassar os limites do sintético artigo 201 do código de Águas de 1934, que pretendeu regulamentar.

A nova Lei nº 9.074, de 7.7.95, rompe com tal impasse, ao dispor em seu art. *verbis:*

'Art. 18. É autorizada a constituição de consórcios, com o objetivo de geração de energia elétrica para fins de serviços público, para uso exclusivo dos consorciados, para produção independente ou para essas atividades associadas, conservado o regime legal próprio de cada uma, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 1995.'

A edição desse dispositivo legal parece cumprir dois objetivos. O primeiro, de permitir a convalidação do Decreto nº 915/93, na hipótese de eventual incompatibilidade entre o mencionado dispositivo regulamentar e a ordem jurídica anterior. O segundo, mais abrangente, de viabilizar a constituição de consórcios para, além de atender de forma genérica aos consumidores de energia elétrica, para fins de serviço público, gerar energia para uso exclusivo dos consorciados.

Dessa forma, parecem encerrados os questionamentos quanto à viabilidade jurídica da alteração de objeto de antigas concessões, destinadas precipuamento ao serviço público de eletricidade. O direcionamento de parte ou de toda a energia produzida pela central geradora para o suprimento elétrico das empresas consorciadas passa a ser, com a publicação da Lei nº 9.074/95, alternativa compatível com o sistema jurídico vigente.

V

A prorrogação do prazo de concessões de geração de energia elétrica, outorgadas anteriormente à entrada da Lei nº 8.987/95 (art. 42 da Lei nº 8.987/95), passa a ser facultada à União, como assevera o art. 19 da novíssima Lei nº 9.074/95, *verbis:*

'Art. 19. A União poderá, visando garantir a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados, prorrogar, pelo prazo de até vinte anos, as concessões de geração de energia elétrica, alcançadas pelo art. 42 da Lei nº 8.897, de 1995, desde que requerida a prorrogação, pelo concessionário, permissionário

ou titular de manifesto ou de declaração de usina termelétrica, observado o disposto no art. 25 desta lei.

..... (emissis) .....'

Também as concessões de geração de energia elétrica concedidas sem licitação anteriormente a atual Carta Magna, cujas obras ou serviços estejam paralisados, ou aquelas que estejam com obras atrasadas, poderão ser prorrogadas pelo prazo necessário à amortização do investimento, desde que satisfeitas as condições elencadas no art. 20 da Lei nº 9.074/95, *verbis*:

'Art. 20. As concessões e autorizações de geração de energia elétrica alcançadas pelo parágrafo único do art. 43 e pelo art. 44 da lei nº 8.987, de 1995, exceto aqueles cujos empreendimentos não tenham sido iniciados até a edição dessa mesma Lei, poderão ser prorrogadas pelo prazo necessário à amortização do investimento, limitado a trinta e cinco anos, observado o disposto no art. 24 desta Lei e desde que apresentado pelo interessado:

I — plano de conclusão aprovado pelo poder concedente;

II — comprovante de participação superior a um terço de investimentos privados nos recursos necessários à conclusão da obra e à colocação das unidades em operação.

Parágrafo único. Os titulares de concessão que não procederem de conformidade com os termos deste artigo terão suas concessões declaradas extintas, por ato do poder concedente, de acordo com o autorizado no parágrafo único do art. 44 da Lei nº 8.987, de 1995.'

Com a promulgação do referido diploma legal, o Poder Público fica autorizado a prorrogar as concessões de geração de energia elétrica que se encontrem com obras atrasadas ou paralisadas por um período de tempo suficiente para a amortização dos novos investimentos. Para tanto, além de apresentar um plano de conclusão, que deverá ser aprovado pelo Poder concedente, o concessionário terá que apresentar um compromisso de participação mínima de um terço de capitais privados.

Observe-se que, nessa hipótese, não há falar em transferência de concessão, na medida em que a participação da iniciativa privada se resume a mero aporte de capitais.

VI

Além da possibilidade genérica de formação de consórcios de empresas com objetivo de geração de energia elétrica (art. 18), da nova Lei nº 9.074/95, na Seção V do Capítulo II, que trata 'Da Prorrogação das Concessões Atuais', faculta ao concessionário a associação com terceiros na modalidade de consórcio empresarial, como se depreende dos termos de seu art. 21, *verbis*:

'Art. 21. 'É facultado ao concessionário incluir no plano de conclusão das obras, referido no inciso I do artigo anterior, no intuito de viabilizá-la, proposta de sua associação com terceiros na modalidade de consórcio empresarial do qual seja a empresa líder, mantida ou não a finalidade prevista originalmente para a energia produzida.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo aos consórcios empresariais formados ou cuja formação se encontra em curso na data de publicação desta Lei, desde que já manifestada ao poder concedente pelos interessados, devendo as concessões ser revistas para adaptá-las ao estabelecido no art. 23 da Lei nº 8.987, de 1995, observado o disposto no art. 20, inciso II e no art. 25 desta Lei.'

