

## VOTO

Trata-se de pedidos de reexame interpostos pelos Srs. Antônio Varejão de Godoy e José Ailton de Lima contra o Acórdão 2.796/2021-Plenário, que apreciou relatório de 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. Na ação de controle em apreciação, entre outros ajustes, foi auditado o Contrato 90.2011.1900.00, celebrado em 16/5/2011 entre a companhia e o Consórcio Acaraú, formado pelas empresas: Indústria, Construções e Montagens Ingelec S.A. – Incomisa, Multiempreendimentos Engenharia Consultiva Ltda. e Procable Energia e Telecomunicações S.A. O citado ajuste foi assinado pelo valor de R\$ 20.369.526,37, tendo por objeto a 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.

3. O referido contrato foi pactuado 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”*.

4. No que interessa ao deslinde deste processo, ainda há um achado de auditoria que não foi saneado, relativo aos atrasos observados 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.

5. Assim, na etapa processual anterior, foi realizada audiência dos Srs. Antônio Varejão de Godoy e José Ailton de Lima, respectivos ex-Diretor-Presidente e ex-Diretor de Engenharia e Construção da Chesf, pela seguinte conduta irregular: *“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)”*.

6. Tal fato ensejou a prolação do Acórdão 2.796/2021-Plenário, de relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, aplicando a multa capitulada no art. 58, inciso II, no valor de R\$ 8.000,00 para cada um dos recorrentes.

7. Conforme historiado pelo relator **a quo**, o Contrato 90.2011.1900.00, celebrado em 16/5/2011, teve algumas de suas etapas executadas (serviços de engenharia, projeto executivo e fornecimento de materiais), porém, somente após estarem presentes as condições para o início da construção, haja vista

o licenciamento ambiental e a progressiva liberação fundiária, a Chesf autorizou o início dos serviços, com a emissão da ordem de serviços ocorrida em 31/1/2014.

8. 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 20/3/2014, 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 depois foi alterado, pela Incomisa, para R\$ 22.624.295,02 (peça 72, p. 70-108).

9. Depois de diversas análises, o pleito da contratada foi parcialmente acolhido pela Chesf, que concluiu que a sistemática de cálculo de reajuste 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 da etapa relativa à construção da linha de transmissão 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 linha de transmissão” (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.

10. O reequilíbrio econômico-financeiro exposto acima, promovido por intermédio do 5º Termo Aditivo ao Contrato 90.2011.1900.00, foi questionado pela unidade técnica e foi objeto de outro tópico da audiência que foi endereçada aos recorrentes. No entanto, no exame de mérito deste processo, foram acolhidas as razões de justificativa dos responsáveis apresentadas quanto às supostas irregularidades observadas na celebração do 5º Aditivo.

11. Por outro lado, foram rejeitadas as razões de justificativa dos responsáveis quanto à omissão na adoção de providências em virtude do atraso na execução do objeto, o que ensejou a aplicação da sanção especificada a ambos os recorrentes.

12. Inconformados com o desfecho processual, os Srs. Antônio Varejão de Godoy e José Ailton de Lima interpuseram o pedido de reexame ora em apreciação (peça 154), apresentando as seguintes alegações:

- a) houve a adoção de equivocada premissa fática que contaminou a conclusão final, 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;
- b) assim, não havia motivo para aplicar multa à empresa contratada em virtude de não ter se mobilizado;
- c) 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;
- d) após a audiência, sem observância do contraditório, inovou-se a argumentação na acusação, fato que, por si só, gera nulidade de julgamento;
- e) 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;
- f) 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;

- g) não há que se falar em grave irregularidade, tendo em vista que esta não ocorreu;
- h) 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;
- i) a análise na conduta e antecedentes dos recorrentes, o grau de culpabilidade e as circunstâncias do caso concreto, nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), autorizam a tornar sem efeito a multa aplicada;
- j) o TCU não teria ingerência sobre decisões gerenciais da Chesf;
- k) o poder fiscalizatório do TCU deveria se ater aos limites normativos a que o agente público se submete e, dentro da esfera da discricionariedade, deveria tolerar um conjunto de interpretações consideradas juridicamente razoáveis, ainda que não tenham tido um resultado ótimo para a administração;
- l) a conduta dos recorrentes tenha sido mero ato negocial, cujas consequências, mesmo que negativas, não acarretariam a apuração de prejuízos por esta Corte de Contas por se enquadrarem como riscos do negócio inerentes a qualquer tomada de decisão no mundo empresarial;
- m) o TCU deveria se pautar pelos precedentes invocados na peça recursal ou justificar o motivo pelo qual não seriam aplicáveis ao caso concreto.

