VOTO

Trago à apreciação deste Colegiado processo referente ao Relatório da Auditoria realizada com objetivo de avaliar as obras de implantação da Linha de Transmissão (LT) Sobral III – Acaraú II 230kV C2, com ampliação da Subestação Acaraú II, situada nessa cidade do Estado do Ceará, de responsabilidade da Companhia Hidroelétrica do São Francisco – Chesf.

2. A fiscalização em referência foi aprovada por meio do Acórdão 664/2016 – Plenário (rel. min. Raimundo Carreiro), proferido nos autos do TC-011.421/2015-0 (Fiscobras 2016), estando o empreendimento inserido no Programa de Trabalho 30.32226.25.752.2033.5107.0020, que abrange a "Ampliação do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica na Região Nordeste, do Orçamento de Investimento das Empresas Estatais".

3. Consoante visto no Relatório precedente, a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel deflagrou o edital de Leilão 6/2010 que tinha por escopo a outorga de concessão para prestação do serviço público de "transmissão de energia elétrica, incluindo a construção, a operação e a manutenção das instalações de transmissão da rede básica do sistema interligado nacional e das instalações de interesse exclusivo das Centrais de Geração para Conexão Compartilhada – ICG, composto dos Lotes A, B e C".

4. Com vistas à sua participação nesse certame, a Chesf pré-selecionou fornecedores para ofereceram propostas em regime de empreitada global, convidando empresas que faziam parte do seu cadastro e que apresentavam situação regular para ofertar serviços, materiais e equipamentos requeridos.

5. A Chesf se sagrou vencedora do Lote C do Leilão 6/2010 e, por conseguinte, firmou com a Aneel o Contrato de Concessão 21, de 23/11/2010, cujo objeto consistia na execução de obras para "Instalações de Transmissão de Rede Básica e Instalações de Transmissão de Interesse Exclusivo de Centrais de Geração para Conexão Compartilhada – ICG".

6. Em específico, o empreendimento que receberá atenção na presente fiscalização corresponde ao Lote C da referida disputa, composto de instalações de rede básica (LT Sobral III – Acaraú II, CS 230 kV; e Subestação Acaraú II, 230 kV) e ICG (Transformadores Elevadores 69/230 kV, 2 x 100 MVA na SE Acaraú II), assim divisado:

6.1. as instalações de rede básica compreendem a linha de transmissão Sobral II – Acaraú II, em 230 kV, constituída pelo segundo circuito simples (C2) com extensão aproximada de 97 km, com origem na Subestação Sobral III e término na Subestação Acaraú II, localizadas no Estado do Ceará; e pela Subestação Acaraú II, 230 kV, na qual constam entradas de linha, reator de barras, barramentos, módulos gerais, instalações vinculadas e demais instalações necessárias às funções de medição, supervisão, proteção, comando, controle, telecomunicação, administração e apoio; e

6.2. a ICG é integrada por dois transformadores elevadores 69/230 kV, 100 MVA e suas respectivas conexões à Subestação Acaraú II, interligação de barras, barramentos, transformador de aterramento, módulos gerais, instalações vinculadas e demais instalações necessárias às funções de medição (inclusive de faturamento), supervisão, proteção, comando, controle, telecomunicação, administração e apoio.

7. Para a execução dos serviços referentes ao Contrato de Concessão 21/2010, a Chesf entabulou as seguintes avenças:

Contrato	Contratada	Valor em R$	Objeto
90.2011.1900.00	Consórcio Acaraú formado pelas empresas: Indústria, Construções e Montagens Ingelec S. A. – Incomisa (08.237.411/0001-07); Multiempreendimentos Engenharia Consultiva Ltda.	20.369.526,37	Elaboração de projeto básico padrão Aneel, liberação fundiária da faixa de servidão (exceto pagamento das indenizações), serviços de engenharia, projeto executivo, fornecimento de materiais

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 69537416.

	(09.265.110(0001-50); e Procable Energia e Telecomunicações S. A. (02.513.112/0002-52).		(exceto cabo condutor) e construção das linhas de transmissão de 230kV, que compõem o Lote C do Leilão de Transmissão 6/2010.
90.2011.2660.00	Procable Energia e Telecomunicações S. A.	2.401.941,00	Fornecimento de 258.829,87 m de cabo CAA 795 MCM Tern.
90.2011.1160.00	Consórcio formado pelas empresas: Alstom Grid. Energia Ltda. (CNPJ 05.356.949/0001-42) e Philus Engenharia Ltda. (CNPJ 81.082.679/0001-07).	26.457.356,19	Projetos básico e executivo, fornecimento de materiais e equipamentos, obras civis e montagem eletromecânica, comissionamento e operação assistida, relativos às subestações que compõem o Lote C do Leilão de Transmissão 6/2010.
92.2011.0510.00	Consplan – Consultoria e Planejamento Ltda. (CNPJ 10.992.188/0001-55)	987.499,98	Execução de serviços de obtenção das licenças e autorizações ambientais e arqueológicas requeridas para todas as fases do empreendimento associado ao Lote C do Leilão de Transmissão 6/2010.
Total		50.216.323,54	

8. Registre-se que os ajustes indicados na tabela acima foram pactuados mediante dispensa de licitação, com base no art. 32 da Lei 9.074/1995, o qual dispõe que "a empresa estatal que participe, na qualidade de licitante, de concorrência para concessão e permissão de serviço público, poderá, para compor sua proposta, colher preços de bens ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação."

