

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 012.743/2016-0

Natureza: I – Pedido de Reexame (Relatório de Auditoria)

Órgão/Entidade: Companhia Hidroelétrica do São Francisco (Chesf)

Responsáveis: Antônio Varejão de Godoy (353.308.644-53); José Ailton de Lima (070.673.994-91).

Interessado: Congresso Nacional (vinculador).

Representação legal: Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (6.546/OAB-DF), Luana Karen de Azevedo S. Carrazzoni (60.309/OAB-DF), Gustavo Valadares (18.669/OAB-DF), Augusto Cesar Nogueira de Souza (55.713/OAB-DF), Brenda Bezerra da Silva (64.879/OAB-DF), Ana Claudia Vieira da Costa (45084/OAB-DF) e outros, representando José Ailton de Lima e Antônio Varejão de Godoy.

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA. FISCOBRAS 2016. ASSINATURA DE TERMO ADITIVO PARA REVISÃO DOS PREÇOS CONTRATUAIS EM POSSÍVEL DESACORDO COM A LEI DE REGÊNCIA. ACOLHIMENTO DA DEFESA APRESENTADA PELOS RESPONSÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL. INÉRCIA EM APURAR E IMPOR SANÇÃO À CONTRATADA. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA INSUFICIENTES PARA AFASTAR A IRREGULARIDADE. APLICAÇÃO DE MULTA AOS EX-AGENTES. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO DO RECURSO. NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO PLENO. RESPONSABILIDADE DOS EX-GESTORES ELIDIDA. PROVIMENTO. INSUBSISTÊNCIA DAS MULTAS APLICADAS.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução elaborada na Unidade de Auditoria Especializada em Recursos (AudRecursos) e acolhida por seu corpo diretivo (peças 165, 166 e 167):

“INTRODUÇÃO

1. *Trata-se de pedido de reexame (peça 154) interposto por Antônio Varejão de Godoy e José Ailton de Lima, então Diretor-Presidente e Diretor de Engenharia e Construção da Chesf, respectivamente, em face do inconformismo com o Acórdão 2796/2021 – TCU – Plenário, Ministro Relator Marcos Bemquerer Costa (peça 145), transcrito abaixo:*

9.1. aplicar, individualmente, aos Srs. Antônio Varejão de Godoy e José Ailton de Lima a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional (art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno/TCU), atualizada monetariamente desde a data deste Acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.2. autorizar, caso requerido, com base no art. 26 da Lei 8.443/1992, o parcelamento da dívida em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, sobre as quais incidirão os correspondentes acréscimos legais (atualização monetária), esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, sem prejuízo das demais medidas legais;

9.3. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, caso não atendidas as notificações; e

9.4. remeter cópia deste Acórdão à Chesf.

HISTÓRICO

2. O acórdão acima transcrito resultou do exame do 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.

2.1. A fiscalização em referência foi aprovada por meio do Acórdão 664/2016 – Plenário, Ministro Relator 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”.

2.2. 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”.

2.3. Com vistas à sua participação nesse certame, a Chesf pré-selecionou fornecedores para oferecerem 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.

2.4. 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”.

2.5. Em específico, o empreendimento que recebeu atenção na fiscalização correspondeu 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:

2.5.1. 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

2.5.2. 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.

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

<i>Contrato</i>	<i>Contratada</i>	<i>Valor em R\$</i>	<i>Objeto</i>
90.2011.1900.00	<i>Consórcio Acaraú formado pelas empresas: Indústria, Construções e Montagens Ingelec S. A. – Incomisa (08.237.411/0001-07); Multiempreendimentos Engenharia Consultiva Ltda. (09.265.110/0001-50); e Procable Energia e Telecomunicações S. A. (02.513.112/0002-52).</i>	20.369.526,37	<i>Elaboração de projeto básico padrão Aneel, liberação fundiária da faixa de servidão (exceto pagamento das indenizações), serviços de engenharia, projeto executivo, fornecimento de materiais (exceto cabo condutor) e construção das linhas de transmissão de 230kV, que compõem o Lote C do Leilão de Transmissão 6/2010.</i>
90.2011.2660.00	<i>Procable Energia e Telecomunicações S. A.</i>	2.401.941,00	<i>Fornecimento de 258.829,87 m de cabo CAA 795 MCM Tern.</i>
90.2011.1160.00	<i>Consórcio formado pelas empresas: Alstom Grid. Energia Ltda. (CNPJ 05.356.949/0001-42) e Philus Engenharia Ltda. (CNPJ 81.082.679/0001-07).</i>	26.457.356,19	<i>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.</i>
92.2011.0510.00	<i>Consplan – Consultoria e Planejamento Ltda. (CNPJ 10.992.188/0001-55)</i>	987.499,98	<i>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.</i>
<i>Total</i>		50.216.323,54	

2.7. *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.”*

2.8. *Atualmente, a obra está concluída, tendo a linha de transmissão entrado em operação somente em setembro de 2015, com atraso total de 3 anos e 4 meses em relação à data prevista no contrato da concessão para o início do funcionamento comercial (peça 41, p. 11).*

2.9. *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).*

2.10. *Ultimados o relatório e os despachos a cargo da SeinfraElétrica e da Secex/CE, os autos retornaram ao Gabinete do Relator com a proposta de realizar oitiva da Chesf e diligência à mesma Companhia, em razão dos seguintes achados de auditoria (peça 41 a 44):*

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.

2.11. Ao despachar nos autos, o Ministro Relator autorizou 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.

2.12. 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 acolhido pelo Ministro Relator 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)”;

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)”

2.13. Deve-se ressaltar que as alegações referentes à 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 (peça 146, subitens 18 e 36, p. 3-5). Não foi afastada a 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.

2.14. Após o regular desenvolvimento do processo, houve a prolação do acórdão contra o qual se insurgem os recorrentes.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se exame preliminar de admissibilidade da Serur (peça 155) com despacho do Ministro Relator Benjamin Zymler à peça 158 que conheceu do pedido de reexame interposto por José Ailton de Lima e Antônio Varejão de Godoy, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1 e 9.3 do Acórdão 2796/2021-TCU-Plenário, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

EXAME DE MÉRITO

4. Constitui objeto do presente recurso verificar:

a) se a regularidade do processo de liberação fundiária afasta o achado que resultou na multa aos recorrentes;

b) se a aplicabilidade do instituto da ocupação temporária repercute na irregularidade ;

c) se a responsabilidade dos recorrentes foi individualizada e se foram observados: c.1) discricionariedade no exercício da atividade econômica e dos limites do controle; c.2) caráter privado

das decisões gerenciais das estatais e a ausência de ingerência do TCU sobre tais deliberações, c.3) obediência do princípio da aderência às diretrizes e normas; c.4) respeito à proporcionalidade na aplicação da sanção;

d) se houve a observância do princípio da segurança jurídica.

