

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Luis Hiroshi Sakamoto, Luiz Armando Crestana, Marcos Aurélio Madureira da Silva, Marcos Vinícius de Almeida Nogueira, Radyr Gomes de Oliveira e Rodrigo Moreira em face do Acórdão 726/2019-TCU-Plenário, por meio do qual o Tribunal negou provimento aos recursos de reconsideração por eles interpostos contra o Acórdão 454/2017-TCU-Plenário, que julgou irregulares suas contas e aplicou-lhes multas individuais de R\$ 5.000,00 por ocasião do julgamento da prestação de contas anual da Amazonas Distribuidora de Energia (AME) relativa ao exercício de 2014.

2. Nesta oportunidade, os embargantes alegam que a deliberação recorrida estaria eivada de omissões, pois, em resumo, não teriam sido analisados: i) os documentos que comprovariam a adoção de ações adequadas pelas diretorias da Amazonas Distribuidora de Energia S.A (AME); ii) o argumento de que o serviço de energia elétrica seria de natureza continuada e, portanto, não seria coerente segregar período específico de tempo para fins de avaliação técnica consistente (contratos de anos anteriores seriam vigentes no ano em curso); iii) o argumento relativo à ocorrência de invasões não controladas, que resultaram na criação de grupo integrado de prevenção às invasões em áreas públicas por meio do Decreto Estadual 36.015/2015; iv) o argumento de que a redução de perdas não técnicas dependeria de mudança de cultura da população.

3. Em acréscimo, informam sobre declaração do Diretor Geral da Aneel no sentido de que teria sido heroica a gestão da AME, diante da insuficiência de recursos de que disporia para sua gestão, e defendem que os resultados deficitários da empresa decorreram da defasagem no fluxo de recursos para cobertura de despesas com geração de energia no estado do Amazonas e da necessidade de operação com valores de despesas operacionais superiores aos reconhecidos nas tarifas.

4. Satisfeitos os requisitos atinentes à espécie, os presentes embargos devem ser conhecidos, com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992.

5. Preliminarmente, acerca da natureza dos embargos declaratórios, julgo relevante transcrever o seguinte excerto do Acórdão 1.218/2015-TCU-Plenário:

“Antes de tratar especificamente dos argumentos trazidos pelos embargantes, lembro que essa espécie recursal, cujo objetivo é sanar eventuais omissões, obscuridades ou contradições, não deve ser manejada para rediscussão de mérito, o que representa, na prática, a possibilidade de repetição de um mesmo recurso, ferindo os princípios da singularidade, da isonomia e da celeridade processual. Os embargos declaratórios devem ter como fundamentação a obscuridade (falta de clareza na redação do julgado), contradição (existência de proposições inconciliáveis entre si) e omissão (falta de pronunciamento judicial sobre matéria que deveria ter sido apreciada pelo juiz).”

6. Em reforço, pertinente destacar a natureza das contradições e omissões embargáveis, consoante elucidativa explanação contida no Acórdão 3.339/2013-TCU-1ª Câmara:

“A omissão para o acolhimento dos declaratórios é a que diz respeito à questão que deveria ter sido apreciada pelo colegiado mas não o foi. Não constitui omissão ou contradição a adoção de entendimento diverso do preferido pela parte, segundo seus próprios critérios de justiça e de acordo com sua particular interpretação das leis e da jurisprudência. Não há falar em omissão quando o acórdão analisa todas as questões submetidas a exame e as decide com base em teses jurídicas, jurisprudência, interpretação de leis e análise dos fatos que são diversos dos que os jurisdicionados entendem como mais adequados.

(...) a contradição deve estar contida nos termos do *decisum* atacado, este compreendido no âmbito desta Corte como o conjunto: Relatório, Voto e Acórdão. Não cabe alegação de contradição entre o acórdão embargado e ‘doutrina’, ‘jurisprudência’ ou mesmo ‘comando legal’. A alegação é pertinente em recurso de reconsideração ou pedido de reexame, no qual o comando atacado é

contrastado com a jurisprudência, a doutrina e o ordenamento jurídico. Entretanto, é descabida em embargos de declaração, cuja única finalidade é esclarecer ou integrar a decisão embargada, excepcionalmente modificando-a.”