9. Atualmente, a obra está concluída, tendo a linha de transmissão entrado em operação somente em setembro de 2015, com atraso total de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses em relação à data prevista no contrato da concessão para o início do funcionamento comercial (peça 41, p. 11).

10. A fiscalização foi executada pela antiga Secretaria de Controle Externo no Estado do Ceará – Secex/CE em 2016 (peça 41), com a participação da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica – SeinfraElétrica, que atuou na supervisão (peça 42) e na emissão do "Parecer de unidade especializada" (peça 44).

11. Ultimados o Relatório e os despachos a cargo da SeinfraElétrica e da Secex/CE, os autos vieram ao Gabinete com a proposta de realizar oitiva da Chesf e diligência à mesma Companhia, em razão dos seguintes achados de auditoria: i) oitiva: a) por atrasos: na mobilização da equipe responsável pela gestão fundiária do empreendimento, na obtenção do licenciamento ambiental para as obras relativas ao Lote C do Leilão 6/2010 e na elaboração do projeto executivo da implantação da linha de transmissão (Sobral III – Acaraú II) e/ou do início das obras previstas nesse empreendimento após a emissão da declaração de utilidade pública; e b) e pela assinatura, em 5/3/2015, do 5º Aditivo ao Contrato 90.2011.1900.00, com revisão dos preços e alteração da data, em desacordo com o art. 65, inciso II, alínea **d**, da Lei 8.666/1993; e ii) diligência para que a Chesf encaminhasse ao Tribunal cópia de todas as medições dos serviços realizados sob a égide do precitado contrato (peça 41 a 44).

12. Ao despachar nos autos, autorizei que fossem deflagradas as medidas processuais indicadas no item precedente (peça 45). Em consequência, a entidade trouxe ao conhecimento do Tribunal os elementos insertos às peças 52 e 56.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 69537416.

13. Após examinar a manifestação e os documentos juntados ao processo pela Companhia, a Secex/CE sugeriu a audiência dos Srs. Antônio Varejão de Godoy e José Ailton de Lima, ex-diretor-presidente e ex-diretor de engenharia e construção da Chesf, respectivamente, para que apresentassem razões de justificativa acerca das ocorrências que se seguem (peças 86 e 87), o que foi por mim acolhido mediante despacho (peça 88):

> a) "descumprimento ao art. 87 da Lei 8.666/1993 que prescreve a sanção da contratada em caso de inexecução total ou parcial do contrato, tendo em vista que a empresa Indústria, Construção e Montagens Ingelec S/A. - Incomisa deixou de cumprir a ordem de início dos serviços expedida em 31/1/2014, de maneira injustificada, permanecendo nessa situação até 1º/8/2014, quando foi expedida nova ordem de serviço, considerando, ainda, que o cronograma da obra (Contrato CTN 90.2011.1900.00) já se encontrava vencido em anos, acarretando grave perda de receita operacional para a Chesf; que esta já fora multada em R$ 3,02 milhões justamente pela leniência absoluta no cumprimento dos prazos acordados, podendo perfeitamente voltar a ser apenada pelo órgão regulador pelo mesmo motivo (cf. alerta à pç. 72, p. 135); e, por fim, que a contratada agia oportunisticamente, condicionando dissimuladamente o início de obras urgentes ao atendimento de demandas desarrazoadas (cf. itens 47/52 desta instrução)"; e
>
> b) "assinatura, em 5/3/2015, do 5º Aditivo ao Contrato CTN-I 90.2011.1900.00, com revisão dos preços do contrato e alteração da data-base, em desacordo com o art. 65, inciso II, alínea **d**, da Lei 8.666/1993, uma vez que não foi demonstrada a imprestabilidade dos índices da Fundação Getúlio Vargas utilizados na fórmula contratual de reajuste, não havendo fundamentação legal para a alteração do preço do contrato em razão de outros índices apontarem para reajustes maiores ou com base na refeitura do orçamento da obra com preços emprestados de outra licitação (itens 53/57)".

14. Em instrução inserta à peça 126, confirmada pelo escalão dirigente (peça 127 e 128), a Secex/CE analisou as defesas oferecidas pelos ex-agentes para esclarecer as falhas especificadas acima, interpretando, quanto à celebração de termo aditivo, que os responsáveis não lograram demonstrar a existência de choque de preços não previstos na fórmula de reajuste do contrato que causasse desequilíbrio econômico e financeiro da avença.

15. Sobre a não aplicação das sanções contratuais à empresa Indústria, Construções e Montagens Ingelec S/A (doravante chamada de Incomisa), igualmente não foi acatada a defesa oferecida pelos responsáveis, pois, acerca da alegação de que não haviam sido liberados completamente os terrenos afetados pela linha de transmissão, a unidade técnica entendeu que existem evidências no processo de que o avanço na instituição das servidões administrativas permitia o início dos serviços sem maiores problemas.

16. Em consequência, a Secex/CE propôs a rejeição das justificativas apresentadas e a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, aos Srs. Antônio Varejão de Godoy e José Ailton de Lima. Também foi sugerido recomendar à Empresa de Pesquisa Energética – EPE que avaliasse "a conveniência e oportunidade de incluir entre os estudos necessários ao delineamento dos leilões de obras de transmissão a elaboração de metodologia de avaliação das glebas a serem afetadas pelas obras objeto do leilão, contendo os parâmetros mínimos que servirão de base para a negociação com os proprietários".