4.1. *Por se tratar de matéria de ordem pública será analisada a questão atinente à prescrição.*

5. Prescrição

5.1. *A Resolução-TCU 344, de 11/10/2022, regulamenta, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e ressarcitória de que trata a Lei 9.873/1999. Nessa regulamentação, foram consideradas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a matéria, em especial as prolatadas no Recurso Extraordinário 636.886 (Tema 899 da Repercussão Geral) e na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 5509.*

5.2. *Nos termos do art. 2º da Resolução-TCU 344/2022, prescrevem em cinco anos as pretensões punitiva e de ressarcimento, contados a partir dos critérios definidos em seu art. 4º, abaixo reproduzido:*

Art. 4º O prazo de prescrição será contado:

I - da data em que as contas deveriam ter sido prestadas, no caso de omissão de prestação de contas;

II - da data da apresentação da prestação de contas ao órgão competente para a sua análise inicial;

III - do recebimento da denúncia ou da representação pelo Tribunal ou pelos órgãos de controle interno, quanto às apurações decorrentes de processos dessas naturezas;

IV - da data do conhecimento da irregularidade ou do dano, quando constatados em fiscalização realizada pelo Tribunal, pelos órgãos de controle interno ou pelo próprio órgão ou entidade da Administração Pública onde ocorrer a irregularidade;

V - do dia em que tiver cessado a permanência ou a continuidade, no caso de irregularidade permanente ou continuada.

5.3. *Conforme já destacado no histórico desta instrução, os presentes autos tratam de Relatório da Auditoria e a fiscalização que apurou as irregularidades 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). Os trabalhos de auditoria desenvolveram-se no período compreendido entre 9/5/2016 e 17/6/2016 (peça 41, p. 6) e o Relatório de Fiscalização é datado de 21/7/2016 (peça 41, p. 37).*

5.4. *Nesse caso, tendo-se como baliza a Resolução TCU 344/2022, o termo a quo para a contagem do prazo prescricional se inicia da data do conhecimento da irregularidade, que ocorreu em 21/7/2016 (art. 4º, IV, da Resolução TCU 344/2022).*

5.5. *A seguintes causas interruptivas, exemplificativamente, já afastam a ocorrência da prescrição quinquenal (art. 5º da Resolução TCU 344/2022):*

a) exame da unidade técnica do TCU com proposta de mérito, de 30/3/2017 (peças 126-128);

b) despacho do Ministro Relator Marcos Bemquerer Costa com restituição dos autos à unidade técnica para análise de novos elementos encaminhados pela parte, de 23/5/2017 (peça 130);

c) audiência na Secex/CE, consoante pedido do responsável (peça 131), realizada em outubro de 2017, cuja informação foi confirmada pelo próprio responsável (peça 134);

d) audiência realizada com a SeinfraElétrica em 10/6/2020, para a juntada de novos elementos, conforme informado pelo próprio responsável (peça 132);

e) instrução de mérito da unidade instrutiva após análise dos novos elementos de 13/9/2021 (peças 137-139);

f) Acórdão 2796/2021 – TCU – Plenário, de 24/11/2021 (peça 145).

5.6. Conclui-se que não houve o transcurso de 5 anos entre o marco inicial da prescrição e a primeira causa interruptiva, tampouco houve paralisação do processo por mais de 3 anos, não havendo que se falar também em prescrição intercorrente.

6. Regularidade do processo de liberação fundiária e ausência de justificativas para a aplicação de multa à Incomisa

6.1. Antônio Varejão de Godoy e José Ailton de Lima dizem que houve a adoção de equivocada premissa fática que contaminou a conclusão final (peça 154, p. 4).

6.2. Alegam que a responsabilidade pela liberação fundiária é da Chesf e, levando-se em conta que a liberação total só ocorreu em 5/8/2015, seria impossível a completa conclusão do empreendimento até agosto de 2015, conforme faz prova o registro no Diário de Obra (peça 154, p. 5).

6.3. Dessa forma, não havia motivo para aplicar multa à Incomisa em razão da não mobilização em fevereiro de 2014, uma vez que a liberação fundiária em sua totalidade somente ocorreu passados, aproximadamente, 10 meses após o fim do prazo contratual de execução dos serviços - 30/9/2014 (peça 154, p. 5).

6.4. Destacam que glebas liberadas eram diferentes do total de glebas com torres liberadas. Afirmam que no início do ano de 2014, o que a Chesf possuía era cerca de 70% das glebas, onde iriam ser instaladas torres, liberadas e 70% das glebas com torres liberadas, somente foi alcançado em agosto de 2014 (peça 154, p. 6).

6.5. Relatam que era necessário que essas áreas de instalações de torres estivessem acessíveis, o que dependia, muitas vezes, do ingresso por glebas ainda não liberadas (sem torres). Defendem que há rigor formal excessivo da Secex/CE na análise da questão e na sugestão de aplicação de multa (peça 154, p. 6).

6.6. Quanto ao processo de liberação fundiária, esclarecem que o efetivo desimpedimento da gleba para a realização das obras ocorre apenas com a celebração do contrato de constituição de servidão e o respectivo pagamento (peça 154, p. 6).

6.7. Afirmam que raramente o proprietário ou possuidor que aceita a proposta já permite, de imediato, a entrada no imóvel antes que tenha recebido o pagamento, sendo também possível, que mesmo após o preço ofertado, o proprietário ou posseiro não aceite mais o preço, ou mesmo, não consiga comprovar a propriedade ou a posse. Assim, a efetiva liberação destas, estava condicionada à escrituração e pagamento da constituição de servidão, que se iniciou apenas em 17/7/2013, quando foi aprovado o Relatório de Serviço ME 208/2013 e foram liberadas apenas 44 glebas, referente ao evento 08, que também consta na documentação do processo (peça 154, p. 7 e 8).

6.8. Não se pode, portanto, adotar a proposta de preço assinada pelo proprietário ou posseiro como referência para se computar uma gleba como liberada, como concluiu a instrução (peça 154, p. 7 e 13).

6.9. Acrescentam que, em abril de 2013, o Relatório de Acompanhamento ICG's, em sua página 14, item 1.14.2, mencionava que “a Multi obteve 456 propostas preço, sendo 86 aceitas e 370 recusadas – o Jurídico (SNJU) atuará nas recusas ” (peça 154, p. 7).

6.10. Alegam que os documentos já coligidos aos autos e o entendimento do processo de liberação fundiária apenas confirmam o relatório de acompanhamento fundiário citado, onde o quadro é diverso daquele do exame realizado pela unidade técnica, demonstrando a complexidade e singularidade deste empreendimento (peça 154, p. 8).

Análise

6.11. Primeiramente, deve-se ressaltar que duas irregularidades que foram objeto de oitiva da Chesf antes da realização da audiência dos responsáveis foram afastadas, quais sejam, morosidade nos procedimentos afetos ao licenciamento ambiental e atraso no projeto executivo, cujo cronograma previa a conclusão para março de 2011, mas as primeiras plantas só começaram a ser aprovadas cerca de um ano depois, em abril de 2012 (peça 86, p. 8-9, subitens 34-37). Na análise abaixo transcrita, se observa a consideração de questões também abordadas no presente recurso, como por exemplo, a resistência dos proprietários (peça 86, p. 5 e 9):

36. Quanto ao projeto executivo, o atraso verificado foi expressivo, pois o cronograma previa a conclusão para março de 2011, mas as primeiras plantas só começaram a ser aprovadas cerca de um ano depois, em abril de 2012. A Chesf aponta para a exigência, pela Semace, das permissões de passagem pelos proprietários ou possuidores previamente à concessão da autorização de supressão vegetal para a feitura de picadas para a topografia. Segundo a Companhia, tais permissões não eram exigidas anteriormente nem estavam previstas na documentação do leilão de origem da concessão.