## II

13. Nesta etapa processual, a Unidade de Auditoria Especializada em Recursos (AudRecursos) analisou os argumentos recursais e considerou que o pedido de reexame do Sr. José Ailton de Lima não deveria ser provido. Por outro lado, sopesou que as multas aplicadas aos gestores deveriam ter valores diferentes, pois o contexto fático do caso concreto evidenciaria mais circunstâncias agravantes na conduta do Sr. José Ailton de Lima, as quais resultariam em um grau de reprovabilidade maior na atuação desse responsável. Assim, propôs dar provimento parcial e reduzir o valor da multa aplicada ao Sr. Antônio Varejão de Godoy.

14. Feita essa exposição dos fatos, preliminarmente, ratifico o exame de admissibilidade anteriormente realizado e proponho conhecer dos presentes pedidos de reexame, dado que foram cumpridos os requisitos exigidos para a admissão desta espécie recursal.

15. No mérito, embora eu acompanhe em essência o exame realizado pela AudRecursos, entendo que o julgamento dos recursos ora em apreciação deva se dar de forma diversa à propugnada pela unidade técnica, haja vista os fundamentos adicionais que apresentarei neste voto como razões de decidir. Assim, antecipo que será proposto o provimento dos pedidos de reexame, afastando a sanção aplicada aos recorrentes.

16. Como observado pela unidade técnica, não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva no presente feito, consoante exame constante do relatório que fundamenta esta deliberação.

17. Ademais, há um grupo de alegações por meio das quais os recorrentes aduzem que suas decisões estariam acobertadas pelo **business judgment rule** e que as mencionadas “decisões gerenciais” não poderiam ser questionadas por esta Corte de Contas.

18. Com as devidas vênias, todas essas alegações, assim como os precedentes invocados pelos recorrentes, passam ao largo do fato de que a instauração de processo sancionador em virtude da mora contratual é ato administrativo vinculado.

19. 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 ou entidade 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.

20. No mesmo sentido, cito o Acórdão 981/2017-Plenário, em que o TCU multou o ex-Diretor de Abastecimento e a ex-Presidente da Petrobrás, nos valores de R\$ 45 mil e R\$ 35 mil, respectivamente, em razão da omissão na aplicação de sanções diante do atraso na obra de construção das tubovias no Comperj. Tal decisão foi mantida em relação aos dois agentes pelos Acórdão 675/2022-Plenário e 1.379/2022-Plenário, de minha relatoria.

21. 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. A base legal para aplicação de sanções nos contratos administrativos está disposta nos seguintes artigos da Lei 8.666/1993, que era aplicável ao ajuste em comento, por ter sido celebrado anteriormente à publicação da Lei das Estatais (Lei 13.303/2016):

*"Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:*

*[...]*

*II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;*

*III - fiscalizar-lhes a execução;*

*IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;*

*[...]*

*Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:*

*I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;*

*II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;*

*III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;*

*IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.*

*[...]*

*Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.*

*[...]*

*Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.*

*§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.*

§ 2º *A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.*

§ 3º *Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.*

*Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:*

*I - advertência;*

*II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;*

*III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;*

*IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior."*

22. A submissão das empresas estatais ao regime licitatório da Lei 8.666/1993 à época dos fatos em apuração atraiu com maior intensidade os princípios típicos do Direito Administrativo. Não seria lícito à estatal uma renúncia aos poderes exorbitantes expressos na antiga lei de licitações. Não fosse assim, poderiam os gestores de estatais escolher, ao seu bel prazer, quais normas deveriam ou não incidir no caso concreto. Assim, os administradores de uma companhia estatal, usando os requisitos que se espera de um gestor probo e diligente, não poderiam abrir mão de poderes que lhes eram confiados pela Lei 8.666/1993 para coibir a prática de atos que injustificadamente onerassem o contratante ou a coletividade. Havendo previsão contratual de aplicação de multa por inexecução contratual, por exemplo, não pode o gestor deixar de aplicá-la no caso de observar o inadimplemento por parte da contratada no cumprimento da obrigação acordada.

23. Observo que a sanção do art. 87, inciso II, da Lei 8.666/1993 é uma penalidade administrativa cuja dosimetria depende de uma avaliação discricionária da Administração, balizada pelas cláusulas contratuais e pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

24. A imposição de tais sanções não exime a empresa contratada da responsabilidade civil relacionada ao descumprimento contratual. Assim, sempre que observado o inadimplemento do ajuste, a administração dispõe da faculdade de requerer, cumulativamente: (i) o cumprimento da obrigação contratual inadimplida; (ii) as multas estipuladas no ajuste e, ainda, (iii) a indenização correspondente às perdas e danos decorrentes, no caso de superarem os parâmetros contratuais.