17. Estando os autos no Gabinete, os responsáveis ofereceram novos elementos em 19/5/2017 (peça 129), razão pela qual determinei o retorno do processo para reanálise (peça 130). Em 15/6/2020, foram juntadas justificativas adicionais do ex-diretor-presidente e do ex-diretor de engenharia e construção da Chesf (peças 132 a 134). Em essência, os ex-agentes trouxeram informações referentes às falhas que foram objeto de audiência (descumprimento ao art. 87 da Lei 8.666/1993 e 5º Aditivo ao Contrato 90.2011.1900.00).

18. A instrução de mérito final coube à SeinfraElétrica, que examinou as novas defesas ofertadas (peças 129 e 132 a 134). Segundo essa unidade especializada, as alegações referentes à

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 69537416.

assinatura do 5º Aditivo foram suficientes para sanear a irregularidade, porquanto foi justificada nos autos a utilização de outros índices adequados, que não os previstos no contrato, para revisão de preços.

19. Quanto à não aplicação de sanção à contratada (cf. determina o art. 87 da Lei 8.666/1993), a Secretaria instrutiva sugeriu a manutenção da irregularidade, uma vez que os elementos trazidos ao conhecimento do Tribunal não afastaram a falha, pois houve passividade da Chesf ante o descumprimento, pela Incomisa, da ordem de início dos serviços emitida em 31/1/2014, uma vez que, somente em 20/3/2014, a Incomisa solicitou pedido de revisão de preços e, em 9/6/2014, apresentou o detalhamento do pedido mediante a oferta da composição dos custos.

20. Acerca da sugestão de recomendação direcionada à EPE, embora fosse pertinente à época da instrução pela Secex/CE, a SeinfraElétrica opina que atualmente seria medida desnecessária, haja vista que a questão estaria superada desde 2017, porque a EPE passou a incluir nos estudos dos projetos de transmissão levados à leilão o relatório intitulado "R5 - Estimativa de Custos Fundiários para Aquisição de Área e Liberação das Faixas de Servidão", que faz parte da documentação das licitações do seguimento.

21. Finalmente, o processo veio concluso ao Gabinete com a proposta de: a) acatar as razões de justificativa referentes à assinatura do 5º Aditivo ao Contrato 90.2011.1900.00 e rejeitar as relativas à não aplicação de pena à contratada; b) impor multa individual aos Srs. Antônio Varejão de Godoy e José Ailton de Lima, com base no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992; e c) autorizar o parcelamento, se solicitado, e a cobrança judicial das dívidas, bem como enviar de cópia do acórdão a ser adotado aos responsáveis e à Chesf.

II

22. Fixadas as análises de mérito e as sugestões de encaminhamento oferecidas pelas Secretarias que atuaram nos autos, passo ao exame das questões que permeiam o processo.

23. Como visto no Relatório precedente e na contextualização acima, dois foram os achados de auditoria que resultaram na audiência dos ex-agentes da Chesf, a saber: a) desatendimento ao art. 87 da Lei 8.666/1993, por deixar de impor sanção à contratada em caso de não execução total ou parcial da avença; e b) assinatura, em 5/3/2015, do 5º Aditivo ao Contrato 90.2011.1900.00, com revisão dos preços do contrato, em possível desacordo com o art. 65, inciso II, alínea **d**, da Lei 8.666/1993 (dispositivo que prevê a possibilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença por acordo das partes), uma vez que não teria sido demonstrada a imprestabilidade dos índices da Fundação Getúlio Vargas utilizados na fórmula contratual de reajuste.

24. A Chesf e o consórcio liderado pela Incomisa entabularam, em 16/5/2011, o Contrato 90.2011.1900.00 (LT 230 kV Sobral III/Acaraú II C2) para execução de projeto executivo, serviços de engenharia, construção e fornecimento de materiais, exceto cabo condutor, para implantação da linha de transmissão (LT) 230 kV Sobral III/Acaraú II C2 (**v**. tabela no item 7 acima). O valor inicial do ajuste era de R$ 20.369.526,37, dos quais R$ 11.653.493,16 se referiam à construção da LT.

25. Executadas as etapas anteriores (serviços de engenharia, projeto executivo e fornecimento de materiais) e reunidas as condições para o início da construção, haja vista o licenciamento ambiental e a progressiva liberação fundiária, a Chesf autorizou o início dos serviços em 31/1/2014.

26. Ocorre que a Incomisa não empreendeu as obras de imediato sob o fundamento de que a fórmula contratual de reajuste aplicada aos preços contratuais de agosto/2010 (R$ 11.653.493,16) não remunerava a real evolução dos custos no período, propondo, em 20/03/2014, executar os itens de construção da avença pelo valor de R$ 22.625.016,74 a preços de janeiro/2014 (peça 72, p. 31-69), que após foi alterado, pela Incomisa, para R$ 22.624.295,02 (peça 72, p. 70-108).

27. Diante desse contexto, a empresa estatal pesquisou em licitações com objeto similar, recentes à época, valores de referência que pudessem subsidiar a análise do pleito apresentado pela contratada, em face da não concordância da Incomisa com as fórmulas especificadas no contrato, baseadas no Sistema Coge (esse sistema é gerenciado pela Fundação Comitê de Gestão Empresarial – Fundação Coge, da qual a Chesf é uma das fundadoras e participantes).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 69537416.