37. Tais esclarecimentos podem também ser acatados, segundo julgamos, pois é real a resistência de pequenos proprietários à passagem de uma linha de transmissão, ou duas, por suas terras. Fica claro que a elaboração do projeto executivo torna-se atividade totalmente dependente da gestão fundiária dos empreendimentos, a não ser que seja possível a realização do levantamento topográfico por meios não terrestres, com utilização de tecnologia. A Chesf empregou o método do levantamento topográfico por sobrevoo da região em dezembro de 2011, utilizando tecnologia a laser, o que a permitiu aprovar o projeto antes da conclusão da liberação fundiária da área da faixa. (grifos acrescidos)

6.12. No que toca à gestão fundiária, abaixo estão reproduzidos argumentos, resumidos à peça 86, p. 5, que se assemelham aqueles constantes do expediente ora examinado, quanto à morosidade do processo de liberação fundiária decorrente do ajuizamento de ações judiciais:

14. Sobre o baixo desempenho da gestão fundiária, a Chesf relaciona os fatores não previstos no edital do leilão que ocasionaram o retardamento da liberação dos terrenos da futura faixa. Um deles é a dificuldade de negociação decorrente da existência de linha de transmissão paralela. Segundo a Chesf, um primeiro motivo está nos preços praticados na implantação da primeira linha, que estavam acima da tabela de referência da Chesf. Além disso, cresceu entre os proprietários e posseiros, quase na sua totalidade, a insatisfação com mais uma linha de transmissão em suas propriedades, levando-os a demandarem maiores indenizações ou mesmo sonegarem documentos e informações na esperança de inviabilizarem o empreendimento.

15. Outro fator de retardo do fundiário citado pela Chesf foi a existência de dois assentamentos do Incra no corredor da linha de transmissão. Em um deles, com glebas ocupadas irregularmente por oito famílias, a Chesf teve que propor oito ações judiciais nas quais não foi concedida medida liminar e que demandaram muito esforço e tempo até que fossem resolvidas, por meio de transação judicial.

16. Como terceiro e último fator foi apontada a morosidade da Justiça e greve dos seus servidores. Com isso, o desfecho das 178 ações ajuizadas, quantidade equivalente a quase um terço do total de glebas, quando o normal é não excederem a 10%, ocorreu de forma lenta, com as imissões de posse ocorrendo por carta precatória a serem executadas por foros municipais com estrutura deficiente, ausência de juiz titular, carência de servidores e grande quantidade de processos.

6.13. A instrução preliminar da unidade técnica foi conforme abaixo (peça 86, p. 9-10 e peças

87-88):

39. *É na gestão fundiária que a Chesf localiza a principal fonte do atraso verificado na obra em comento. As principais alegações são o número excessivo de glebas atravessadas pela linha (529), levando a uma quantidade de ações judiciais, três vezes superior à esperada para a extensão da linha, e a resistência dos proprietários em concordar com a instituição da faixa. Este último fator teria sido inclusive o responsável pelo fracasso de dois leilões para o terceiro circuito, dados os riscos envolvidos. Alegou-se também a morosidade da Justiça na execução dos mandados de imissão e a inflação dos preços das glebas provocada pelas indenizações do primeiro circuito, acima dos valores referenciais da Chesf. Uma última alegação foi a existência de lotes de assentamento do Incra ocupados irregularmente por oito famílias, cujo processo judicial de instituição da servidão demandou tempo e esforço para ser resolvido*

40. *Quanto a este último ponto, acreditamos que se trata de problema pontual, que não representou óbice de maior monta, diante da experiência já acumulada pela Chesf nesse tipo de atividade. No entanto, tendemos a concordar com as demais dificuldades apontadas, uma vez que a afetação de terrenos para as linhas de transmissão vai se constituindo na etapa crítica dos empreendimentos do setor, merecendo um melhor planejamento nos estudos preparatórios para os leilões da Aneel, envolvendo os diversos aspectos que incidem na questão, especialmente o judicial e o das compensações aos proprietários.*

41. *Mesmo tendendo a acatar os esclarecimentos prestados pela Chesf, não deixamos de observar que houve decerto uma demora na mobilização da equipe fundiária, tal como descrito na ocorrência que motivou a oitiva. As medições encaminhadas em resposta à diligência promovida nos autos demonstram que a equipe da firma Multiemprendimentos, responsável pelo apoio na gestão fundiária, só foi mobilizada em fevereiro ou março de 2012 (cf. pç. 52, p. 2). As alegações de que a Chesf utilizou equipe própria antes disso ou que a individualização dos terrenos afetados é indispensável à avaliação são inaceitáveis.*

42. *A metodologia de avaliação, que só foi concluída em junho de 2012, poderia ser providenciada em muito menos tempo. Uma simples inspeção do documento demonstra que não há qualquer individualização dos terrenos a serem afetados. Não há sequer a delimitação da faixa, conforme se pode ver à peça 39 dos autos.*

43. *Provavelmente, há outro fator agravante dessa demora. Como se pode observar à peça 34, a Aneel divulgou o julgamento do recurso da Chesf contra a multa que lhe foi aplicada em razão do atraso na implantação do empreendimento em 8/3/2013. Significa que aquela agência reguladora deve ter constatado a incipiência dos trabalhos de liberação da faixa no final de 2012 e início de 2013, o que deve ter influenciado fortemente no seu animus puniendi.*

44. *Mesmo assim, mantemos nossa posição de acatamento das justificativas pelos motivos já expostos e, ainda, pelo fato de que também não foi a gestão fundiária a principal responsável pela demora que podemos chamar inexcusável na adoção de procedimentos inclusive vinculados por lei. Isso ocorreu na mobilização da empresa responsável pela execução das obras dentro do Consórcio Acaraú, que foi a Indústria, Construções e Montagens Ingelec S. A. – Incomisa. (grifos acrescentados)*

6.14. *Desse modo, as justificativas da Chesf em relação ao atraso na gestão fundiária foram levadas em consideração e sopesadas tendo motivado o acatamento dessas, e, por isso, não constaram da audiência dos responsáveis.*

6.15. *Por outro lado, conforme mencionado na análise de tais razões, não foi afastada a irregularidade objeto da audiência dos responsáveis, qual seja (peças 89-90):*

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 1/8/2014, quando foi expedida nova ordem de serviço, considerando, ainda, que o cronograma da obra (Contrato CTN-

190.2011.1900.00) 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);

6.16. Assim, a ausência de aplicação de sanção à Incomisa, tendo em vista que ela deixou de cumprir a ordem de início dos serviços expedida em 31/1/2014, nos termos da cláusula 5.1.3 do Contrato CTN-I 90.2011.1900.00 (peça 17, p. 5) de maneira injustificada, permanecendo nessa situação até 1º/8/2014, quando foi expedida nova ordem de serviço, representou inexecução contratual, consoante explanado pelo auditor da Secex/CE, com a qual se corrobora (peça 86, p. 10):

47. Apenas em 2014, foi expedida a ordem de início das obras, em 31 de janeiro daquele ano, nos termos da cláusula 5.1.3 do Contrato CTN-I 90.2011.1900.00 (cf. peça 72, p. 49). Porém, a Incomisa não cumpriu tal ordem. Entende a Chesf que ela alegou problemas na fórmula de reajuste, o que, a rigor, não justifica a paralisação da obra. Entendemos que a Incomisa, em suas duas correspondências à Chesf, sequer formaliza sua intenção de não iniciar os serviços, o que é compreensível, pois seria admitir expressamente o oportunismo da iniciativa e sua condição de inadimplente contratual. Na primeira, mais de um mês e meio da ordem de serviço (cf. pç. 72, pp. 17/36), limita-se a dizer o seguinte, na conclusão em que requer o abusivo reajuste de 94,14% do valor do contrato:

“Pelo anterior, as 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 possibilitara a preservação dos bons resultados do empreendimento e do mútuo benefício das partes”.