7. Dito isso, relembro que, no voto que fundamentou o Acórdão 726/2019-TCU-Plenário, registrei minha anuência às análises empreendidas pela unidade instrutora naquela oportunidade, as quais incorporei às minhas razões de decidir. Assim, além do voto, todo o conteúdo transcrito no relatório compõe o arrazoado que resultou na negativa de provimento dos recursos de reconsideração então interpostos.

8. Transcrevo, a seguir, excertos do relatório do acórdão embargado em que a unidade instrutora registrou os argumentos dos recorrentes e as análises correspondentes:

“6.1. Defende-se nos recursos que os gestores da Amazonas Distribuidora de Energia não deixaram de adotar as medidas técnicas e financeiras razoavelmente possíveis para a redução das perdas não técnicas de energia elétrica em sua área de concessão em 2014, e que ações para a redução de forma mais acelerada estavam fora de suas alçadas, o que permite o afastamento da sanção que lhes foi aplicada, segundo os argumentos a seguir:

a) condições socioeconômicas locais, extremamente voláteis, com frequência impedem o reflexo positivo imediato do planejamento e das ações empresariais voltadas ao combate de tais perdas;

b) por essa razão, na auditoria dos autos do TC 021.469/2016-4, constatou-se que: ‘(...) é inegável a adoção de medidas pela empresa no sentido de cumprir a decisão do Tribunal, pois conforme registrado no Relatório de Gestão, exercício de 2015, várias ações foram desencadeadas na esfera administrativa e judicial para reduzir ou eliminar o déficit causado pelos desvios e fraudes de energia elétrica, por meio de inspeções em unidades consumidoras, que geraram em 2015 o quantitativo de 14.370 processos administrativos, correspondendo a 88.221.945 kWh, alcançando o montante de R\$ 40.246.541,33’;

c) no ano de 2014, conforme já informado nestes autos, foram realizadas 122.169 inspeções em unidades consumidoras, com a identificação e correção de 73.544 irregularidades (fraudes, desvios e falhas na medição), num percentual de assertividade de 60%, o que contribuiu com a recuperação em energia de 122.668 MWh;

d) não é razoável esperar que as medidas adotadas surtam efeitos prontamente, e sim que seus frutos surgirão com o passar do tempo;

e) o relatório deste TCU aponta como causas fatores alheios à vontade da Amazonas Energia, como por exemplo o aumento do furto de energia e a dificuldade de atuação em áreas não regularizadas pelos poderes públicos estaduais e municipais (invasões), que têm impacto imprevisível e incontornável sobre as medidas implementadas pela empresa;

f) as dificuldades alheias à empresa, que não só não são atribuíveis à AME como escapam à gestão ou controle ou mesmo atuação direta desta, levaram ao não atingimento das metas da Aneel, mas sequer houve atribuição de penalidades aos gestores à época, cabendo somente recomendação por parte dessa agência;

g) a criação do Grupo Integrado de Prevenção às Invasões em Áreas Públicas (GIPIAP) foi fruto da iniciativa da AME com o Governo do Estado para atuar face à crescente proliferação de áreas invadidas na cidade de Manaus, conforme largamente noticiada pela imprensa local, exatamente pela impossibilidade de atuação da empresa sem a presença da Segurança Pública;

h) dentro do programa de expansão de redes para regularização de consumidores clandestinos, houve o atendimento de um número bem expressivo de logradouros da capital, conforme demonstram os dados, mas esse esforço de regularização é diretamente afetado pelas ações precedentes do governo local, pelas restrições orçamentárias enfrentadas pela AME e pela desconfiança da própria população;

i) fruto de um comportamento social ainda predominante, é comum a reincidência nas irregularidades mesmo após o investimento por parte da empresa na regularização da medição,

sendo que no período 2012-2016 cerca de 4,5% das unidades consumidoras tiveram mais de um processo de irregularidade aberto e no período de 2011-2017 a AME registrou 141 boletins de ocorrência;

j) mesmo considerando que os grandes responsáveis pelo índice de perdas (fraudes e furtos) escapam à competência e às possibilidades da Amazonas Energia, a empresa tem planejado e executado ações que minimizam essa situação, tais como a blindagem da medição de energia de grandes consumidores atendidos em média-tensão (cerca de 40% do faturamento), o que significa condições mais modernas incorporadas ao processo de medição/leitura (de coleta manual para um processo de aquisição remota dos dados de leitura e de seu processamento automático). No ano de 2014, a Diretoria Comercial instalou 942 equipamentos de medição externa;