28. Após reunir as propostas das empresas que participaram da licitação que resultou no Contrato 1.92.2013.3020, cujo objeto se referiu à construção da LT 230 kV Funil/Itapebi C3 (**v**. orçamento básico e propostas que constam da tabela inserta à peça 72, p. 1), a Chesf adotou como referência os preços de menor valor (da Incomisa) obtidos no certame que antecedeu o contrato precitado (cuja apresentação de propostas ocorreu em novembro/2013) que foram aplicados sobre as quantidades do projeto executivo da LT 230 kV Sobral III/Acaraú II C2.

29. Com esse cálculo, o valor total para os serviços da etapa de construção da LT 230 kV Sobral III/Acaraú II passou de R$ 11.653.493,16 (agosto/2010) para R$ 16.243.015,66 (novembro/2013), sendo ofertado à Incomisa em 08/08/2014 (peça 72, p. 156-157), que concordou com o **quantum** proposto pela Chesf em 12/08/2014 (peça 72, p. 155).

30. Registre-se que, além das pesquisas em orçamentos com objetos similares, a Chef simulou a variação dos valores pelo Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices – Sinapi, conforme se verifica da tabela inserta à peça 108, p. 34-36, em que foram reunidas as variações dos custos unitários de mão de obra, equipamentos e materiais, entre agosto/2010 e novembro/2013, resultando no índice de 49,55%.

31. Para o mesmo período, a fórmula que constava do contrato (Sistema Coge) previa um reajuste de 18,43% (peça 86, p. 6 e 12).

32. A empresa estatal elaborou ainda outra tabela (peça 108, p. 37-39), similar à indicada no item 30 acima, considerando o período de agosto/2010 a janeiro/2014, bem como os custos do Sinapi com as alterações introduzidas por meio de convenção coletiva de trabalho – CCT. Essa apuração chegou ao valor de 57,77% (para os mesmos quesitos: mão de obra, equipamentos e materiais).

33. Percebe-se que os índices de variação obtidos com auxílio do Sinapi, de 49,55% (agosto/2010 a agosto/2013) e de 57,77% (agosto/2010 a janeiro/2014), contrastavam com aquele alcançado pela fórmula contratual, de 18,43% (agosto/2010 a agosto/2013), o que levou a Chesf a concluir que a sistemática de cálculo fixada na avença não acompanhou a real evolução dos custos dos insumos necessários aos serviços no período, e, por conseguinte, entendeu adequado recompor o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste para a quantia de R$ 16.243.015,66 (inicialmente era de R$ 11.653.493,16), que representou um acréscimo de 39,38% para o item construção da LT (peça 121). O valor total do Contrato 90.2011.1900.00 passou de R$ 20.369.526,37 para R$ 24.959.048,87, com o aditivo.

34. Esses cálculos foram revisados pela Secex/CE e confirmados pela SeinfraElétrica. Aquela unidade técnica constatou que a Chesf não levou em consideração a desoneração da folha, conforme previsto na Lei 12.546/2011 (peça 126, p. 8 e 9), comprovando que a variação de mercado do insumo "mão de obra" foi de 41,62%, o que, conjugado com os outros itens (equipamentos e material) alcançava o índice total de 32,98% no período de agosto/2010 a janeiro/2014.

35. Em que pese essa correção nos cálculos, lembro que o reajuste concedido à contratada pela Chesf foi de 39,38% (repisa-se: era de R$ 11.653.493,16 e chegou a R$ 16.243.015,66). Por conseguinte, nota-se que a variação no custo dos insumos obtida pela Secex/CE (32,98%) está próxima daquela encontrada pela Chesf (39,38%) para conceder o reequilíbrio da equação econômico-financeira da avença.

36. Diante desse contexto, não tenho reparos a fazer ao encaminhamento sugerido pela SeinfraElétrica acerca da questão referente ao 5º Aditivo ao Contrato 90.2011.1900.00, **verbis**:

> "190. Apesar da diferença dos percentuais Sinapi (32,98%), 5º Aditivo (39,38%) e das fórmulas contratuais (16,72%), se for considerada a confiabilidade do Sinapi, o período de aquecimento do mercado da construção civil, o fato de que somente 2 (dois) dos 85 (oitenta e cinco) índices inflacionários disponibilizados no Sistema Coge representam insumos do contrato em análise (areia lavada e mão de obra de carpinteiro - peça 129, p. 22), bem como a existência de desequilíbrio contratual e o valor do aditivo estar com mesma ordem de grandeza do Sinapi, pode-se considerar aceitável a variação proposta no 5º Aditivo."

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 69537416.

37. Em consequência, entendo que os procedimentos adotados pela Chesf, que resultaram no aditivo de recomposição do equilíbrio da avença, podem ser acolhidos.

III

38. A outra questão que sobressai dos autos, rememora-se, consiste na infração ao art. 87 da Lei 8.666/1993, em face da não imposição de sanção à contratada por não execução total ou parcial da avença.