48. Na segunda correspondência, datada de 9/6/2014 (pç. 72, pp. 70/81), repete o chavão dos “bons resultados do empreendimento e do mútuo benefício das partes”, sem qualquer explicação sobre os motivos para o descumprimento da ordem contratual de início dos serviços, até porque não houve qualquer indagação da Chesf nesse sentido.

49. Apesar da dupla omissão, entendemos que restou caracterizada, em concreto, a figura jurídica da inexecução contratual, uma vez que o contrato estava em pleno vigor, tendo a contratada celebrado dois aditivos de prorrogação de prazo, um em 15/2/2013, passando-o para 16/2/2014 (cf. Aditivo 3, pç. 31, pp. 4/5), e outro em 14/2/2014, em plena inadimplência contratual sem qualquer comunicação oficial, estendendo a vigência para 31/8/2015 (pç. 31, pp. 6/7), corroborando, em ambos os aditivos, todas as demais cláusulas contratuais, incluindo a de reajuste, que a Chesf diz ter sido o motivo da indevida paralisação contratual.

6.17. Houve, portanto, a subsunção do fato à norma disposta no art. 87 da Lei 8.666/1993. Assevera-se que a cláusula 8.1 do Contrato CTN-I 90.2011.1900.00 explicitamente dispôs que “a inexecução total e parcial deste Contrato enseja sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas na Lei nº 8.666/93” (peça 17, p. 11).

6.18. A mesma linha de entendimento foi destacada pelo Ministro Relator em seu Voto (peça 146, p. 7):

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. 13 e 14), com força obrigatória entre as partes.

6.19. Assim, a multa aplicada aos responsáveis não resultou do atraso na conclusão do empreendimento, que, de acordo com o recorrente ocorreu em 5/8/2015, conforme faz prova o

registro no Diário de Obra, mas sim, do descumprimento do contrato. A companhia não adotou qualquer providência com vistas a apurar/sancionar a irregularidade resultante na demora de 7 meses na execução das obras, a contar da expedição da OIS.

6.20. Destacou-se no ofício de chamamento aos autos que o cronograma da obra (Contrato CTN-I90.2011.1900.00) já se encontrava vencido em anos e que a entidade havia sido multada anteriormente em R\$ 3,02 milhões pela leniência absoluta no cumprimento dos prazos acordados, sendo tal circunstância agravante da sua conduta irregular (peças 89-90).

6.21. Inclusive a Aneel divulgou o julgamento do recurso da Chesf contra a multa que lhe foi aplicada em razão do atraso na implantação do empreendimento em 8/3/2013 (peça 34). Conforme bem destacado pela unidade instrutiva, “aquela agência reguladora deve ter constatado a incipiência dos trabalhos de liberação da faixa no final de 2012 e início de 2013, o que deve ter influenciado fortemente no seu animus puniendi.” Ademais, deve-se informar que houve o alerta de que esta poderia ser penalizada novamente pelo órgão regulador pelo mesmo motivo (peça 72, p. 135).

6.22. Observa-se que quando a Chesf autorizou o início dos serviços em 31/1/2014 (peça 79, p. 49) já haviam sido executadas as etapas anteriores, quais sejam, serviços de engenharia, projeto executivo e fornecimento de materiais e se encontravam reunidas as condições para o início da construção, com o licenciamento ambiental e a progressiva liberação fundiária (peça 146, p. 4, subitem 25).

6.23. 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 deduzido pela unidade técnica, resultado da soma das quantidades atestadas nos Relatórios de Serviços (RS) de páginas 22, 27, 23, 24 e 16 (peça 52, p. 16, 22, 27, 23 e quadro resumo constante da peça 86, p. 3-4).

6.24. Os recorrentes alegam que o Relatório de Acompanhamento ICG's, em sua página 14, item 1.14.2 é diverso daquele do exame realizado pela unidade técnica, demonstrando a complexidade e singularidade deste empreendimento. De fato, a unidade técnica considerou que a documentação apresentada acerca das glebas pendentes de liberação estava incompleta e não demonstrava cabalmente a impossibilidade do início dos serviços nos trechos contíguos já imitados na posse da Chesf (peça 126, p. 13). O documento indicado pelo recorrente na peça recursal tem como referência “prova: anexo 02” (peça 154, p. 7), que não foi colacionado ao recurso e nem encontrado nos autos. Independentemente disso, o que se assevera é que a existência de glebas pendentes de liberação não é suficiente para afastar a irregularidade observada no processo, conforme se verá nos subitens seguintes.

6.25. Sobre a cronologia dos fatos que resultou na irregularidade que fundamentou a multa, o Ministro Relator teceu importantes considerandos (peça 146, p. 6-7):

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 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).

6.26. Os recorrentes alegam que a liberação fundiária em sua totalidade somente ocorreu passados, aproximadamente, 10 meses após o fim do prazo contratual de execução dos serviços – 30/9/2014, e que no início do ano de 2014, o que a Chesf possuía era cerca de 70% das glebas onde iriam ser instaladas torres liberadas.

6.27. Novamente se ressalta que não foi a gestão fundiária a principal responsável pela

irregularidade que resultou na multa aplicada, mas sim a não adoção de procedimentos vinculados por lei, consubstanciada no desatendimento ao art. 87 da Lei 8.666/1993, tendo-se em vista que a Incomisa não cumpriu a ordem de início dos serviços expedida (peça 72, p. 49), deixando a Chesf de instaurar procedimento administrativo prévio para possível imposição de sanções.

6.28. *Ademais, se observa dos documentos constantes dos autos que a Incomisa afirmou que 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 20/3/2014, 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).*

6.29. *Veja-se que naquele momento, a empresa sequer alegou questões de ordem fundiária para o não cumprimento da ordem de início dos serviços expedida na forma contratualmente prevista.*

6.30. *Na primeira correspondência, de 20/3/2014, requereu o reajuste de 94,14% do valor do contrato e afirmou: “Pelo anterior, as 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 possibilitara a preservação dos bons resultados do empreendimento e do mútuo benefício das partes” (peça 72, p. 17-36).*

6.31. *Na segunda, datada de 9/6/2014, reafirma ‘bons resultados do empreendimento e do mútuo benefício das partes’, sem qualquer explicação sobre os motivos para o descumprimento da ordem contratual de início dos serviços, até porque não houve qualquer indagação da Chesf nesse sentido. (peça 72, p. 70-81).*

6.32. *Os recorrentes aduzem que a premissa utilizada pelo TCU foi equivocada tendo-se em vista que somente a celebração do contrato de constituição de servidão e o respectivo pagamento ocorre a liberação fundiária. De acordo com os defendentes, tal processo se iniciou apenas em 17/7/2013, quando foi aprovado o Relatório de Serviço ME 208/2013 e foram liberadas apenas 44 glebas, referente ao evento 08, que também consta na documentação do processo. Diferenciam glebas liberadas de glebas com torres liberadas e diz que o percentual de liberação de 70% das glebas, somente foi alcançado em agosto de 2014. Concluem que o efetivo desimpedimento da gleba para a realização das obras ocorre apenas com a celebração do contrato de constituição de servidão e o respectivo pagamento.*