Cumpre destacar a explícita autorização legislativa para o deferimento, pelo poder concedente, de transferência da concessão, da concessionária para o consórcio, com possibilidade de alteração de seu objeto, que poderá englobar, portanto, a utilização, pelos consorciados, da energia que vier a ser gerada.

Mais que isso, o parágrafo único do art. 21 objetiva convalidar situações jurídicas ocorridas no passado, quais sejam, processos de formação de consórcios, findos ou em andamento, entre empresas privadas e concessionárias, com vistas à prorrogação das concessões de obras de geração paralisadas ou atrasadas.

A questão que se põe diz respeito à exigibilidade ou não de procedimento licitatório para a seleção das empresas que integrarão o consórcio.

Pelo sistema introduzido pela Lei nº

8.987/95, que legitima a transferência da concessão pela simples anuência do poder concedente, sem necessidade de certame licitatório (art. 27), e pela Lei nº 9.074/95, que permite a constituição de consórcios visando à prorrogação de concessões atuais (art. 21), parece evidente o intuito do legislador de afastar o princípio da obrigatoriedade de licitação na constituição dessa modalidade de associação consorcial entre capitais públicos e privados.

Este Ministério Público reconhece que a nova sistemática criada pelos diplomas legais em referência altera profundamente o encaminhamento do presente feito.

Isso, porque, em tese, todos os óbices de natureza jurídica levantados pela Advocacia-Geral da União, atinentes à viabilidade jurídica da transferência e da prorrogação da concessão, assim como as falhas detectadas pela unidade técnica desta Corte, associadas a pretensas irregularidades no certame licitatório que selecionou as empresas participantes de consórcio para implantação e exploração da UHE Itá, seriam incapazes de impedir à Eletrosul o exercício incondicional da faculdade prevista no parágrafo único do art. 21 da Lei nº 9.074/95, mediante a adaptação do contrato de concessão ao estabelecido no art. 23 da Lei nº 8.987/95.

VII

Pelo exposto, à vista das disposições legais supervenientes, que tornam dispensável a abertura de prazo de defesa para o consórcio A.A.I., propõe este Ministério Público que esta Corte determine o acompanhamento dos procedimentos subseqüentes, a serem efetivados pela Eletrosul, especialmente na adaptação do contrato de consórcio entre a empresa estatal e a Associação de Auto-Produtores Independentes — A.A.I. às novas disposições legais pertinenes, bem como que o Eg. TCU torne insubsistente a v. Decisão preliminar de fls. 10, do Exmo. Sr. Ministro-Relator."

É o Relatório.

VOTO

Conforme assinalei no relatório precedente, este processo teve sua apreciação suspensa em vista de fatores externos supervenientes, que aconselharam eminentes Colegas a proporem, com minha aquiescência, a postergação de seu exame.

No ínterim, a sanção da Lei nº 9.074, em 7 do corrente mês de julho, dando seguimento a disposições insertas na Lei 8.987, de 13 de fevereiro deste ano, alterou substancialmente o regime jurídico de regência de situações como a que aqui se analisava e que agora se reavalia.

A incorporação ao mundo do direito positivo do citado diploma legal impõe, a meu ver, a reinclusão em pauta deste processo, pois não mais se justifica, ante esse fato novo, mantê-lo sobrestado, mormente porque sua sustação contém o desenvolvimento de importante projeto de alto interesse econômico-social para a Região Sul do país.

Como bem demonstra o eminente Procurador-Geral em exercício Dr. Jatir Batista da Cunha, em seu sólido e arguto parecer, o Ministério Público junto ao TCU "reconhece que a nova sistemática criada pelos diplomas legais em referência alteram profundamente o encaminhamento do presente feito" — e isto porque — "parece evidente o intuito do legislador de afastar o princípio da obrigatoriedade de licitação na constituição dessa modalidade de associação consorcial entre capitais públicos e privados".