39. Instados a se manifestar nos autos acerca dessa irregularidade, os Srs. Antônio Varejão de Godoy e José Ailton de Lima, ex-diretor-presidente e ex-diretor de engenharia e construção da Chesf, respectivamente, alegaram, em substância, que (peças 108 e 109): a) não havia o "dever" de aplicar sanção à contratada Incomisa, haja vista que não teria ocorrido "inexecução contratual", mas somente "um período de ajustes e liberação das frentes de trabalho"; b) a questão fundiária enfrentada era complexa, ante o número total de glebas, que foi de 529, das quais 179 foram objeto de ação judicial com vistas a sua afetação, e, ainda, pelo fato de que somente alguns dos 17 tramos que compunham a LT estavam liberados em janeiro de 2014; c) caso ocorresse a mobilização da Incomisa em fevereiro de 2014, haveria "custos por improdutividade e eventuais desmobilizações"; e d) se não condicionasse o início das obras à revisão de preços, perderia o direito ao reequilíbrio do contrato.

40. Relembre-se que os ex-agentes apresentaram novos elementos, em que reforçaram as assertivas anteriores e ofereceram algumas redarguições às análises da unidade técnica (Secex/CE), a saber (peças 129 e 132 a 134): a) a Ordem de Início de Serviços (OIS) emitida pela Chesf "com 70% de liberação das torres não se mostrou acertada e precisou ser postergada, justamente para evitar futuros pleitos de ressarcimento por improdutividade"; b) a liberação total das glebas somente ocorreu em 5/8/2015; e c) a Secretaria instrutiva não analisou o procedimento de "emissão da OIS somente após liberação de 70% da área" e também deixou de apreciar a aplicação da teoria do **business judgment rule** no Brasil.

41. Acerca da afirmação de que não teria ocorrido "inexecução contratual", mas somente "um período de ajustes e liberação das frentes de trabalho", o que, por conseguinte, afastaria a obrigatoriedade de impor sanção à contratada, é necessário preliminarmente esclarecer o sentido e o alcance do art. 87 da Lei 8.666/1993 para uma melhor aproximação com a matéria e com a irregularidade que permeia os autos.

42. A norma em questão disciplina que "pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções": a) advertência; b) multa; c) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos; e d) declaração de inidoneidade.

43. Uma interpretação apressada do fraseado "inexecução total ou parcial do contrato" poderia levar o exegeta ao engano de compreender que o dispositivo não se aplicaria à hipótese fática discriminada nos autos, uma vez que as obras em questão foram integralmente implementadas, ainda que serodiamente.

44. Entretanto, é assente na doutrina o entendimento de que a regra precitada se direciona aos contratados que infringem obrigações legais e contratuais. Cito, a exemplo, o escólio de Marçal Justen Filho para quem o art. 87 da Lei 8.666/1993 "determina que a inexecução dos deveres contratuais acarreta a imposição de sanção, a qual pode consistir em advertência, multa, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade." (Comentários à lei de licitações e contratos. São Paulo: RT, 18ª ed., 2019, p. 1.469).

45. Foi especialmente o que se constatou nos autos (violação ao dever contratual), pois a Incomisa não cumpriu a ordem de início dos serviços expedida na forma contratualmente prevista, deixando a Chesf de instaurar procedimento administrativo prévio para possível imposição de sanções.

46. A cronologia dos fatos dá bem a dimensão da sucessão de eventos ocorridos. Em 31/1/2014, a Chesf emitiu a OIS, Ordem de Início de Serviços (peça 72, p. 49). Em vez de prontamente atender ao comando da empresa estatal, a contratada nada executou e solicitou revisão dos preços em 20/3/2014, apresentando documentação incompleta para tanto (peça 72, p. 17-36), e

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 69537416.

somente em 9/6/2014, após ser instada a melhor detalhar sua proposta, ofereceu a composição unitária para subsidiar a recomposição dos valores antes pedido (peça 72, p. 70-81). A partir de agosto/2014, iniciaram-se as tratativas que desaguaram na assinatura do 5º Aditivo em 5/3/2015 (peça 72, p. 184-186). Em julho/2014, as obras começaram a ser implementadas (peça 41, p. 18).

47. A passividade da Companhia em não adotar qualquer providência com vistas a apurar/sancionar a irregularidade resultou na demora de 07 (sete) meses na execução das obras, a contar da expedição da OIS. Essa inércia se agrava ao se levar em consideração que o empreendimento já estava atrasado em relação ao cronograma inicialmente previsto, tanto é que a Aneel aplicou à Chesf multa de R$ 3,2 milhões por "atraso nas obras de implantação" da linha de transmissão em questão (peça 41, p. 24 e 28), com o risco, à época, de sofrer nova pena pecuniária da entidade reguladora pelo mesmo motivo, conforme documento emitido pela Chesf que alertava para essa possibilidade (peça 72, p. 135).

48. Nesse contexto, não prospera a tencionada tese dos defendentes acerca da inexistência de obrigatoriedade de aplicar sanção, ante a cristalina infração ao dever contratual de iniciar as obras.

49. Ademais, deve-se deixar bem frisado que, verificada a inadimplência da empresa contratada, o que alcança a mora excessiva para cumprimento do acordado como visto acima, a instauração do procedimento administrativo sancionador é ato vinculado (termo aqui é empregado em antítese ao ato discricionário) previsto em lei e, no caso em questão, decorre também de disposição contratual, conforme fixado nos subitens 8.1 a 9.7 do Contrato 90.2011.1900.00 (peça 17, p. l3 e 14), com força obrigatória entre as partes.