6.33. *O que se denota é que a argumentação da Chesf é contraditória. Além disso, os próprios esclarecimentos por ela prestados afirmam o quantum mínimo de 70% de liberação da faixa para permitir o fluxo de serviços sem paralisações ou impedimentos, e que tal liberação ocorreu em janeiro de 2014 (peça 56, p. 11-12):*

A obtenção da LI e da ASV de Faixa ocorreu em 11/07/2012 (Anexo 0-06) e 21/09/2012 (Anexo 0-07) respectivamente. Entretanto, a obtenção da liberação fundiária foi o fator que contribuiu significativamente para postergação da data de início dos serviços da construção, uma vez que o alcance da liberação de 70% das estruturas (montante considerado suficiente para início dos serviços) somente ocorreu em janeiro de 2014 (Anexo 0-08), em função das dificuldades listadas nos itens “a. I” e “a.2” desta carta.

Diante dos fatos relatados, verifica-se a preponderância da influência da liberação fundiária sobre a postergação da data de início dos serviços da construção, não se constituindo a elaboração do projeto executivo motivo para o atraso no início dos serviços da construção. (grifos acrescidos)

6.34. *Ademais, deve-se salientar que o percentual de 70% de torres liberadas no qual se centra a argumentação do defendente, também foi objeto de questionamento pela equipe de auditoria, pois não foi indicada a fonte de tal exigência. O limite inclusive foi considerado excessivo para uma obra*

predominantemente aérea, segundo a unidade técnica (peça 86, p. 10, item 45 da instrução da Secex-CE).

6.35. *Os recorrentes alegam que a efetiva liberação das glebas atendidas estava condicionada à escrituração e pagamento da constituição de servidão, que se iniciou apenas em 17/7/2013, quando foi aprovado o Relatório de Serviço ME 208/2013 e foram liberadas apenas 44 glebas, referente ao evento 08, que também consta na documentação do processo. Conforme já mencionado, havia condições para o início dos serviços, o que foi destacado pela Chesf em sua Correspondência Interna de 29/1/2015 (peça 72, p. 142):*

Iniciadas a seu tempo as etapas anteriores à construção (serviços de engenharia, projeto executivo e fornecimento de materiais), e reunidas as condições para o início da construção (licenciamento ambiental e progresso da liberação fundiária), a CHESF autorizou o início dos serviços de construção para 31/01/2014. (grifos acrescentados)

6.36. *Assim, corrobora-se com o entendimento desta Corte de Contas de que não havia necessidade de liberação total das áreas para o início dos serviços, sendo possível a previsão de liberação das áreas ainda não afetadas durante a execução das obras nas áreas já disponibilizadas (peça 147, p. 19):*

103. A alegação não merece ser acolhida já que os responsáveis partem da premissa de que a mobilização da Incomisa somente seria necessária após a total liberação fundiária, que veio a ocorrer somente em 5/8/2015. Conforme já dito anteriormente, a explicação dada pela Chesf à oitiva da unidade técnica para o não início das obras logo após a emissão da LI (11/7/2012) e da ASV da faixa (21/9/2012), e também da aprovação da maior parte do projeto em fevereiro de 2013 (82%), foi que a liberação da faixa ainda não tinha ocorrido no percentual de 70%, considerada pela Chesf como o limite mínimo para início das obras.

104. Em 31/1/2014, data da emissão da OIS (peça 72, p. 49), mais de 70% das glebas rurais estavam liberadas, portanto, de acordo com o critério da própria Chesf, os serviços já poderiam ser executados. O fato que está sendo questionado na audiência é que, após a emissão da OIS em 31/1/2014, a Incomisa manteve-se silente vindo a se manifestar somente em 20/3/2014 (peça 72, p. 17-69) para solicitar a revisão de preços.

105. Os serviços, que já se encontravam atrasados desde a emissão da LI, em 11/7/2012, sob a alegação da Chesf de que só poderiam ter início após a liberação no percentual mínimo de 70% das glebas rurais, finalmente poderiam iniciar no começo de 2014, quando a liberação das glebas atingiu o percentual de 76%.

106. Entretanto, mesmo após a emissão da OIS, a Incomisa manteve-se silente e inerte até 20/3/2014 quando solicitou a revisão de preços. É sobre esta demora de manifestação da Incomisa e a ausência de providência por parte dos responsáveis que recai a audiência promovida por este Tribunal (peça 89).

6.37. *Conclui-se que a argumentação apresentada pelos defendentes não justifica o descumprimento do ato vinculado disposto em cláusula contratual.*

7. Inaplicabilidade do instituto da ocupação temporária

7.1. *Alegam que após a citação, sem observância do contraditório, inovou-se a argumentação na acusação, fato que, por si só, gera nulidade de julgamento (peça 154, p. 9).*

7.2. *Aduzem que a LT em voga tinha uma característica específica, face seu elevado número de glebas (529), das quais diversos proprietários promoveram a judicialização da questão, em agosto de 2014 existiam 125 ações ajuizadas (peça 154, p. 9).*

7.3. *Desse modo, defendem que a partir da judicialização se torna impossível a utilização do instituto da ocupação temporária, sob pena de alteração do estado de fato do objeto discutido nos autos judiciais (peça 154, p. 9). Destaca que tal comportamento resultaria em graves sanções e*

colaciona excertos de julgados nessa linha (peça 154, p. 9-10).

7.4. *Em relação à prestação de caução pelo expropriante, dizem que, para este caso, também é necessário o ato de declaração de utilidade pública que preveja expressamente a ocupação temporária. Acrescentam que, ainda que a Chesf o tivesse, estaria sujeita aos mesmos impedimentos de acesso impostos pelos proprietários e, de igual modo, teria que se valer do Judiciário para obter a posse das áreas necessárias (peça 154, p. 11).*

7.5. *Assim, a ocupação temporária sem declaração de utilidade ou necessidade pública somente seria cabível na hipótese do art. 5º, XXV, da Constituição Federal (peça 154, p. 11). Nesta específica hipótese, o iminente perigo público justifica a intervenção estatal na propriedade privada sem a formalidade de declaração de utilidade ou necessidade pública, o que não é o caso da LT Sobral/Acaraú (peça 154, p. 11).*

7.6. *Sob essa perspectiva a aplicação de sanção à Incomisa seria desarrazoada (peça 154, p. 11).*

Análise

7.7. *Rememora-se que não foi a gestão fundiária a principal responsável pela demora na adoção de procedimentos inclusive vinculados por lei, que resultaram na irregularidade.*

7.8. *O instituto da ocupação temporária foi mencionado a fim de reforçar o juízo de que não havia a impossibilidade de início da execução dos serviços (peça 147, p. 20):*

109. Cabe esclarecer que, em relação à afirmação sobre trechos embargados, não ficou claro se os responsáveis estão se referindo à liberação das glebas rurais ou se de fato alguns trechos da faixa de servidão estavam embargados judicialmente, [uma vez] que não há qualquer documento probatório nesse sentido.

110. Em que pese a existência de tramos embargados no trecho declarado como faixa de servidão, tal fato não impede a execução dos serviços, ainda que os tramos estejam intercalados no trecho, haja vista a existência do instituto jurídico da ocupação temporária.