k) aspectos de ordem regulatória devem ser considerados por esta Corte de Contas, na apreciação do presente caso: i) em 2016, a Aneel decidiu não renovar as concessões de distribuidoras de energia, dentre elas, a Amazonas Energia, sendo apontadas como razões para a insustentabilidade econômica da concessão os custos operacionais, as perdas não técnicas e a qualidade do serviço; ii) como solução para o déficit das empresas houve o acesso a recursos de fundos setoriais, possibilitando investimentos específicos nessas áreas; iii) a edição da Lei 13.299/2016 (que inclui o art. 4º-A na Lei 12.111/2009) sinalizou que o poder concedente teve uma melhor compreensão do grau de dificuldades para se combater as perdas não técnicas de energia em área tão adversa, ao admitir uma nova trajetória de perdas para o período 2016-2025;

l) ao dever de prestação adequada do serviço público corresponde o direito de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão (cita Lei 8.987/1995), e o que foi considerado como gestão antieconômica pela TCU neste processo na verdade é reflexo de um desequilíbrio econômico-financeiro estrutural da concessão, não causado pelos gestores da Amazonas Energia;

m) o TCU, ao frisar que houve pouco investimento para a mitigação das perdas, não levou em consideração a situação deficitária da empresa que, em 2014, teve um prejuízo e mais de R\$ 342 milhões;

n) a convicção registrada no item 1.6 do voto proferido no Acórdão 457/2017 de que o atingimento dos padrões determinados pela Aneel não tornaria a gestão eficiente, corresponde a uma incompreensão dos sinais regulatórios, e que segundo os 'Procedimentos de Regulação Tarifária' da Aneel, quando não se atinge a meta, haverá o estabelecimento de uma trajetória de redução, considerando a realidade enfrentada pela empresa, como os fatores exógenos à gestão (ex., furtos e invasões);

o) a Aneel, por meio da Nota Técnica 331/2016, reconheceu que a solução dos gargalos depende de as concessionárias obterem uma remuneração adequada para fazer frente aos investimentos necessários para a melhoria dos seus indicadores de perdas técnicas e não técnicas, condições estas inatingíveis nos termos em que era prestado o serviço público de distribuição de energia elétrica pela AME, razão pela qual o contrato de concessão não foi renovado;

p) para sanar as dívidas das concessionárias de energia elétrica, jamais atribuíveis aos gestores, a Lei 13.360/2016 possibilitou o uso de recursos oriundos do pagamento da bonificação de outorga das concessionárias do grupo Eletrobrás no montante de até R\$ 3,5 bilhões;

q) a adoção de ações que possam reduzir de forma mais acelerada o nível de perdas da Amazonas Energia depende de alterações provocadas pelo Poder Concedente e Aneel para manter o equilíbrio econômico-financeiro, e estão fora da alçada de decisão de seus Diretores.

Análise

(...)

6.5. Sabe-se que, pelos problemas externos à empresa apresentados tanto no Relatório de Gestão quanto nesta oportunidade pelos recorrentes, essa redução das perdas não técnicas não alcançaria 100% de uma hora para a outra, mas deveria caminhar paulatinamente ano a ano para índices aceitáveis. Ademais, é de se esperar que a empresa, ao elaborar o Plano de Redução de Perdas de Energia Elétrica, tenha levado em consideração todos os fatores exógenos expostos pelos

recorrentes e estabelecido uma meta razoável.

6.6. Ocorre que não foi isso que se observou no exercício de 2014. No Relatório de Gestão não há informação sobre uma meta de redução de energia específica para esse exercício, por exemplo, de 'x' pontos percentuais (pp) em relação ao ano anterior, constando apenas o referencial estipulado pela Aneel. E conforme apontado no voto condutor da deliberação combatida, a AME experimentou um índice real de perda não técnica sobre o mercado de baixa tensão de 102,65%, superior em quase 2,5 vezes à meta pactuada de 41,54% (peça 87, p. 2).