50. A interpretação de que se trata de ato vinculado está em sintonia com a doutrina e com precedentes desta Corte. Quanto à primeira, recorro mais uma vez aos ensinamentos do Prof. Marçal Justen Filho ao sustentar que:

> "A competência para imposição de sanções é vinculada à verificação da ilicitude. A autoridade administrativa não dispõe de discricionariedade para omitir providências destinadas a apurar a ocorrência do ilícito, quando presentes indícios de sua consumação. Uma vez constatados os elementos necessários, cabe-lhe promover o processo administrativo apropriado, visando inclusive impor o sancionamento apropriado ao infrator. Eventualmente, haverá uma margem de discricionariedade para a determinação da sanção – o que se traduzirá no poder jurídico para pactuar acordo de leniência e para determinar a gradação do sancionamento cabível." (Comentários à lei de licitações e contratos. São Paulo: RT, 18ª ed., 2019, p. 1.499)

51. Julgados colhidos do acervo jurisprudencial desta Corte trilham essa linha de exegese, a exemplo do Acórdão 2.345/2017 – Plenário, cujo voto de autoria do Ministro Benjamin Zymler assim encaminhou a questão:

> "26. Sustento que a instauração de processo administrativo para a aplicação de penalidades contratuais é ato administrativo vinculado. Isso porque o poder sancionador é uma prerrogativa detida pela Administração Pública para ser aplicado em benefício da coletividade, na hipótese de descumprimento de deveres por ela impostos. Assim, com fundamento no princípio da legalidade, a Administração é obrigada a submeter-se a todos os comandos que a lei contém, não lhe sendo permitida qualquer conduta que a eles se contraponha. (...)
>
> 27. Idêntica conclusão é obtida sobre o prisma do princípio da indisponibilidade do interesse público, que estabelece que a Administração não tem disponibilidade sobre os interesses da coletividade e do povo em geral confiados à sua guarda. Assim, é defeso ao administrador a prática de quaisquer atos que impliquem renúncia a direitos do Poder Público ou que injustificadamente onerem a sociedade. Havendo previsão contratual de aplicação de multa moratória, por exemplo, não pode o gestor deixar de aplicá-la no caso de observar a injusta demora por parte da contratada no cumprimento da obrigação acordada."

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 69537416.

52. Como se percebe, constatado o descumprimento de obrigações pactuadas em contratos, a adoção de medidas com vistas a instaurar procedimento administrativo para apurar a irregularidade e, se confirmada, sancionar o infrator não se insere na competência discricionária conferida ao gestor público, pelo ordenamento jurídico, para prática de determinados atos norteados pela conveniência e oportunidade. Ao revés, cuida-se de um dever (ato vinculado) de atuar de acordo com a lei de regência (Lei 8.666/1993) e com o contrato, sob pena de erosão do princípio da legalidade e do exercício da função administrativa.

53. Acerca das razões de justificativa referentes à complexidade da questão fundiária, em que alegam os responsáveis dificuldades relativas ao número total de glebas, somadas a ações judiciais e à ausência de liberação de alguns tramos, bem como à suposição de haver "custos por improdutividade e eventuais desmobilizações" caso a mobilização da Incomisa ocorresse em fevereiro de 2014, igualmente não merecem acolhida, porquanto essas ocorrências são comuns em obras de implantação de linhas de transmissão elétrica e principalmente porque esses não foram os motivos específicos que levaram ao atraso da prestação dos serviços por parte da contratada, que se arvorou no direito (inexistente no ordenamento jurídico do país) de somente começar a execução das obras quando lograsse êxito na análise do seu pedido de revisão dos preços contratuais, haja vista que condicionou veladamente o início de obras urgentes ao atendimento do seu interesse particular, sem sofrer qualquer admoestação da Chesf.

54. Apesar de a Incomisa não ter formalizado expressamente a sua intenção de não empreender as obras, a irregularidade em questão é de difícil objeção, a uma porquanto a empresa não se mobilizou imediatamente após a expedição da OIS e a duas porque as correspondências remetidas à Chesf para fins de reajuste de preços indicam que não havia qualquer interesse da contratada em cumprir as suas obrigações contratuais antes de a Chesf apreciar a revisão dos valores acordados, conforme sobressai dos documentos que se seguem:

> Comunicado da Incomisa à Chesf, de 20/3/2014 (peça 72, p. 36)
>
> "[A]s alterações ao empreendimento que ocasionaram novos custos e maiores despesas faz-se necessário a revisão de preços unitários apresentados na Proposta Técnica Comercial DCO 337/2010, a qual possibilitará a preservação dos bons resultados do empreendimento e do mútuo benefício das partes."
>
> Comunicado da Incomisa à Chesf, de 9/6/2014 (peça 72, p. 81)
>
> "[S]olicitamos suas providências para atualizar o preço do Contrato aos valores aqui demostrados, mediante a emissão do Aditivo Contratual, pelo valor de R$ 22.624.295,02, possibilitando assim a preservação dos bons resultados do empreendimento e do mútuo benefício das partes."