(...)

112. Portanto, diante do instituto jurídico da ocupação temporária, a existência de tramos embargados não impediria a execução dos serviços contratados. Ademais, se tal fato constituísse obstáculo para a execução dos serviços, a Chesf, com vasta experiência na realização de serviços desta natureza, [nem] sequer teria emitido a ordem inicial de serviços em 31/1/2014. A referida ordem só foi emitida após análise criteriosa dos setores da estatal envolvidos na execução dos serviços, conforme demonstrado nas instruções anteriores, inclusive com a condição de liberação de mais de 70% das glebas rurais.

7.9. *Assim, conforme se depreende dos excertos acima transcritos o início da execução dos serviços não estava condicionada à utilização do instituto da ocupação temporária, que de fato, não foi utilizado pela Chesf, que emitiu a OIS após a análise criteriosa do cumprimento dos seus requisitos, acompanhada - Licença de Instalação - SEMACE 234/2012; - Autorização de Supressão de Vegetação - SEMACE 73/2013; - Autorização para Intervenção em Área de Preservação Permanente (APP) - SEMACE 14/2013 - Anuência do IPHAN - Ofício 645/13-GAB/IPHAN/CE.*

7.10. *No que toca à existência de ações judiciais, se destaca que não foi essa a motivação para o atraso nas obras, mas sim o pleito da empresa de revisão dos preços contratuais.*

7.11. *Por fim, os excertos de julgados transcritos pelos recorrentes (peça 154, p. 9-10) não se tratam de situação análoga à presente, na qual a Chesf não viu a necessidade de utilização do instituto da ocupação temporária antes da OIS, não havendo que se falar em inovação ilegal no estado de fato de bem litigioso.*

8. Ausência de responsabilidade: a) necessária delimitação da responsabilização dos

recorrentes, b) necessária discricionariedade no exercício da atividade econômica e dos limites do Controle, c) caráter privado das decisões gerenciais das estatais e a ausência de ingerência do TCU sobre tais deliberações, d) do princípio da aderência às diretrizes e normas, e) inobservância da proporcionalidade na aplicação da sanção e f) dever de julgar conforme os precedentes – segurança jurídica.

8.1. *Primeiramente, destacam que não há que se falar em grave irregularidade, tendo-se em vista que essa não ocorreu (peça 154, p. 12).*

8.2. *Defendem que não houve inexecução contratual, mas um período de ajustes e liberação das frentes de trabalho para permitir uma execução contratual hígida, sem intercorrências que pudessem comprometer o empreendimento (peça 154, p. 12).*

8.3. *Aduzem que as opções adotadas pelos defendentes também se revelaram acertadas tendo em vista que o contrato foi integralmente executado, a linha de transmissão se encontra em operação com benefício à população, bem como não houve atraso no início da obra (peça 154, p. 12 e 15). Lembram que se tratou de obra de instalação compartilhada de geração, ICG, cuja solução de planejamento foi abandonada pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE) e pela Agência Reguladora (ANEEL) desde 2012 (peça 154, p. 15).*

8.4. *Reafirmam que o início imediato da obra ocorreu em função da falta de liberação de um percentual seguro das frentes de trabalho e da análise do pleito de revisão contratual, cujo tempo demandado acabou por ser conveniente à Chesf, tendo em vista problemas relacionados com a liberação de partes fundamentais do terreno para a execução da obra (peça 154, p. 13).*

8.5. *Defendem que a devolutividade recursal está adstrita ao ponto do acórdão que gerou a aplicação da multa, qual seja: a não aplicação de sanção ao contratado pelo suposto atraso na mobilização e início das obras (peça 154, p. 13).*

8.6. *Dizem que nessa perspectiva, é possível sopesar todas as variáveis que influenciaram na tomada de decisões, sem estar premido por pressões de toda a ordem, quer sejam, administrativas, de prazo ou comerciais, situação institucional e a cadeia de acontecimentos da complexa rotina administrativa da época da tomada de decisão, devendo ser admitidas decisões baseadas em certo grau de razoabilidade (peça 154, p. 13).*

8.7. *Destacam dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei 13.655/2018) e defendem que análise na conduta e antecedentes dos recorrentes, grau de culpabilidade, circunstâncias do caso concreto, autorizam a tornar sem efeito a multa aplicada (peça 154, p. 17-18).*

8.8. *Assim, diante das circunstâncias e particularidades do caso concreto, os recorrentes agiram dentro de suas limitações, considerando as análises das áreas técnicas competentes, o que deve ser levado em conta por este Tribunal para afastar a multa que lhes foi aplicada (peça 154, p. 18).*

8.9. *Aduzem entendimento do STF e do TCU no sentido de que é admissível, até mesmo, a assunção de prejuízos, desde que configure condição necessária ao bom desenvolvimento da finalidade econômico-administrativa (peça 154, p. 14). Ademais, trazem trecho de doutrina sobre o tema e julgado do TCU que reconheceu o caráter privado das decisões gerenciais e a ausência de ingerência do TCU sobre tais deliberações (peça 154, p. 14-15).*

8.10. *Defendem que o poder fiscalizatório deve se ater aos limites normativos a que o agente público se submete e, dentro da esfera da discricionariedade, deve tolerar um conjunto de interpretações consideradas juridicamente razoáveis, ainda que não tenham tido um resultado ótimo para a Administração. (peça 154, p. 16).*

8.11. *Trata-se da mais clara depuração do princípio da aderência às diretrizes e normas,*

destacado na Instrução Normativa nº 01, de 06 de abril de 2001, da Secretaria Federal de Controle Interno, também aplicável ao Sistema de Controle Externo. Transcreve excertos de doutrina nessa linha e normativo sobre o tema (peça 154, p. 16).

8.12. *Aduzem que, por mais que se possa concluir que haveria outras opções de maior eficiência no caso concreto, pelo princípio da aderência às diretrizes e normas, fica inviável qualquer aplicação da pretensão punitiva do controle. Dada a ausência de previsão normativa específica, defendem ser mais eficiente a utilização de instrumentos pedagógicos, como as recomendações já propostas por esse órgão (peça 154, p. 17).*

8.13. *Destacam dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei 13.655/2018) e argumentam que a análise na conduta dos recorrentes, seus antecedentes, bem como o grau de culpabilidade, aliado às circunstâncias do caso concreto, autorizam tornar sem efeito a multa aplicada, em atendimento ao princípio da proporcionalidade (peça 154, p. 17-18).*

8.14. *Afirmam que, de acordo com o art. 489, § 1º, do Novo Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente no âmbito dessa Corte, não se considera fundamentada qualquer decisão que, dentre outros motivos (peça 154, p. 19):*

a) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; e

b) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

8.15. *Defendem que é de suma importância – para se ter assegurado o princípio da ampla defesa, do contraditório e da segurança jurídica – que esse Tribunal se pautе pelos precedentes invocados ou justifique o motivo pelo qual não seriam aplicáveis ao caso concreto (peça 154, p. 19).*

Análise

8.16. *Primeiramente, o efeito devolutivo do pedido de reexame é amplo, não se restringe à estrita análise das alegações do recorrente, à semelhança do recurso de apelação no processo civil (Acórdão 1226/2018 – TCU – Plenário, Ministro Relator Benjamin Zymler e Acórdão 1176/2017 – TCU – Plenário, Ministro Relator Aroldo Cedraz).*