Conclui portanto o Senhor Representante do MP que, "todos os óbices de natureza jurídica levantados pela Advocacia-Geral da União, atinentes à viabilidade jurídica da transferência e da prorrogação da concessão, assim como as falhas detectadas pela unidade técnica desta Corte, associadas à pretensas irregularidades no certame licitatório que selecionou as empresas participantes do consórcio para implantação e exploração da UHE Itá, seriam incapazes de impedir à Eletrosul o exercício incondicional da faculdade prevista no parágrafo único do art. 21 da Lei nº 9.074/95, mediante a adaptação do contrato

de concessão ao estabelecido no art. 23 da Lei nº 8.987/95".

Em conclusão, entende o Senhor Procurador que se torna dispensável a abertura de prazo para defesa do consórcio A.A.I., pois que não mais subsistem razões que se oponham a seus legítimos interesses neste processo, os quais obviamente se traduzem no desiderato de assinar o contrato com a Eletrosul. Propõe o Senhor Procurador, em conseqüência, que o Tribunal declare insubsistente a decisão que determinou à Eletrosul abster-se de assinar o contrato com o consórcio A.A.I., recomendando-se apenas que esta Corte mantenha o acompanhamento das providências que a Eletrosul agora deve adotar para adaptar o contrato do consórcio com os investidores privados, que juntamente com a estatal completarão e explorarão o empreendimento hidrelétrico em causa, adaptações essas que se deverão fazer sob a égide das novas disposições legais recém-sancionadas.

Após rever todo o processo, e especialmente diante da sólida e objetiva argumentação expendida pelo ilustre Representante do Ministério Público, como Relator, concordo inteiramente que, diante da nova situação juridicamente constituída neste últimos meses, essa passa a ser a linha de decisão cabível.

A nova legislação, ampla e longamente discutida no Congresso Nacional e sancionada pelo Senhor Presidente da República após intensas consultas e debates, abre possibilidades, inexistentes na legislação anterior, para que, independentemente de processo licitatório, consórcios pré-existentes ou em vias de formação possam explorar concessões no setor hidrelétrico, sob a liderança do concessionário originariamente detentor da mesma concessão. Endosso plenamente essa interpretação de que a Lei especial claramente dispensa de licitação a escolha dos consorciados, assim como sua eventual e futura substituição, desde que com a anuência do Poder concedente. Com efeito, torna-se muito mais racional atrair investidores de capital de risco, para compartilhar as incertezas do negócio com a entidade estatal, do que estar esta a aumentar o endividamento público para alavancar recursos com aquela mesma finalidade. E, como bem assinala, em empreitada dessa natureza não se transfere a concessão; logo, não há que falar na exigência do art. 2º da Lei nº 8.666/93, pois não se está contratando a concessão com terceiros.

Aí portanto fica desde já solidamente embasada a inexigência de processo de licitação para os consórcios entre investidores e o concessionário original, desde que este continue a deter a condição de líder do consórcio (art. 21, da Lei nº 9.074/95).

Identifica-se nessa nova legislação o claro objetivo de conferir ao Governo da República instrumentos novos para alavancar o desenvolvimento e promover a retomada dos projetos de geração de energia hidrelétrica, não só como condição essencial para a revitalização da economia nacional, como até mesmo para que não venhamos a enfrentar, em muito curto prazo, racionamento de energia em todas as cidades.

Sendo assim, reconheço igualmente terem perdido objeto os questionamentos levantados pela instrução original, pelo que não cabe mais a discussão quanto ao processo licitatório objeto do edital nº 20140020. Embora válidas à luz da legislação da época, não mais subsistem as objeções então suscitadas, pois a nova legislação dispensa o processo licitatório para casos tais como o aqui examinado. Assim, por estarem afastados os óbices de índole legal que de início pesavam sobre o processo aqui examinado, me inclino, como Relator, a Votar no mesmo sentido indicado pelo Senhor Representante do Ministério Público, ou seja, pela insubsistência da Decisão que originariamente sustou a assinatura do contrato, indicando agora o novo caminho legalmente aberto para que a Eletrosul possa formalizar o consórcio com a A.A.I., observada a nova legislação que veio convalidá-lo, e recomendando-se o acompanhamento dessas medidas pela Unidade Técnica competente da Secretaria desta Corte.

Finalmente, para pleno rigor formal, proponho igualmente tornar insubsistente a decisão pela qual este Plenário, na Sessão de 08/03/95, resolveu adiar a apreciação deste processo, para reincluí-lo em pauta de sessão extraordinária a ser convocada após decidido

o recurso impetrado no âmbito da AGU. Pelos motivos muito bem expostos pelo Senhor Procurador-Geral, em seu parecer, não mais se justifica essa dilação do exame da matéria.

Nesses termos, voto no sentido de que o Tribunal adote a Decisão que submeto ao Plenário.

Sala das Sessões, em 26 de julho de 1995.

Carlos Átila Álvares da Silva, Ministro-Relator

— Fala do Ministro Adhemar Paladini Guisi

"Senhor Presidente, gostaria, nesta oportunidade, de congratular-me com o Exmo. Sr. Ministro Carlos Átila pela Decisão que acaba de propor ao Colegiado.

É certo que o País, e sobretudo as Regiões Sudeste e Sul, enfrentará em breve as agruras de uma crise energética. A imprensa vem noticiando que o colapso na geração de energia deverá ter início já a partir do ano de 1997. A situação é agravada pela falta de perspectivas, a curto prazo, da conclusão de novos empreendimentos no Setor. Nesse contexto, o prosseguimento das obras de implantação da Usina Hidrelétrica de Itá constitui significativo avanço no sentido da minimização dos efeitos nefastos provocados por crises de tal natureza, possibilitando a continuidade, e até mesmo o incremento dos atuais níveis de produção dos Estados do centro-sul do Brasil.

Contudo, além de exaltar a importância sócio-econômica da obra, impõe-se destacar sua juridicidade, definitivamente selada com a edição da Lei nº 9.074, de 07 de julho deste ano, que estabeleceu normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

De fato, o art. 21 da mencionada Lei legitimou todos os procedimentos adotados pela Eletrosul, conforme lucidamente expôs o digno Representante do Ministério Público, ao permitir, em seu *caput* e Parágrafo único, a associação de concessionário com terceiros para viabilização das obras destinadas à geração de energia elétrica, na forma de consórcio empresarial do qual seja a empresa líder (no caso da Eletrosul), "mantida ou não a finalidade prevista originalmente para a energia produzida".

A extensão dessa faculdade aos consórcios empresariais já formados ou em formação na data da publicação dessa Lei, e a possibilidade de prorrogação das concessões pelo prazo necessário à amortização do investimento, limitado a trinta e cinco anos, conferida pelo art. 20 da mesma norma, puseram fim a toda discussão que ainda se pretendesse estabelecer, tornando clara a única direção a ser seguida, que é o acompanhamento dos procedimentos subseqüentes a serem efetivados pela Eletrosul com vistas à adaptação ao prescrito no art. 23 da Lei nº 8.987/95, consoante mandamento inserido no Parágrafo único do art. 21 da Lei nº 9.074/95."

— Fala do Ministro Homero Santos

"Senhor Presidente, acompanhando o Voto do eminente Ministro Carlos Átila Álvares da Silva e, a exemplo do que acaba de expressar o eminente Ministro Adhemar Paladini *Ghisi*, desejo, inclusive, congratular-me com o excelente trabalho apresentado."

— Fala do Ministro Olavo Drummond

"Senhor Presidente, faço minhas as palavras do Ministro Homero Santos".

— Fala do Ministro Bento José Bugarin

"Senhor Presidente, desejo apresentar minhas congratulações ao Ministro Carlos Átila, pelo primoroso relatório e principalmente pelas conclusões a que chegou no voto e na decisão que ora propõe. Entendo que essa legislação moderna, recente, que trata das concessões de serviços públicos, é adequada ao momento que vive nosso País, já que visa, exatamente, a trazer como alternativa ao modelo superado de exclusiva participação do Estado no desenvolvimento dessas atividades, o aporte de capitais privados, que possam viabilizar e alavancar os recursos vultosos necessários a esses empreendimentos. Sabido que o Estado não tem condições de realizar tais investimentos é imprescindível que o setor privado se alinhe às iniciativas públicas e assuma determinadas tarefas, por intermédio do sistema de concessões.

O Ministro Carlos Átila, como sempre, com sua capacidade analítica e alto poder de compreensão dos objetivos colimados pelos tex-

tos legais. deu-nos uma visão muito precisa daquilo que se pretende com essa nova legislação sobre concessões, especificamente no setor energético. Sua Excelência, realmente, como frisou em certo trecho de seu relatório e voto, propiciou ao Tribunal dar uma solução objetiva, que não retardasse o início das obras, que exigem investimentos tão vultosos e que são de tanto interesse para o desenvolvimento da região sul do País.

Assim, Senhor Presidente, sinto-me feliz e gratificado em poder dar o meu voto a favor da decisão proposta pelo Min. Carlos Átila."

— Fala do Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha

"Senhor Presidente, eu também peço vênia aos meus colegas para endossar todas as considerações que foram feitas em torno do Voto que acaba de pronunciar o eminente Ministro Carlos Átila. Participei com muito empenho na decisão de 20.01.95, no início deste ano, durante as férias, logo após o término delas e vejo que a legislação subseqüente, a legislação superveniente faz com que este Tribunal tenha agora de mudar os rumos daquela orientação. Com as minhas congratulações, eu acompanho o Voto do eminente Relator."

— Fala do Procurador, Dr. Jatir Batista da Cunha

"Senhor Presidente, com a permissão de V. Exª, manifesto-me, inicialmente, agradecendo ao Ministro Átila. É uma oportunidade que o Tribunal tem também de mostrar que, está afinado com a modernização e quer colaborar com o país nesse esforço de debelar esse atrazo tecnológico e essa decisão, se mostra singular, porque como S. Exª mesmo ressaltou, inúmeras outras obras poderão estar na esteira dessa primeira aí. É um setor básico, que é o de energia elétrica, do qual depende muito o país. Obrigado."

— Fala do Presidente, Ministro Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça

"Senhor Ministro Carlos Átila, a Presidência também quer juntar cumprimentos a tantos quantos merecidamente foram feitos a Vossa Excelência. E, se não traí as lições de meu pai que do alto dos seus 81 anos ainda é um bom latinista, quero dizer a Vossa Excelência que não lhe caberá nunca aquela sentença condenatória de Horácio, quando ele falava que *'time é o homem ne uniu os libres'*".

DECISÃO Nº 358/95 — PLENÁRIO

1. Processo nº TC-650.012/95-0

2. Classe de assunto: V — Acompanhamento Licitação destinada a seleção de empresas interessadas na formação de consórcio para a implantação e exploração da Usina Hidrelétrica de Itá — UHE Itá.

Concorrência nº 20140020 — Eletrosul. Interrupção de julgamento. Retomada da apreciação do processo em face de nova legislação superveniente.

3. Responsável: Cláudio Ávila da Silva — Diretor-Presidente

4. Entidade: Centrais Elétricas do Sul do Brasil S.A. — Eletrosul

5. Relator: Ministro Carlos Átila Alvares da Silva

6. Representante do Ministério Público: Dr. Jatir Batista da Cunha;

7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo em Santa Catarina — SECEX/SC.

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento nas disposições da Lei nº 8.443/92, e à vista do contido nas Leis nº 8.987/95 e nº 9.074/95, DECIDE:

8.1. considerar que, nos termos dos artigos 20 e 21 da Lei nº 9.074/95, não se requer procedimento licitatório para que a concessionária de projeto de geração de energia hidrelétrica inclua no plano de conclusão das obras do mesmo projeto a associação com terceiros, na modalidade de consórcio empresarial do qual seja a empresa líder;

8.2. tornar insubsistente a decisão preliminar de 20.01.95, comunicada ao Plenário na Sessão de 25.01.95, que determinou à Eletrosul abster-se de formalizar o contrato referente à formação do consórcio com a "Associação de Autoprodutores Independentes (A.A.I.) "para a exploração da concessão da Usina Hidrelétrica de Itá, bem como a decisão de 08/03/95, que adiou a apreciação do presente processo;

8.3. determinar à SECEX/SC que mantenha

o acompanhamento das providências a serem adotadas pela Eletrosul para adaptar os termos do contrato de consórcio com a "Associação de Autoprodutores Independentes (A.A.I.)" às novas disposições legais (Leis nº 8.987 e 9.074, ambas de 1995); e 8.4. comunicar esta Decisão, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentam, ao Senhor Ministro das Minas e Energia, ao Senhor Advogado-Geral da União e ao Presidente da Eletrosul.

9. Ata nº 33/95 — Plenário

10. Data da Sessão: 26/07/95 — Ordinária

11. Especificação do *quorum:*

11.1. Ministros presentes: Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça (Presidente), Adhemar Paladini Ghini, Carlos Átila Álvares da Silva (Relator), Homero dos Santos, Olavo Drummond; e os Ministros-Substitutos Bento José Bugarin e Lincoln Magalhães da Rocha.

Marcos Vinicios Villaça, Presidente — Carlos Átila Álvares da Silva, Ministro-Relator