55. Ora, o direito à recomposição da equação econômico-financeira de avenças tem previsão constitucional, especialmente sob a égide do fraseado: "mantidas as condições efetivas da proposta" do art. 37, inciso XXI, da CF, e igualmente tem assento na Lei 8.666/1993 (arts. 57 §§ 1º e 2º, 58 §§ 1º e 2º, 65, inciso II, alínea **d**), que assegura a manutenção desse equilíbrio. O que não se pode tolerar é a situação, tal qual ocorreu nos autos, em que o particular deixa de acatar o comando da contratante de iniciar as obras sob o pretexto de que previamente seria necessário que a entidade analisasse seu pleito de revisão de valores. Essa prática, além de carecer de qualquer respaldo legal, subsome-se ao art. 87 da Lei 8.666/1993, configurando infração ao dever legal e contratual.

56. Ademais, como bem observou a Secex/CE, os diagramas apresentados pelos responsáveis mostrando as glebas ainda pendentes de liberação estavam incompletos e não demonstravam a impossibilidade do início dos serviços nos trechos contíguos já imitidos na posse da Chesf. Colhe-se ainda da instrução inserta à peça 86 a relevante constatação de que, em "15/3/2013, a faixa já se encontrava com 460 propostas de preço assinadas pelos proprietários ou posseiros, representando 87% do total de glebas, conforme se pode deduzir somando as quantidades atestadas nos Relatórios de Serviços (RS) de páginas 22, 27, 23, 24 e 16 (pç. 52)" (**v**. peças 86, p. 10, e 126, p. 13).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 69537416.

57. Convém ainda deixar bem vincado que foi a própria Chesf que estabeleceu o **quantum** mínimo de 70% de liberação da faixa para deflagrar as obras, haja vista que essa foi a explicação dada pela empresa estatal para o não começo dos serviços nos exercícios de 2012 e 2013, mediante a manifestação trazida ao conhecimento desta Casa em atenção à oitiva promovida pelo Tribunal, **verbis**: "o alcance da liberação de 70% das estruturas (montante considerado suficiente para início dos serviços) somente ocorreu em janeiro/2014." (peça 56, p. 12 e 13).

58. Noutras palavras, a companhia afirmou que, após a obtenção da Licença de Instalação e da Autorização de Supressão Vegetal – ASV da faixa (que só foram conseguidas em 11/7/2012 e 21/9/2012, respectivamente), o início das obras dependia somente da liberação fundiária dos terrenos na fração de 70%, o que permitiria o fluxo de serviços sem paralisações ou impedimentos, limite (mínimo) que havia sido ultrapassado, reitere-se, desde 15/3/2013, quando a faixa já estava com 460 propostas de preço assinadas pelos proprietários ou posseiros, ou seja, 87% da integralidade das glebas (529 glebas).

59. Nesse contexto, percebe-se que também está na contramão dos fatos e das provas acostadas aos autos a alegação dos responsáveis de que a mobilização da Incomisa somente seria necessária após a total liberação fundiária, que somente ocorreu em 5/8/2015.

60. Aduzem ainda os ex-agentes que a decisão de estabelecer os "70% de liberação das torres não se mostrou acertada e precisou ser postergada, justamente para evitar futuros pleitos de ressarcimento por improdutividade". Trata-se de afirmação genérica baseada na suposição de "improdutividade" que não deve ser acolhida, principalmente porque nada nos autos indica a necessidade de adiar o início das obras.

61. Ou seja, os elementos que compõem o processo não demonstram o desacerto da Chesf em fixar os precitados 70%, ao revés, o que sobressai dos autos é a decantada irregularidade referente à oposição (não formalizada) da contratada em cumprir a OIS expedida pela Chesf em 31/1/2014 e a consequente inércia da estatal em promover a responsabilização sobre esse fato, como visto à saciedade acima.

62. Os ex-agentes alegaram ainda que a unidade técnica (Secex/CE) deixou de analisar as justificativas acerca da inadequação da emissão da OIS após liberação de 70% da área e da aplicação da teoria do **business judgment rule**, que, segundo os responsáveis, teria como elemento nuclear a submissão dos administradores ao dever de diligência relacionado à qualidade das decisões tomadas, protegendo a "discricionariedade decisória dos gestores bem intencionados, eximindo-os do dever de indenizar por eventuais prejuízos gerados à companhia da qual façam parte, desde que tenham adotado a solução mais vantajosa ou menos gravosa." (peça 108, p. 22).

63. Novamente as assertivas não estão aderentes aos autos, pois a Secex/CE apreciou a questão dos 70% nas peças 86 (itens 45 a 50) e 126 (itens 59 e 60), conforme visto acima, e igualmente analisou o emprego da teoria do **business judgment rule** na instrução inserta à peça 126, em interpretação com a qual concordo, consoante o trecho que se segue:

> "65. Há, por fim, o argumento de que, pela teoria do **business judgement rule**, seria possível afirmar que os responsáveis atuaram com diligência, uma vez que 'agiram de forma independente e desinteressada, com conhecimento e informações adequados, com boa-fé e acreditando que seus atos atendiam aos interesses da companhia', o que deveria beneficiá-los.
>
> 66. Os autos claramente não permitem tal reconhecimento. Basta ver que os gestores negligenciaram informações importantes na sua decisão de aceitar facilmente a reclamação da empresa dada em resposta à ordem de início de serviços (...).
>
> 67. Ademais, é extremamente dificultoso defender que houve a satisfação ao dever de diligência por parte dos responsáveis. Basta considerar que a firma não só desrespeitou flagrantemente a ordem inicial de serviços, como ainda apresentou documentação incompleta em respaldo ao pleito de reequilíbrio do contrato e agiu no momento em que bem quis, sem demonstrar qualquer preocupação com o cronograma da obra ou com o atraso de mais de três

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 69537416.

anos em que se encontrava o empreendimento. Isso sem sofrer qualquer cobrança ou reparo por parte da administração.

68. De fato, em resposta à ordem de início de 31/1/2014, a firma contratada apresentou seu pleito de revisão dos preços contratuais apenas em 20/3/2014, mais de um mês e meio depois da ordem de serviços (cf. peça 72, 17/69). Instada a melhor detalhar sua proposta, a Incomisa levou mais dois meses e meio para apresentar a documentação complementar requisitada (cf. peça 72, pp. 70/108). Houvesse maior diligência por parte da Chesf, a contratada deveria ser interrogada acerca das razões para a não mobilização tão logo o fato fosse constatado, o que é bem diferente de agir passivamente e ficar à mercê dos interesses e prioridades da firma contratada, contentando-se com barganhas discutíveis e não previstas na legislação para solucionar o impasse."

64. Sobre as demais defesas apresentadas pelos responsáveis acerca do descumprimento do comando previsto no art. 87 da Lei 8.666/1993, adoto como razões jurídicas de decidir as análises empreendidas pelas unidades técnicas que atuaram neste feito e que cuidaram de bem reptar as alegações trazidas ao descortino do Tribunal.

65. Registro que, ao anuir e aproveitar os exames e as sugestões de desfecho insertos nos autos como fundamentos de decisão, valho-me da técnica da motivação **aliunde** ou **per relationem** (por referência ou remissão) para concordar com a interpretação efetuada pelas Secretarias instrutivas.

66. A referida técnica é amplamente reconhecida e admitida no ordenamento jurídico do país pela lei e pela jurisprudência desta Corte e de Tribunais Judiciários, a exemplo do art. 50, § 1º, da Lei 9.784/1999; Acórdão 3.390/2010 – Plenário (rel. min. Augusto Nardes), Acórdãos 956/2015 – 2ª Câmara (rel. min. Augusto Nardes) e 12.155/2018 – 2ª Câmara e 1.507/2020 – Plenário, ambos de minha relatoria; e, ainda, RHC 156.246, DJ 1º/10/2018 (rel. min. Celso de Mello) e RHC 145.207 ED, DJ 8/11/2018 (rel. min. Roberto Barroso).

IV

67. Assentadas as questões precedentes, estamos em boa altura para examinar a hipótese de responsabilização dos ex-agentes da Chesf.

68. Entendo que a proposta de aplicar multa aos responsáveis está em afino com a jurisprudência desta Casa de Contas que normalmente considera grave a irregularidade referente a atrasos injustificados em obras.

69. Nessa linha de exegese, reproduzo trecho do voto que impulsionou o Acórdão 2.345/2017 – Plenário (rel. min. Benjamin Zymler):

"24. A exemplo de minha manifestação ao relatar o Acórdão 2.714/2015-Plenário, considero que o atraso na execução de obras públicas é ocorrência de extrema gravidade, de maneira que o órgão contratante tem o dever de adotar as medidas cabíveis para aplicar as multas contratuais e demais penalidades previstas em lei nos atrasos advindos de incapacidade ou mora da contratada.

25. No mesmo sentido, cito o recente Acórdão 981/2017-Plenário, em que o TCU multou o ex-Diretor de Abastecimento e a ex-Presidente da Petrobrás, bem como outros funcionários da Estatal, em razão da omissão na aplicação de sanções diante do atraso na obra de construção das tubovias no Comperj."

70. Nessa ordem de ideias, estando bem assentada a irregularidade em questão (descumprimento do art. 87 da Lei 8.666/1993) e ante a gravidade da infração cometida e a reprovabilidade da conduta dos responsáveis, considero providencial a sugestão de aplicar individualmente a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei Orgânica do TCU, aos Srs. Antônio Varejão de Godoy e José Ailton de Lima.

71. Acerca da multa, friso que não houve prescrição da pretensão sancionatória decenal, nos termos do Acórdão 1.441/2016 – Plenário (rel. min. Benjamin Zymler; red. min. Walton Alencar Rodrigues), pois o ato interruptivo da prescrição que ordenou a audiência ocorreu em 28/11/2016 (peça 88) e as irregularidades que permearam estes autos se deram em 2014.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 69537416.

72. Deve-se autorizar a cobrança judicial, se necessária, e o pagamento da dívida em até 36 parcelas mensais e consecutivas, caso solicitado, bem como encaminhar cópia do Acórdão que vier a ser proferido à Chesf para ciência.

73. Por fim, acompanho ainda a sugestão da SeinfraElétrica de deixar de acolher a recomendação proposta pela Secex/CE para que a Empresa de Pesquisa Energética – EPE avalie a conveniência e a oportunidade de incluir entre os estudos necessários dos leilões de obras de transmissão a elaboração de metodologia de avaliação das glebas a serem afetadas pelas obras objeto do certame, porquanto a EPE passou a inserir, nos projetos de transmissão levados à leilão, o relatório intitulado "R5 - Estimativa de Custos Fundiários para Aquisição de Área e Liberação das Faixas de Servidão", que faz parte da documentação das licitações do seguimento.

Pelo exposto, voto por que seja adotada a Deliberação que ora submeto a este Colegiado.

T.C.U., Sala das Sessões, em 24 de novembro de 2021.

MARCOS BEMQUERER COSTA
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 69537416.