8.17. *Nessa linha, precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp 927958 MG) , cuja ementa bem resume o entendimento esposado no item precedente:*

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO CÍVEL. EFEITO DEVOLUTIVO. ARTIGO 515 DO CPC. TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM. ISS. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. ENQUADRAMENTO NO ART. 9º DO DECRETO-LEI Nº 406 /68. 1. A apelação é o recurso por excelência, consagrado por todos os nossos matizes europeus e pelos sistemas latino-americanos do mesmo tronco científico do que o nosso, singularizando-se pelo fato de dirigir-se ao pronunciamento último do juízo e pela sua ampla devolutividade, que investe o tribunal no conhecimento irrestrito da causa, concretizando o dogma do duplo grau de jurisdição. 2. O Código de Processo Civil adstringe a atuação do tribunal aos limites da impugnação (art. 515, caput) [correspondente ao atual art. 1.013 da Lei 13.105/2015 - novo CPC], vigorando a máxima 'tantum devolutum quantum appellatum'. Todavia, por vezes, o tribunal exerce cognição mais vertical do que o juiz a quo, porquanto lhe é lícito conhecer de questões que sequer foram apreciadas em primeiro grau, haja vista que a apelação é recurso servil ao afastamento dos "vícios da ilegalidade" e da "injustiça", encartados em sentenças definitivas ou terminativas. 3. O recurso da apelação devolve, em profundidade o conhecimento da matéria impugnada, ainda que não resolvida pela sentença, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 515 do CPC . 4. (...) [- Relator: Ministro Luiz Fux; julgamento: 21/10/2008, Primeira Turma, DJe 13/11/2008; (grifei) .

8.18. *Assim, o processo administrativo no qual se aplicou sanção aos responsáveis deve ser pautado pelo princípio da busca da verdade material, o que amplifica o efeito devolutivo da fase recursal.*

8.19. *A irregularidade consistente na ausência de aplicação de sanção à Incomisa resultou em inexecução total ou parcial do contrato, tendo-se em vista que não cumpriu a cláusula contratual e, portanto, houve a subsunção a norma disposta no art. 87 da Lei 8.666/1993. Tal representou grave ofensa à norma legal, consoante dispõe o art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.*

8.20. *Dada a natureza de ato vinculado, não há como ser acatado o argumento de que as decisões foram acertadas e se trataram de um período de ajustes e liberação das frentes de trabalho para permitir uma execução contratual hígida. Nesse contexto, não deve ser aceito o argumento de que houve a obediência ao princípio da aderência às normas e às diretrizes.*

8.21. *A Incomisa não apresentou justificativas consistentes para não ter iniciado as obras após a OIS. Ao contrário alegou, por duas vezes, a necessidade de revisão de preços, agindo oportunisticamente, condicionando dissimuladamente o início de obras urgentes ao atendimento de demandas desarrazoadas. Desse modo, a aplicação da penalidade pelos gestores da Chesf era a conduta vinculada e esperada no zelo da condução da execução dos serviços previstos no termo de compromisso.*

8.22. *Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, considera-se erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) aquele que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou que poderia ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de grave inobservância do dever de cuidado. Associar culpa grave à conduta desviante da que seria esperada do homem médio significa tornar aquela idêntica à culpa comum ou ordinária, negando eficácia às mudanças promovidas pela Lei 13.655/2018 na Lindb, que buscaram instituir novo paradigma de avaliação da culpabilidade dos agentes públicos, tornando mais restritos os critérios de responsabilização (Acórdão 63/2023 – TCU - 1ª Câmara, Ministro Relator Benjamin Zymler).*

8.23. *Atualmente, a obra está concluída, tendo a linha de transmissão entrado em operação somente em setembro de 2015, com atraso total de 3 anos e 4 meses em relação à data prevista no contrato da concessão para o início do funcionamento comercial (peça 41, p. 11). Além disso, a contratante já fora multada em R\$ 3,02 milhões justamente pela leniência absoluta no cumprimento dos prazos acordados (peça 72, p. 135).*

8.24. *Tais contextos também deveriam ter sido observados pelos gestores, não havendo que se falar em decisão pautada pela razoabilidade. Nessa linha não deve ser acatado o entendimento de que as escolhas dos gestores resultaram no bom desenvolvimento da finalidade econômico administrativa, sob a justificativa de ter caráter privado as decisões gerenciais, tendo-se em vista que tal não pode se sobrepor ao interesse público.*

8.25. *Dos excertos transcritos pelos recorrentes a fim de justificar a ausência de ingerência do TCU sobre decisões gerenciais (peça 154, p. 14-16), entende-se que a situação em análise não guarda congruência com a interpretação doutrinária e com o decisum.*

8.26. *Isso porque não há que se falar em busca dos gestores pelo fiel cumprimento das normas e diretrizes, a fim de justificar que o órgão de controle tolere um conjunto de interpretações consideradas juridicamente razoáveis e ações que não tiveram o rendimento ótimo. Como visto, o que não ocorreu foi a adoção de ato vinculado de cumprimento do contrato e da lei.*

8.27. *No que toca ao entendimento dos excertos do Acórdão 1850/2014 – TCU – Plenário, Ministro Relator Benjamin Zymler (peça 154, p. 14-15), entende-se que tal não se aplica ao presente caso.*

8.28. *A deliberação foi prolatada no bojo do TC 032.295/2010-3 e examinou relatório de auditoria realizada pela então 1ª Secex junto à Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras com o objetivo de verificar a adequabilidade dos contratos firmados pela entidade para a construção e operação das usinas termelétricas Mário Lago, Barbosa Lima Sobrinho e Termo Ceará.*

8.29. *Os responsáveis apresentaram argumentos sobre a distribuição dos riscos nos contratos e a suposta inexistência de gestão temerária por parte deles, detalhando a formação dos consórcios, a atuação da Petrobras enquanto ente da Administração Pública Federal, a efetiva distribuição dos riscos, a responsabilização dos administradores e a teoria do business judgment rule. Conforme transcrito pelos recorrentes entendeu-se que “a assunção de, como diz o Secretário, altos riscos – o que, frise-se, **não se confunde, por si só, com fraude ou ilegalidade** – não deve atrair a sanção desse Tribunal, mas apenas subordinar-se aos controles próprios das companhias de capital aberto e às respectivas consequências.” (grifos acrescidos). Porém, conforme já mencionado, no presente caso houve ilegalidade, não sendo o fundamento da “eficiência dos atos de gestão”, o que motivou o juízo de convicção para a aplicação da multa.*

8.30. *Desse modo, não há que se falar em ausência de previsão normativa específica no que toca à atuação dos gestores, visto que aplicação de sanção à Incomisa diante da situação concreta, tratava-se de ato vinculado, não devendo o TCU se utilizar de instrumentos pedagógicos, como as recomendações já propostas por esse órgão.*

8.31. *Quanto à conduta dos recorrentes, se observa que os responsáveis foram ouvidos e condenados em razão da conduta omissiva de não aplicar sanção à Incomisa em virtude do descumprimento ao art. 87 da Lei 8.666/1993 que prescreve a sanção da contratada em caso de inexecução total ou parcial do contrato consoante ofícios de audiência às peças 89-90 e fundamentos do Voto à peça 146, p. 7, estes últimos transcritos abaixo:*

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. 13 e 14), com força obrigatória entre as partes.