25. Portanto, sempre que verificada a existência de infração à disposição contratual, nasce para o gestor público a obrigação de agir no sentido de instaurar procedimento específico visando à apuração dos fatos. Nesse sentido, cito os seguintes julgados desta Corte de Contas entendendo pelo caráter vinculante da aplicação de penalidades contratuais no âmbito dos ajustes regidos pela Lei 8.666/1993: Acórdãos 3.738/2007-Plenário, 1.793/2011-Plenário, 2.077/2017-Plenário, 887/2010-2ª Câmara, 2.558/2006-2ª Câmara, 754/2015-Plenário, 6.462/2011-1ª Câmara.

26. Ênfase que, constatada a inadimplência do contratado, incluindo a mora excessiva para cumprimento do pactuado, bem como presentes alguns requisitos mínimos – em particular a comprovação de autoria e materialidade – exigidos para a aplicação da penalidade administrativa, a instauração de processo sancionador é ato vinculado e, no caso em tela, decorrente de disposição

contratual, com força obrigatória entre as partes. Não se trata somente de uma mera decisão gerencial do gestor público, mas, sim, de um dever, pois este não pode declinar de sua competência.

27. Isso não quer dizer que, após a instauração do processo administrativo, a aplicação da sanção seja obrigatória, pois deve ocorrer o devido processo legal, no qual o particular poderá exercer os seus direitos ao contraditório e à ampla defesa. Poderá ser esclarecida a irregularidade ou ficar comprovado que o inadimplemento contratual decorre de caso fortuito, fato exclusivo de terceiro, motivo de força maior ou de fato da administração, que, por ação ou omissão, impossibilitou o cumprimento do avençado. A autoridade competente pode exercer juízo discricionário do caso, afastando a aplicação de sanção, mas tal decisão deve ser motivada e estar balizada por outros princípios que regulam o processo administrativo, tais como os da finalidade, razoabilidade, legalidade, motivação, proporcionalidade, moralidade, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

### III

28. Outrossim, há uma série de argumentos dos recorrentes visando demonstrar que o processo de liberação fundiária não estava concluído e que tal medida seria de reponsabilidade da Chesf, o que afastaria a conclusão de que a empresa estava em mora e deveria ser sancionada. Tais alegações foram devidamente enfrentadas pela AudRecursos e pelo relator da decisão recorrida, que trouxe as seguintes considerações em seu voto:

*“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.*

[...]

*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 desaguarão 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.*

[...]

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 demonstrados, 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, subsume-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 imitados 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).

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 conseqüente inércia da estatal em promover a responsabilização sobre esse fato, como visto à saciedade acima.”

29. Como se observa na exposição acima, a peça recursal dos responsáveis praticamente reiterou todos os argumentos que haviam sido analisados e rejeitados pelo relator **a quo**.

30. Além disso, destaco que há duas grandes contradições em toda a argumentação apresentada novamente pelos recorrentes. A primeira delas se choca contra o fato incontestável de que a própria Chesf emitiu ordem de início de serviços em 31/1/2014. Apenas por argumentar, se estivesse demonstrado o fato de que não havia frentes de serviços suficientes para o início da obra, a emissão de ordem de serviços sem que existissem condições para o desenvolvimento regular do empreendimento seria medida extremamente temerária e reprovável, pois poderia causar prejuízos diversos à contratada e, por conseguinte, o envio pleitos à Chesf solicitando o pagamento de indenizações.

31. Então, da leitura dos autos e, precipuamente, da própria peça recursal dos responsáveis, não parece verossímil que a contratante tenha determinado o efetivo início dos serviços sem que a sua

execução estivesse efetivamente liberada, notadamente porque a obra ainda não tinha sido iniciada e porque outras várias postergações já tinham ocorrido exatamente por conta de pendências no licenciamento e na regularização fundiária do empreendimento.

32. O segundo ponto contraditório com os diversos argumentos recursais explicando que não houve atraso imputável à contratada no início das obras está no próprio pleito de reequilíbrio econômico-financeiro apresentado pelo próprio consórcio construtor. O empecilho alegado para a execução contratual era a defasagem entre a variação efetiva de preços e a fórmula de reajustamento contratual, que não teria acompanhado a variação de mercado. Dito de outra forma, não se tem registro nos autos que o motivo alegado pelo Consórcio Acaraú para o início das obras seja a ausência de regularização fundiária do empreendimento.

33. É precipuamente com base no deferimento do pleito de reequilíbrio econômico-financeiro mencionado acima que reside o motivo pelo qual deve ser afastada a multa imposta aos recorrentes, nos termos expostos no tópico seguinte.