6.7. Vale ressaltar que na tabela comparativa dos percentuais reais de perdas não técnicas sobre a energia injetada, entre as diversas distribuidoras de energia do Brasil (peça 15), a Amazonas Energia é a distribuidora que apresenta o maior índice de perdas entre aquelas que atuam no território nacional. Registre-se que, nessa tabela, pode-se verificar que as 10 empresas com tarifas mais baixas que a AME, no ranking apresentado pelos recorrentes (peça 112, p. 152) tem nível de perdas menor que essa empresa. Nesse sentido, sem entrar no mérito se as tarifas praticadas no Estado do Amazonas são insuficientes ou não, observa-se que empresas com tarifas menores conseguem reduzir a perda de energia e devem enfrentar a maioria dos problemas elencados na defesa dos recorrentes.

6.8. Em relação a aspectos de ordem regulatória e a afirmação de que o déficit da empresa é reflexo de um desequilíbrio econômico financeiro estrutural da concessão, destaca-se que as alterações da Aneel, ao estabelecer uma nova trajetória de perdas para o período 2016-2025, não querem dizer que o índice de 2014 é um índice aceitável.

6.9. Ressalta-se que as alterações regulatórias e legislativas ocorreram a partir de 2016 e, neste caso concreto, que trata das contas de 2014, cabe verificar se a atuação dos gestores da empresa nesse exercício, em atenção ao princípio da anualidade das contas.

6.10. Nos recursos que ora se examinam, os responsáveis trataram o problema de forma geral. Na documentação apresentada pelos recorrentes quase não há registro de ações de 2014, senão vejamos: as matérias jornalísticas datam de 2015, 2016 e 2017 (peça 112, p. 94-108); entre os boletins de ocorrência, somente dois são de 2014 (peça 112, p. 111-125); e os contratos para aquisição de equipamentos são de 2010 e 2013 (peça 112, p. 127-145). Ademais, há apenas um documento em que se relaciona áreas regularizadas em 2014 (peça 112, p. 108).

6.11. Relativamente à afirmação de que as medidas implementadas, muitas das vezes, não surtem o pronto efeito esperado, e que seus frutos surgirão com o passar do tempo, salienta-se que as perdas de energia em 2015 e 2016 voltaram a crescer, consoante os Relatórios de Gestão desses exercícios, integrantes dos TCs 033.500/2016-9 e 034.214/2017-8.

6.12. Especificamente em 2014, a empresa alcançou um prejuízo de cerca de R\$ 342,5 milhões. Diversos fatores têm afetado o resultado da companhia, e não há como negar que entre eles destacam-se as perdas elétricas não técnicas (R\$ 529,3 milhões). Nesse sentido, os próprios recorrentes informam que a Aneel em suas manifestações, aponta como razões dessa insustentabilidade econômica três condições fundamentais: custos operacionais, perdas não técnicas e qualidade do serviço. Naturalmente que empresas em situação assim reduzem despesas com investimentos e precisam mais e mais da atuação de seus dirigentes.

6.13. No contexto do exercício de 2014, o alto índice das perdas não técnicas de energia macula as contas de todos os diretores da empresa, pois cabia ao seu alto escalão implementar medidas para a redução de tal índice e estabelecer controles internos com vistas a acompanhar a execução de forma a efetuar os ajustes necessários para os casos em que a meta não fosse atingida. Assim, conclui-se que as alegações dos recorrentes não são capazes de modificar o juízo deste Tribunal e afastar a cominação da multa que lhes foi imposta.”

9. Em acréscimo, no voto que fundamentou o Acórdão 726/2019-TCU-Plenário, consignei o seguinte:

“17. Conforme destacado pela unidade instrutora, o problema enfrentado pela AME no que tange às perdas não técnicas não é novidade. Desde 2007, esta Corte tem alertado a empresa quanto à

necessidade de se adotarem ações para sua redução. Embora se reconheça, de maneira geral, que, ao longo do tempo, algumas medidas nesse sentido foram adotadas, a avaliação dos resultados da empresa evidencia a ineficácia dessas medidas.

18. Em acréscimo às análises empreendidas pela Serur, comento que a linha argumentativa ofertada pelos recorrentes padece de falhas lógicas que reforçam a improcedência das razões recursais.