8.32. *Verificando-se o elemento subjetivo e a reprovabilidade da conduta, se extrai dos autos que:*

a) José Ailton de Lima, Diretor de Engenharia e Construção foi signatário do contrato 90.2011.1900.00 (peça 17, p. 17) e dos 2 aditivos de prorrogação, um em 15/2/2013, passando-o para 16/2/2014 (conforme Aditivo 3, peça 31, p. 4-5), e outro em 14/2/2014, em plena inadimplência contratual sem qualquer comunicação oficial, estendendo a vigência para 31/8/2015 (peça 31, p. 6-7), corroborando, em ambos os aditivos, todas as demais cláusulas contratuais, incluindo a de reajuste, que a Chesf diz ter sido o motivo da indevida paralisação contratual. O ora recorrente foi Diretor de Engenharia e Construção 1/6/2011 a 3/7/2015, consoante Matriz de Responsabilização (peça 10, p. 1),

b) Antônio Varejão de Godoy não foi signatário do contrato nem dos dois termos aditivos mencionados celebrados após a inexecução contratual. O gestor consta do rol de responsáveis na condição de Diretor Presidente da Chesf de 4/4/2014 a 3/7/2015 e Diretor de Engenharia e Construção de 3/7/2015 em diante (peça 10).

8.33. *Entende-se estar evidenciada a negligência e, por conseguinte a culpa, da conduta do Sr. José Ailton de Lima, Diretor de Engenharia e Construção. Além de ter sido o signatário do ajuste e do termo aditivo, era o gestor à época da OIS (em 31/1/2014 – peça 72, p. 49) e do pleito desarrazoado apresentado pela Incomisa de reequilíbrio do contrato (em 20/3/2014 – peça 72, p. 17-69) sem sequer, ter apresentado documentação completa. O responsável assina o termo aditivo 4, de 14/2/2014, em plena inadimplência contratual estendendo a vigência para 31/8/2015 (peça 31, p. 6-7). Houvesse maior diligência por parte da Chesf, a contratada deveria ter sido interrogada acerca das razões para a não mobilização tão logo o fato fosse verificado e diante de ausências de justificativas razoáveis deveria ter sido penalizada.*

8.34. *O Sr. Antônio Varejão de Godoy não assinou o contrato e aditivos mencionados, não era gestor à época da OIS (em 31/1/2014 – peça 72, p. 49) e do pleito desarrazoado apresentado pela Incomisa.*

8.35. *Assim, não houve conduta omissiva do recorrente de 31/1/2014 (data da OIS que determinou o início imediato da obra) até 3/4/2014, período em que não era gestor da entidade.*

8.36. *Por outro lado, se observa dos autos que, já durante a gestão do recorrente, sobreveio a Correspondência INC-DIR-024/2014 de 9/6/2014 (peça 72, p. 70-81), na qual a Incomisa trata do pleito sa revisão dos preços do contrato e destaca o atraso na obra ser um fator motivador da necessidade do reajuste contratual (peça 72, p. 71):*

Conforme informado na carta INC-OBR-014-14, de 20 de março de 2014, as despesas da Administração Central modificaram-se devido à falta de início dos serviços de construção autorizados somente no final de Janeiro de 2014, assim faz-se necessário uma recomposição de preços contratuais para adequá-los à realidade do mercado atual e evitar à falta de geração de receita que onera excessivamente ao Contrato

8.37. *Também era conduta esperada do Sr. Antônio Varejão de Godoy ter interrogado a Incomisa para a não mobilização já tendo sido expedida a OIS, pois teve ciência da falta do início da execução dos serviços após a autorização.*

8.38. *Considerando-se a quantidade de eventos importantes que ocorreram durante a gestão do Sr. José Ailton de Lima, dentre eles, assinatura do contrato, expedição da OIS, celebração de aditivo em plena inadimplência contratual e o próprio acompanhamento da contratação por mais de 4 anos, na condição de Diretor de Engenharia e Construção (de 1/6/2011 a 3/7/2015), entende-se que a multa aplicada aos gestores deve ter valores diferentes, pois as circunstâncias do caso concreto acima narradas evidenciam mais circunstâncias agravantes que resultam em um grau de reprovabilidade maior da conduta do Sr. José Ailton de Lima.*

8.39. *Tendo sido analisados os argumentos apresentados pelos defendentes, inclusive com a exposição da não aplicação dos precedentes invocados ao presente caso, entende-se que foram devidamente observados os princípios da ampla defesa, do contraditório e da segurança jurídica.*

CONCLUSÃO

9. *Não houve a ocorrência da prescrição consoante Resolução TCU 344/2022.*

9.1. *Não foi a gestão fundiária a principal responsável pela irregularidade que resultou na multa aplicada, mas sim a não adoção de procedimentos vinculados por lei, consubstanciada no desatendimento ao art. 87 da Lei 8.666/1993, tendo-se em vista que a Incomisa não cumpriu a ordem de início dos serviços expedida (peça 72, p. 49), deixando a Chesf de instaurar procedimento administrativo prévio para possível imposição de sanções, o que resultou em demora de 7 meses na execução das obras, a contar da expedição da OIS. As justificativas para a ausência de aplicação de multa à Incomisa não foram suficientes para afastar o desatendimento ao art. 87 da Lei 8.666/1993.*

9.2. *O instituto da ocupação temporária foi mencionado a fim de reforçar o juízo de que não*

havia a impossibilidade de início da execução dos serviços. Assim, o início da execução dos serviços não estava condicionada à utilização do instituto da ocupação temporária, não repercutindo sobre a irregularidade.

9.3. *No que toca à responsabilização, foi evidenciada a negligência e, por conseguinte a culpa, da conduta do gestores, entretanto, as circunstâncias do caso concreto evidenciam que o grau de reprovabilidade da conduta do Sr. José Ailton de Lima foi maior, concluído-se que a multa aplicada ao Sr. Antônio Varejão de Godoy deve ser reduzida, o que encontra amparo nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.*

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

10. *Jacoby Fernandes & Reolon Advogados Associados junta expediente aos autos (peça 163) no qual requer que as futuras publicações e ofícios não sejam expedidos em nomes destes patronos:*

- *Álvaro Luiz Miranda Costa Júnior, inscrito na OAB/DF 29.760;*
- *Ana Carolina Mazoni Campos da Rocha, inscrita na OAB/DF nº 31.606;*
- *Cristiana Muraro Fracari, inscrita na OAB/DF 48.254;*
- *Lúcia Sarmiento Leite do Couto e Silva, inscrita na OAB/RS nº 40.878*
- *Luiz Carlos Quintella Neto, inscrito na OAB/BA nº 43.056;*
- *Rafael Camara Barreto, inscrito na OAB/DF nº 48711*
- *Rhuama Calado Amorim, inscrita na OAB/DF nº 52.885.*

10.1. *Dentre os processos ativos mencionado consta o presente (peça 163, p. 1).*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

11. *Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do pedido de reexame interposto por Antônio Varejão de Godoy e José Ailton de Lima contra o Acórdão 2796/2021 – TCU – Plenário, propondo-se com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/92 c/c arts. 285 e 286, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU:*

I - conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial a fim de reduzir o valor da multa aplicada ao Sr. Antônio Varejão de Godoy;

II – dar ciência da deliberação que vier a ser adotada aos recorrentes e aos demais interessados.”

É o relatório.