### III

34. Embora se trate de questão já superada na etapa processual anterior e de argumentos não aduzidos pelos recorrentes, em face do princípio da verdade material e do efeito devolutivo pleno do pedido de reexame, observei que o descumprimento pelo consórcio contratado da ordem de início dos serviços de execução da linha de transmissão se deu com base na alegação de haver suposto desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

35. Observou-se que a fórmula de reajuste contratual de reajuste aplicada aos preços contratuais de agosto/2010 não remunerava a real evolução dos custos no período. A sistemática de reajustamento era baseada 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).

36. Assim, o contratado, em vez de se mobilizar para atender à ordem de serviço expedida pela Chesf em 31/1/2021, solicitou revisão dos preços em 20/3/2014. 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.

37. 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). Ou seja, verificou-se um incremento de 39,39% no saldo ainda não executado do contrato.

38. Registre-se que, além das pesquisas em orçamentos com objetos similares, a Chesf 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%.

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

40. A empresa estatal elaborou ainda outra tabela (peça 108, p. 37-39), 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).

41. 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.

42. A decisão recorrida, embora tenha considerada lícita a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato promovida por meio do referido aditivo, considerou que a omissão na adoção de providências dos responsáveis em sancionar a mora do contratado seria ato passível de sanção. Ocorre que a continuidade da obra nas condições inicialmente avençadas seriam ruinosas para o contratado, diante do desequilíbrio de cerca de 40% no preço do saldo remanescente do contrato. Se de um lado a Chesf entendeu ser procedente o pleito apresentado, iniciando negociações com o contratado, seria contraditório sancioná-lo pelo atraso na mobilização.

43. O princípio do **venire contra factum proprium**, aplicado de forma subsidiária aos contratos administrativos, veda o comportamento contraditório, inesperado, que causa surpresa na outra parte. Sua aplicação decorre da boa-fé objetiva e da lealdade contratual, exigíveis de todos os contratantes, sejam do setor público ou do setor privado.

44. Dito de outra forma, vejo duas formas possíveis para que os recorrentes atuassem. Em uma primeira linha de entendimento, considerando o pleito de reequilíbrio improcedente, este deveria ser negado e a empresa sancionada por inexecução contratual, pois, nessa situação hipotética, a instauração de processo sancionador seria ato vinculado, nos termos da fundamentação exposta no tópico anterior deste voto. Por outro lado, se foi acolhido o pleito de reequilíbrio apresentado, não pode ser imputada mora para o consórcio contratado, por estar demonstrada a ocorrência de fato impeditivo da execução do ajuste, ante o expressivo descompasso entre a variação efetiva de custos e a sistemática de reajuste originalmente avençada.

45. A cronologia dos fatos demonstra que as duas irregularidades que foram objeto de audiência dos responsáveis decorrem de uma sucessão de eventos que estão inter-relacionados. 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 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).

46. Os próprios termos da audiência endereçada aos responsáveis demonstram haver contradição na aplicação das penalidades pela decisão recorrida, pois o “*descumprimento ao art. 87 da Lei 8.666/1993 ... em caso de inexecução total ou parcial do contrato*” não se coaduna com a parte final da audiência no sentido de que “*a contratada agia oportunisticamente, condicionando*

*dissimuladamente o início de obras urgentes ao atendimento de demandas desarrazoadas*”. Ora, se o pleito de reequilíbrio foi julgado procedente pelos recorrentes e por esta Corte de Contas, não há se falar em atuação oportunista ou em pedido desarrazoado apresentado pela contratada.

47. Com base no art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, devem ser sopesadas as consequências práticas das decisões tomadas pelos recorrentes. Caso os Srs. Antônio Varejão de Godoy e José Ailton de Lima tivessem procedido com conduta diversa à que ensejou a sua sanção pela decisão recorrida, ou seja, tivessem sancionado a empresa por inexecução contratual, a conclusão do empreendimento poderia ter um desfecho ainda mais gravoso para a Chesf, haja vista o risco de ocorrer a rescisão contratual e a necessidade de realizar nova contratação para a retomada das obras.

48. É bem possível que tal modo de proceder atrasasse a retomada do empreendimento por anos, bem como que a nova contratação realizada após a rescisão fosse ainda mais onerosa do que o preço reequilibrado do contrato.

49. Diante de todo o exposto, dou provimento aos pedidos de reexame interpostos pelos Srs. Antônio Varejão de Godoy e José Ailton de Lima, tornando insubsistente as sanções aplicadas por meio do subitem 9.1 da decisão recorrida.

Ante o exposto, VOTO por que seja adotada minuta de Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 13 de setembro de 2023.

BENJAMIN ZYMLER  
Relator