19. As perdas não técnicas constituem um risco inerente ao negócio de distribuição de energia elétrica. Cabe ao distribuidor adotar medidas para mitigá-las, sob pena de inviabilizar o próprio negócio.

20. Nesse sentido, pode-se dizer que a volatilidade das condições socioeconômicas regionais não constitui um evento pontual, imprevisível, impossível de ser antecipado, um elemento surpresa ao qual caberia aos gestores meramente reagirem. Trata-se de uma condição de contorno que deveria ser mapeada, considerando margens de erro factíveis, e levada em consideração pelos gestores da AME na elaboração de um planejamento estratégico que viabilizasse seu negócio.

21. No presente caso, a ineficiência com que o assunto tem sido conduzido pela empresa é tamanha que, no exercício de 2014, as perdas não técnicas corresponderam à impressionante cifra de R\$ 529,3 milhões. Diante desse valor, não se pode considerar que o resultado deficitário da empresa foi a causa da ineficiência da gestão para mitigação das perdas; ao contrário, as perdas não técnicas foram uma das principais causas desse resultado deficitário, que foi de R\$ 342 milhões.

22. Em acréscimo, ressalto que, apesar de aparentar razoabilidade o argumento dos gestores de que os resultados das medidas implementadas em um exercício apenas seriam perceptíveis no futuro, tal ilação veio desacompanhada de elementos probatórios que a corroborassem. Em verdade, a situação fática delineada pelos relatórios de gestão de 2015 e 2016 apontam em sentido oposto, já que houve incremento nas perdas de energia nesses exercícios, conforme informação trazida pela unidade instrutora.”

10. Relembro que os responsáveis foram responsabilizados pela **inefetividade** das medidas adotadas para redução das perdas não técnicas, como se pode depreender do Acórdão 454/2017-TCU-Plenário e dos ofícios de audiência (peças 22, 26, 27, 29, 44, 70). Embora os recorrentes tenham logrado comprovar que foram adotadas medidas com a intenção de reduzir essas perdas e que a empresa passava por dificuldades financeiras, em momento algum restou comprovado que as medidas por eles adotadas produziram resultados significativos, seja no ano de 2014, seja nos anos subsequentes.

11. Os argumentos adicionais trazidos pelos responsáveis, registrados no item 3 deste voto, não poderiam ser objeto de embargos, pois não integraram as razões recursais julgadas por meio do Acórdão 726/2019-TCU-Plenário. Entretanto, ainda que constituíssem matéria embargável, as alegações tampouco seriam aptas a comprovar a efetividade das medidas adotadas no combate às perdas não técnicas.

12. A uma, porque a declaração do Diretor Geral da Aneel tem caráter meramente opinativo.

13. E a duas, porque não se pode ignorar que as perdas somaram R\$ 529,3 milhões, e o resultado deficitário foi de R\$ 342 milhões. Portanto, ainda que a defasagem no fluxo de recursos para cobertura de despesas com geração de energia no estado do Amazonas e a necessidade de operação com valores de despesas operacionais superiores aos reconhecidos nas tarifas tenha impactado negativamente o resultado da empresa, não é palatável a tentativa de fazer parecer menos representativas as perdas não técnicas quando se avalia o resultado apresentado pela AME.

14. Em verdade, a maioria das presentes razões recursais já foram analisadas na deliberação *a quo* e todas as questões foram decididas, não caracterizando omissão o fato de não terem sido adotadas as teses e interpretações preferidas pelo embargante.

15. Na realidade, ficou claro que a maioria das ilações lançadas consistem em tentativa de rediscutir o mérito da matéria decidida por este Colegiado. Contudo, tal finalidade é incabível na

espécie recursal eleita, a qual é via estreita destinada tão somente a integrar ou esclarecer a decisão impugnada. Se os embargantes querem demonstrar seu inconformismo com o resultado do julgamento e reinstalar a discussão jurídica já apreciada pelo Tribunal, deverão fazê-lo pelas vias recursais adequadas, pois extrapola os limites dos embargos de declaração o re julgamento da causa.

16. De tal modo que, inexistindo quaisquer contradições, obscuridades, omissões ou quaisquer outros vícios a serem sanados na deliberação atacada, devem ser rejeitados os presentes embargos.

17. Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 12 de junho de 2019.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator