

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 015.021/2008-2 [Apenso: TC 006.375/2009-9]

Natureza: Denúncia (pedidos de reexame)

Órgão/Entidade: Amazonas Distribuidora de Energia S.A.

Recorrentes: Breno Soares Feitoza (CPF 509.924.142-53), Camilo Gil Cabral (CPF 048.310.968-14), Elson Athan da Silva (CPF 214.367.972-68), João Bosco Melo de Souza (CPF 182.449.202-20), Andressa Veronique Pinto Gusmão de Oliveira (CPF 610.586.702-63), Ruy Ribeiro da Silveira (CPF 063.663.412-49) e Luis Hiroshi Sakamoto (CPF 098.737.591-15).

Advogados constituídos nos autos: Andressa Veronique Pinto Gusmão de Oliveira (OAB/AM 3.554) e Luis Eduardo Oliveira Alejarra (OAB/DF 39.534).

SUMÁRIO: DENÚNCIA. CONHECIMENTO. INSPEÇÃO. CONTRATAÇÕES DIRETAS IRREGULARES, PROJETO BÁSICO DEFICIENTE E OUTRAS OCORRÊNCIAS. AUDIÊNCIAS. REJEIÇÃO DE PARTE DAS JUSTIFICATIVAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA. MULTAS. PEDIDOS DE REEXAME. CONHECIMENTO. PROVIMENTO A ALGUNS RECURSOS, PARA A EXCLUSÃO DA MULTA, E NEGATIVA DE PROVIMENTO AOS DE MAIS. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Adoto, como Relatório, a seguinte instrução, aprovada pelo Secretário Substituto da Secretaria de Recursos - Serur (peças 285 e 286):

“Trata-se de Pedidos de Reexame interpostos pelo Srs. Andressa Veronique Pinto Gusmão de Oliveira (R001), Breno Soares Feitoza (R003), Camilo Gil Cabral (R002), Ruy Ribeiro da Silveira (R004), Luis Hiroshi Sakamoto (R005), Elson Athan da Silva (R006) e João Bosco Melo de Souza (R006), por intermédio dos quais se insurgem contra o Acórdão 2.017/2013 – TCU – Plenário (Peça 238), abaixo transcrito, **verbis**:

‘ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária reservada do Plenário, diante das razões expostas pela relatora e com fundamento nos arts. 53 e 55 da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 234, 235 e 236 do Regimento Interno, em:

9.1. considerar a denúncia parcialmente procedente;

9.2. rejeitar as justificativas referentes à contratação direta de serviços de transporte (achado 4) apresentadas pelos responsáveis Camilo Gil Cabral, diretor técnico; Elson Athan da Silva, gerente do Departamento de Manutenção do Interior; João Bosco Melo de Souza, gerente do Departamento de Operação do Interior; e Breno Soares Feitoza, engenheiro;

9.3. rejeitar as razões de justificativa referentes à contratação da Fundação Coge apresentadas pelos responsáveis Andressa Veronique Pinto Gusmão de Oliveira, assessora jurídica; Luis Hiroshi Sakamoto, diretor de gestão; e Ruy Ribeiro da Silveira, gerente do Departamento de Gestão Pessoal;

9.4. aplicar aos responsáveis relacionados nos itens 9.2 e 9.3, individualmente, multa de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), a ser recolhida ao Tesouro Nacional, com incidência de encargos legais, calculados da data deste acórdão até a data do pagamento, se este for efetuado após o

- vencimento do prazo abaixo estipulado, com fundamento no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno;
- 9.5. fixar prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovação, perante o Tribunal, do recolhimento das dívidas acima imputadas;
 - 9.6. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;
 - 9.7. autorizar o desconto integral ou parcelado das dívidas na remuneração dos responsáveis, observado o percentual mínimo estabelecido na legislação pertinente;
 - 9.8. autorizar o pagamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais consecutivas, caso venha a ser solicitado pelos responsáveis antes do envio do processo para cobrança judicial;
 - 9.9. fixar o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias a contar do recebimento da notificação e o das demais a cada 30 (trinta) dias, com incidência de encargos legais sobre o valor de cada parcela;
 - 9.10. alertar aos responsáveis que a inadimplência de qualquer parcela acarretará vencimento antecipado do saldo devedor;
 - 9.11. acatar parcialmente as justificativas referentes à subcontratação prevista no edital do Pregão 422/2008 (achado 1) e as justificativas referentes à contratação da Fundação Coge apresentadas pelos demais responsáveis, deixando de aplicar-lhes multa;
 - 9.12. acatar as justificativas relacionadas aos demais itens de audiências realizadas;
 - 9.13. dar ciência à Amazonas Distribuidora de Energia S.A. quanto às seguintes irregularidades:
 - 9.13.1. não inclusão, no edital, de cláusula com exigência de apresentação da relação explícita e declaração formal de disponibilidade das instalações, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, conforme verificado no edital do Pregão 422/2008, contraria o parágrafo 6º do artigo 30 da Lei 8.666/1993;
 - 9.13.2. ausência de licitação para realizar aquisições referentes a compras fracionadas de materiais semelhantes, em datas próximas, como constatado nas aquisições junto à empresa BMJ Comercial e Serviços Ltda., caracteriza burla ao dever de licitar, previsto no art. 2º da Lei 8.666/1993;
 - 9.14. determinar à Secretaria de Controle Externo no Estado do Amazonas – Secex/AM que, nos processos de contas da Amazonas Distribuidora de Energia S.A. referentes aos exercícios de 2009 e subsequentes, avalie:
 - 9.14.1. a regularidade de eventuais prorrogações do contrato 23.596/2008, celebrado com a Fundação Coge;
 - 9.14.2. a continuidade, a adequação e a tempestividade das ações adotadas para defesa dos interesses da Amazonas Energia nos processos relacionados ao contrato 1.806/2005, celebrado com a empresa El Paso Rio Negro Energia Ltda.;
 - 9.15. cancelar o sigilo dos autos;
 - 9.16. encaminhar cópia deste acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentaram, ao denunciante;
 - 9.17. juntar cópia desta deliberação às contas da Amazonas Distribuidora de Energia S.A. relativas aos exercícios de 2009 e subsequentes, com vistas aos acompanhamentos determinados no item 9.14 deste acórdão;
 - 9.18. apensar este processo às contas da Amazonas Energia do exercício de 2008 (TC 015.769/2009-6).’

I. HISTÓRICO PROCESSUAL

2. Trata-se de processo que teve origem em denúncia de indícios de irregularidades na empresa Amazonas Distribuidora de Energia S.A (então Manaus Energia S.A) relativas à suposta omissão, por parte da auditoria interna e de comissões de sindicância, na apuração de ocorrências verificadas no período de 2004 a 2008.
3. O Tribunal conheceu da denúncia, mediante o Acórdão 1.340/2008-TCU-Plenário, e determinou a realização de inspeção com o objetivo de verificar os procedimentos adotados naquela empresa na área de licitações, contratos e compras.
4. Após audiência dos responsáveis por doze ocorrências consideradas irregulares, algumas das supostas ilicitudes foram afastadas, outras confirmadas e os responsáveis apenados pelo acórdão recorrido.

5. Relacionam-se, a seguir, as irregularidades, motivadoras das sanções de multa, e os responsáveis condenados.
6. Os Senhores Camilo Gil Cabral, Diretor Técnico; Elson Athan da Silva, Gerente do Departamento de Manutenção do Interior; João Bosco Melo de Souza, Gerente do Departamento de Operação do Interior; e Breno Soares Feitoza, Engenheiro, foram condenados por promoverem contratações diretas sem a adequada caracterização da situação de emergência ou calamidade pública e sem as formalidades exigidas para dispensa de licitação no art. 26, da Lei 8.666/1993.
7. Por sua vez, os Senhores Andressa Veronique Pinto Gusmão de Oliveira, Assessora Jurídica; Luis Hiroshi Sakamoto, Diretor de Gestão; e Ruy Ribeiro da Silveira, Gerente do Departamento de Gestão Pessoal, foram apenados por irregularidades na contratação da Fundação Comitê de Gestão Empresarial – Coge, por dispensa de licitação (DL-515/2008), no valor de R\$ 6.716.654,00. O objeto do ajuste era “a prestação de serviços técnicos especializados e de consultoria para atender a implantação do novo manual de organização da Manaus Energia, de forma a operacionalizar as novas atividades/responsabilidades redistribuídas nas diretorias instituídas”, incluindo a transferência de conhecimento aos profissionais do quadro permanente da empresa, para assunção, parcial ou integral, desses serviços ao término do contrato.
8. Registra-se que as irregularidades e as condutas individuais serão pormenorizadas no exame dos recursos de cada um dos recorrentes.
9. Neste momento, comparecem aos autos os recorrentes, insurgindo-se contra o acórdão condenatório.
10. Isto posto, passa-se a análise.

II. DO EXAME DE ADMISSIBILIDADE

11. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peças 274 a 280), ratificado à Peça 283, pelo Exmo. Ministro-Relator Benjamin Zymler, que concluiu pelo conhecimento do recurso, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

III. DA ANÁLISE DE MÉRITO

12. No intuito de melhor organizar o raciocínio empreendido, as razões recursais que atacam determinada irregularidade serão consolidadas e examinadas em conjunto, bem como citados os recorrentes que aludiram à tese defensiva. A seguir, serão analisadas as razões de natureza subjetiva de cada recorrente, se subsistirem.

13. Passa-se neste momento a análise do mérito dos recursos interpostos.

III.1 Da legalidade da contratação da Fundação Comitê de Gestão Empresarial – Coge

14. Os Srs. Andressa Veronique Pinto Gusmão de Oliveira, Assessora Jurídica; Ruy Ribeiro da Silveira, Gerente do Departamento de Gestão Pessoal; e Luis Hiroshi Sakamoto, Diretor de Gestão invocam a tese defensiva.

Argumentos:

15. Alegam que a contratação direta, por dispensa de licitação, da Fundação Coge, com fulcro no art. 26, XIII, da Lei 8.666/1993 não afrontou o diploma legal.

16. A alegação funda-se no fato de que a aludida fundação foi criada justamente com o objetivo de fomentar a integração e o intercâmbio técnico dos projetos a serem desenvolvidos no novo ambiente concorrencial do setor elétrico brasileiro, tal especialidade teria sido, inclusive, reconhecida por este Tribunal, por meio do Acórdão 1.021/2006 (não informa o colegiado).

17. Acrescentam que, ainda que se considerasse a prestação de serviço terceirizado, acreditava-se que a hipótese da terceirização mediante a contratação direta de instituição brasileira, cujo regimento ou estatuto discipline suas atividades como de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional e não tenha fins lucrativos fosse permitida, ante a promulgação da Lei 8.958/1994, e já estivesse resolvida pela jurisprudência desta Corte (v.g Acórdãos 569/2005, 105/1998 e 710/1994, todos do Plenário; Decisões 470/1993 e 282/1994, ambas do Plenário e Acórdão 2.149/2006 – 2ª Câmara) desde o Acórdão 259/2003–TCU-1ª Câmara.

18. Aduzem que o Tribunal, em seguida, corroborou orientação no mesmo sentido (Acórdãos 869/2006, 1.021/2006 e 10.978/2002), qual seja, o de se admitir a “contratação direta (...) apenas quando o objeto do contrato relacionar-se com o fim específico para o qual foi criada a entidade.”

Análise:

19. Entende-se necessário, antes do exame do mérito da contratação direta, rememorar as principais premissas e conclusões do voto condutor (Peça 239, p.3-7, item 30-67).

20. A irregularidade, conforme já abordado pelos recorrentes, trata-se da contratação direta, por dispensa de licitação (DL-515/2008), da Fundação Coge, com fulcro no art. 26, XIII, da Lei 8.666/1993, com a conseqüente celebração do Contrato 23.596/2008 com a Fundação Comitê de Gestão Empresarial – Coge, no valor de R\$ 6.716.654,00. O objeto do ajuste era “a prestação de serviços técnicos especializados e de consultoria para atender a implantação do novo manual de organização da Manaus Energia, de forma a operacionalizar as novas atividades/responsabilidades redistribuídas nas diretorias instituídas”, incluindo a transferência de conhecimento aos profissionais do quadro permanente da empresa, para assunção, parcial ou integral, desses serviços ao término do contrato (Peça 51, p. 34-45).

21. Embora assista razão ao recorrente ao afirmar, de forma genérica, a existência da possibilidade de se contratar diretamente a Fundação Coge, não procedem suas alegações para o caso concreto examinado por esta Corte.

22. No voto condutor, restou assentado a plausibilidade do enquadramento legal utilizado pela então Manaus Energia, atual Amazonas Distribuidora de Energia, **verbis** :

‘43. Como destacado pelos responsáveis, a Fundação Coge foi criada com o objetivo de fomentar a integração e o intercâmbio técnico dos projetos a serem desenvolvidos no ambiente do setor elétrico brasileiro. Esse fato havia sido tratado no voto condutor do acórdão 1.021/2006-Plenário, que deu provimento a recurso contra o acórdão 125/2005-Plenário, para afastar a aplicação de multa, e reconheceu as características da referida Fundação no contexto daquela decisão (contratações de dois consultores para serviços especificamente relacionados ao setor elétrico).

(...)

45. No caso concreto, é plausível o enquadramento legal utilizado pela Manaus Energia ao considerar como atividade de desenvolvimento institucional a contratação de serviços especificamente para assessorar a implantação do novo manual de organização da empresa e a operacionalização das novas atividades/responsabilidades redistribuídas nas diretorias. Nessa linha, a contratação direta poderia ser considerada justificada.’

23. Logo, não se discutiu a legalidade acerca da possibilidade de se contratar diretamente, por dispensa de licitação, a Fundação Coge, tal possibilidade restou assentada pelo Tribunal.

24. Todavia, para o atendimento do preceito legal, entendeu-se intransponível a adequação a exigência legal, qual seja, a existência de nexos entre o objeto a ser executado e as atividades, a exemplo do desenvolvimento institucional, especificadas no estatuto da entidade prestadora dos serviços. Nos casos em que o objeto se amolde aos fins pelos quais

a Fundação foi criada, nenhum óbice haveria para a contratação direta nos art. 26, XIII, da Lei 8.666/1993.

25. Conforme, inclusive afirmado pelos recorrentes, os entendimentos desta Corte não são recentes (v.g. Decisões 657/1997, 414/1999, 30/2000, 777/2000 e 655/2002, todas do Plenário; Acórdãos 19/2002, 61/2003, 1.934/2004, 1.481/2004, 30/2008, 942/2010, 898/2012, 1.391/2012, todos do Plenário; Acórdãos 2.567/2010, da 1ª Câmara; Acórdãos 160/2008, 819/2008 e 3.541/2007, todos da 2ª Câmara).

26. Ocorre que, no caso vertente, o que se discutiu e ocasionou a apenação dos gestores e da assessora jurídica foi, exatamente, o descumprimento da exigência.

27. O fato de o objeto da contratação não possuir a moldura jurídica descrita no dispositivo legal foi o que ensejou a condenação. Em outras palavras, o objeto contratado e executado, de forma diversa do afirmado na descrição contida no edital, não se limitou à “prestação de serviços técnicos especializados e de consultoria para atender a implantação do novo manual de organização da Manaus Energia, de forma a operacionalizar as novas atividades/responsabilidades redistribuídas nas diretorias instituídas”, mas alcançou terceirização irregular de pessoal e de execução de atividades típicas do quadro funcional da Manaus Energia, “bem como de ter havido manipulação de relatórios de atividades realizadas por seus funcionários, para enquadrar no de atividades administrativas próprias do quadro de funcionários da Manaus Energia como sendo de consultoria e assessoria especializada.”

28. Por oportuno, permite-se a transcrição de excertos do **decisum** condenatório, **verbis**:

‘38. A contratação direta da Fundação Coge foi questionada pela ausência de enquadramento no inciso XIII do artigo 24 da Lei 8.666/1993, já que não teria sido demonstrado nexos entre os objetos contratados, as disposições do inciso XIII e a natureza da fundação. Além disso, os objetos contratuais seriam por demais amplos, abrangendo a realização de múltiplos serviços e conferindo aos gestores discricionariedade que ultrapassaria os limites da legalidade e da razoabilidade.

39. Sobre a terceirização ilegal, foi questionado o fato de a contratação da Fundação Coge possuir características de terceirização irregular de pessoal e de execução de atividades típicas do quadro funcional da Manaus Energia, bem como de ter havido manipulação de relatórios de atividades realizadas por seus funcionários, para enquadramento de atividades administrativas próprias do quadro de funcionários da Manaus Energia como sendo de consultoria e assessoria especializada.

(...)

44. Quanto às características do objeto, seria irregular a contratação para simples alocação de pessoal para desempenho de atividades regulares no âmbito da empresa. Serviços dessa natureza estariam desvinculados de atividades de desenvolvimento institucional, e, ainda que a instituição contratada tivesse fins especificados no dispositivo legal (ensino, pesquisa, desenvolvimento institucional), esses serviços não poderiam ser contratados diretamente com fundamento no inciso XIII do art. 24. E, para o desempenho de atividades- fim da empresa, a terceirização sequer seria permitida; a contratação seria irregular, com ou sem licitação.

(...)

61. Mas registro um aspecto adicional sobre a falha associada à terceirização ilegal de atividades fim que teria sido propiciada pelo contrato com a Fundação Coge. De fato, a análise dos documentos referentes à execução mostra que foram realizadas tarefas inerentes à atividade-fim da Manaus Energia, como apontado pela unidade técnica.’

29. Nota-se que os recorrentes não impugnaram de forma especificada a natureza das atividades tidas por irregulares (realização de atividades fins e administrativas da Manaus Energia), no âmbito do Contrato 23.596/2008, mas se restringiram a argumentar sobre a legalidade da contratação direta.

30. Ora, conforme, exaustivamente abordado, a contratação direta poderia ter sido realizada, desde que o objeto contratado e executado guardasse nexos com as finalidades

estatutárias da entidade contratada, o que não se observou no acórdão condenatório e não foi impugnado neste recurso.

31. De toda forma, no intuito, inclusive, de antecipar o exame das razões de natureza subjetiva alegadas pela assessora jurídica, é importante avaliar o objeto licitado.

32. A descrição do objeto, numa análise perfunctória, poderia conduzir a interpretação de que se tratava somente da contratação de serviços de consultoria. Entretanto, ao se analisar o edital e o contrato em seu conjunto, percebe-se a existência de cláusulas dúbias e incompatíveis com a natureza dos serviços de consultoria. Foram exatamente estas características que permitiram ao Tribunal concluir pela inadequação do objeto licitado aos fins institucionais da Fundação Coge e da dispensa indevida da licitação. Por ser pertinente, mais uma vez socorre-se dos fundamentos do acórdão recorrido, **verbis** :

‘46. No entanto, embora a cláusula primeira do contrato expressamente indicasse o objeto (serviços de consultoria para implantação de novo manual), há, na documentação que fundamentou essa contratação, falhas importantes, que eram incompatíveis com a natureza desse objeto e viabilizariam a realização de atividades regulares de natureza continuada, que não poderiam ser contratadas diretamente com base no inciso XIII do art. 24.

47. O prazo de vigência do contrato foi estabelecido em doze meses, com a possibilidade de prorrogação por iguais e sucessivos períodos, nos termos do inciso II do art. 57 da Lei 8.666/1993 (cláusula décima sétima, peça 51, p. 43). Trata-se de dispositivo aplicável exclusivamente a serviços executados de forma contínua, o que é incompatível com a contratação de consultoria para desenvolvimento de projeto específico, e, por consequência, incompatível com a contratação direta proposta com base no inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/1993.

48. Além disso, o projeto básico insuficiente não continha identificação dos resultados (produtos) que resultariam da contratação. A alegação de que não haveria vários objetos, mas sim um objeto único (manual organizacional), é incompatível com a natureza dos serviços previstos contratualmente.

49. De fato, a cláusula segunda do contrato apresenta lista longa e abrangente de áreas em que os serviços de consultoria seriam realizados (peça 51, p. 34-37). Para aceitar a premissa de que estariam sendo contratados serviços de consultoria (e não a prestação direta dos serviços), seria importante que houvesse a previsão de entrega de produtos, idealmente com a indicação de quantitativos, por exemplo, de manuais setoriais detalhados, pareceres, documentação sobre treinamentos, rotinas a serem implantadas.

50. Ante a natureza da contratação e as circunstâncias que a envolveram, não se cogita aqui de exigir a definição exaustiva dos produtos e quantitativos a serem entregues. Mas, pela complexidade das atividades envolvidas, o trabalho de consultoria não poderia ser todo executado de modo informal, sem registro que assegurasse a padronização das rotinas em implantação. A ausência de previsão de entregas documentadas conduz a um grau de informalidade que, na prática, elimina a distinção entre a atividade de consultoria e a execução propriamente dita das tarefas.

51. Anexos ao contrato poderiam ter detalhado os principais documentos esperados, o que não ocorreu. Assim, não há indicação dos produtos esperados nem no projeto básico, nem nos documentos apresentados para fundamentar a contratação, nem na minuta de contrato e seus anexos.

52. Em decorrência disso, o projeto básico insuficiente, que previa a entrega apenas de horas de consultoria, comprometeu o enquadramento da contratação como dispensa com fundamento no inciso XIII do art. 24 e abriu a possibilidade de caracterização de terceirização irregular.

53. Essas falhas não poderiam passar despercebidas daqueles que trabalharam diretamente na formulação dessa proposta de contratação e a submeteram para aprovação. Entre esses, coloco também a responsável pelo parecer jurídico 57/2008 - AND (peça 51, p. 8-16). Esse parecer tratou especificamente da contratação da Fundação Coge para implantação do manual e, em sua conclusão, opinou favoravelmente “após a análise dos documentos apresentados pela área solicitante”. E o relatório encaminhado à diretoria executiva com proposta para essa contratação (DG 330/2008, peça 51, p. 19-22) alude expressamente a essa manifestação favorável como fundamento para tomada de decisão (item 2.14, peça 51, p. 22).

54. Em casos assim, a jurisprudência do TCU converge para responsabilizar o parecerista (p.ex. acórdãos 2.567/2010 e 1.964/2010, ambos da 1ª Câmara).⁷

33. Repita-se, a natureza do objeto da contratação, incompatível com a dispensa de licitação, não foi abordada pelos recorrentes em suas razões, contudo, examinada nesta instrução para complementação da proposta de encaminhamento.

34. Ante o exposto, entende-se que as razões recursais não merecem ser acolhidas, em razão de o objeto contratado não se amoldar a disciplina insculpida no art. 26, XIII, da Lei 8.666/1993.

III.2 Da aplicação do Princípio da Razoabilidade e da necessidade de exclusão da multa aplicada.

35. Os Srs. Andressa Veronique Pinto Gusmão de Oliveira, Assessora Jurídica; Camilo Sr. Camilo Gil Cabral, Diretor Técnico; Ruy Ribeiro da Silveira, Gerente do Departamento de Gestão Pessoal; Luis Hiroshi Sakamoto, Diretor de Gestão; e Elson Athan da Silva, Gerente do Departamento de Manutenção do Interior, invocam a tese defensiva.

Argumentos:

36. Após tecerem considerações jurídicas sobre o Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade, da dosimetria da pena, de circunstâncias atenuantes e agravantes, e no caráter orientativo das deliberações do TCU, asseveram que a situação sob comento não trouxe nenhum prejuízo ao erário. Dessa forma, e ante a inexistência de dolo ou má-fé, requerem, com fulcro em julgados desta Corte de Contas (Acórdão 87/2007 – Plenário) que define critérios na dosimetria da multa, a exclusão da pena a eles aplicada.

Análise:

37. Entende-se que aspectos relacionados à dosimetria, gradação e, por consequência, razoabilidade das multas aplicadas, cinge-se a verificação, no âmbito das unidades técnicas deste Tribunal, a plena observância do preceito legal estatuído.

38. Feita esta breve ponderação, entende-se não aplicável a esta unidade técnica imiscuir-se no **quantum** definido no acórdão recorrido, uma vez se tratar de prerrogativa do relator e do colegiado, bastando ao exame técnico pontuar que a sanção de multa aplicada ao recorrente, no valor de R\$ 4.000,00, teve por fundamento o art. 58, incisos I, da Lei 8.443/1992.

39. O aludido diploma legal autoriza esta Corte a aplicar multa ao responsável nos casos em que não tenha resultado débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 da LOTCU, conquanto tenha praticado ato com grave infração à norma legal e regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

40. A multa será valorada entre cinco e cem por cento do valor atualizado do montante estipulado no **caput** do art. 58, I, da Lei 8.443/1992, o que, por sua vez, encontra-se normatizado e atualizado pela Portaria 75, de 7/3/2013 (sob o amparo do § 1º do art. 268 do RI/TCU), a qual o fixou em R\$43.953,79 para o ano de 2013.

41. De toda forma, conforme já afirmado, a dosimetria do valor da multa é questão afeta ao relator e ao colegiado, sendo despropositado à unidade técnica opinar acerca de sua alteração, uma vez que se insere na margem discricionária do julgador, sendo cabível a este exame técnico somente concluir pela observância dos preceitos legais na apenação sob comento.

42. Portanto, à luz desses dispositivos, o valor aplicado de R\$4.000,00 correspondeu a aproximadamente 9% do valor máximo retrocitado, o que, por sua vez, se encontra dentro dos parâmetros estabelecidos pelo RI/TCU e, por consectário lógico, dentro dos propósitos

dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo legal e regimentalmente embasado.

III.3. Da emergência da contratação da Empresa Amazonorte Carga Express Ltda.

43. Os Srs. Camilo Gil Cabral, Diretor Técnico e Elson Athan da Silva, Gerente do Departamento de Manutenção do Interior invocam a tese defensiva.

Argumentos:

44. Esclarecem, inicialmente, que as contratações sob discussão foram realizadas pela antiga Companhia Energética do Amazonas – CEAM, ligada à Eletrobrás, e responsável pelo abastecimento energético do interior do Amazonas.

45. Após relatarem dificuldades operacionais e orçamentárias da CEAM para a prestação dos serviços no interior do Estado do Amazonas, discorrem que o contrato para transporte de cargas (materiais, equipamentos e insumos) para a empresa, celebrado entre a CEAM e a empresa privada Transglobal, era gerenciado, à época, pelo Departamento de Apoio Logístico, subordinado à Diretoria Administrativa, sem relação funcional ou de hierarquia com a área técnica.

46. Afirmam que a Diretoria Administrativa tinha a intenção em prorrogar o contrato com a Empresa Transglobal, por mais seis meses, até que se ultimassem as providências para realização do certame licitatório, contudo a proposta foi rejeitada pela contratada sem que houvesse reajustamento dos valores dos serviços. Ademais, o Sr. Elson Athan da Silva relata que o contrato vigente foi rompido unilateralmente pela contratada, que declinou da realização dos serviços, três meses antes do término da vigência.

47. Em razão da negativa da contratada, foi realizado pelo Departamento de Apoio Logístico, subordinado à Diretoria Administrativa, pesquisas de preços de mercado para que se procedesse à contratação por dispensa de licitação, contudo, os valores pesquisados foram bem superiores aos praticados pela Empresa Transglobal.

48. Dessa forma, frustrada a tentativa de se contratar diretamente, por dispensa de licitação, e para se evitar colapso geral e imediato no fornecimento de energia nas 102 usinas da área de concessão da empresa, os Departamentos de Operação do Interior – TOI e Manutenção do Interior – TMI providenciaram, em caráter emergencial, excepcional e temporário os serviços de transporte dos materiais, equipamentos e insumos às usinas da CEAM, por intermédio da Empresa Amazonorte, para a manutenção da geração de energia no interior do Amazonas.

49. A emergência, nos dizeres dos recorrentes, decorreu da suspensão dos serviços de transporte pela empresa Transglobal Ltda. e das infrutíferas tentativas para se obter nova contratação por meio de dispensa de licitação, não prosperando as razões do Tribunal para afirmar que os serviços contratados eram previsíveis. Ressaltam a inexistência de outra opção, senão a contratação de serviços de transporte fracionada, sob pena da paralisação total do fornecimento de energia elétrica no interior do Estado do Amazonas.

50. Insistem na tese de ausência de prestadores do serviço requerido no Estado e na dificuldade de provimento de um serviço público e essencial como o de energia elétrica no interior do Amazonas. Por isso, os atos praticados que **a priori** seriam irregulares não se revestem de vícios, ante a impossibilidade de se proceder de forma diversa e, portanto, em conformidade com o interesse público.

51. Acrescentam que os serviços de transporte foram contratados em caráter temporário, excepcional e emergencial e finalizados com a assinatura da nova contratação de transporte aéreo rodofluvial.

52. Superada a questão afeta a contratação emergencial, o recorrente relata os serviços prestados pela Empresa Amazonorte como agenciadora e destaca que os preços dos

serviços prestados à CEAM, inclusive os de transporte fluvial, foram compatíveis com os praticados pela contratada anteriormente.

53. Destacam a dificuldade de contratação dos serviços no mercado, confirmada posteriormente, ante a licitação deserta promovida pelo setor de apoio logístico da empresa estatal.

54. Em razão deste fato, poderia, também, a contratação em destaque ser enquadrada no art. 26, V, da Lei 8.666/1993, sendo que as providências adotadas tiveram como objetivo evitar prejuízo maior a empresa e aos consumidores.

55. Ressaltam que jamais foi transportado óleo lubrificante por via aérea, somente por via fluvial e que das notas fiscais selecionadas na auditoria, apenas quatro referem-se a transporte de materiais por via aérea, e nestas quatro notas não consta transporte de óleo lubrificante.

56. Afirma, ainda, que não se contratou fretamento aéreo, mas transporte por via aérea. Para tanto, argumentam que os valores das notas fiscais liquidadas jamais poderiam corresponder a fretamento exclusivo de aeronaves, dado o seu baixo valor, e sim, como o que realmente ocorreu, a utilização de aeronave comercial para transporte de materiais e equipamentos aos diversos municípios do Estado. Também a contratação da Amazonorte demonstraria o afirmado, uma vez que tal contratada é apenas agenciadora do transporte.

57. Ato contínuo, mencionam que os serviços prestados pela Amazonorte eram diferenciados, pois, foram executados de “porta a porta.” Implica dizer que a agenciadora dos transportes recolhia os itens a serem transportados na porta da Amazonas Energia em Manaus, ou em outro local indicado pela empresa, e os entregava na porta das agências no município do interior do Estado determinado pela CEAM, providenciando, inclusive, o “desembarço alfandegário” (liberação da nota fiscal na Sefaz). Ressaltam a singularidade do serviço, as complicações do transporte fluvial no Estado e a inexistência de serviços similares aos prestados pela contratada no mercado.

58. Os recorrentes contraditam, ainda, a suposta irregularidade no pagamento do transporte de gerador de Nova Olinda do Norte-Manaus e Manaus-Boa Vista do Ramos. Para o TCU, ao se consultar o mapa do Estado seria possível observar que não teria necessidade passar pela Capital Manaus e sim enviar, diretamente, o equipamento de Nova Olinda do Norte para Boa Vista do Ramos.

59. Os recorrentes afirmam que ao se consultar o mapa do Estado tal conclusão poderia ser obtida, contudo a realidade logística de transporte não permite tal conclusão, pois as cidades estão localizadas em duas calhas de rios distintos. Boa Vista do Ramos estaria localizada na calha do Baixo Amazonas e Nova Olinda do Norte na calha do Rio Madeira e não existe nem existiria, comercialmente, transporte entre calhas de rios diferentes, daí a necessidade de trazer o equipamento a Manaus, centro de logística fluvial do Estado do Amazonas, e trocá-lo de embarcação. Alega, ainda, que alegação é de fácil verificação, bastando uma ligação para a empresa de navegação.

Análise:

60. Para o deslinde da questão é necessário à verificação do fato, da conduta, do nexo de causalidade, da culpa **lato sensu** e da culpabilidade dos gestores recorrentes. No caso vertente, entende-se inequívocos os elementos típicos (Peça 2, p.4-7, Peça 6, p. 36-39 e Peça 239, p. 3) que compõe a irregularidade, quais sejam:

a) Fato/Irregularidade: Contratação direta, pela área técnica, sem a adequada caracterização de emergência ou calamidade pública e sem as formalidades exigidas para a dispensa de licitação prevista no art. 26, IV da Lei 8.666/1993.

A ausência da situação emergencial não teria se caracterizado, por serem os transportes previsíveis e sujeitos a prévio planejamento da Administração.

A lista constante da Peça 41, p.58 contém as contratações irregulares.

b) Condutas: As condutas identificadas dos diversos responsáveis não foram individualizadas e atribuiu-se a mesma conduta a todos os responsáveis (Peça 2, p. 6), qual seja: “Autorização de contratação de fretamento de aeronave, caracterizando irregularmente como atendimento a situação emergencial”.

De toda forma, ao se avaliar a documentação que serviu de parâmetro para a apenação é possível verificar a conduta dos diversos responsáveis, as quais serão avaliadas por ocasião do exame das circunstâncias subjetivas de cada recorrente nos itens subsequentes, por isso dispensáveis para o exame da irregularidade em si.

c) Nexa de Causalidade: O nexa de causalidade entre as condutas e a irregularidade também foi único, assim descrito (Peça 2, p. 6), “Permitiram a imputação de ônus indevido à Manaus Energia”.

d) Culpa: A culpa dos gestores restou configurada, culpa contra a legalidade, uma vez que desobedeceu as normas descritas, qual seja o art. 26, IV da Lei 8.666/1993.

61. Embora presentes os elementos típicos da irregularidade, entende-se que as ações dos recorrentes não podem ser consideradas culpáveis, logo ausente pressuposto para a imposição da sanção, qual seja a culpabilidade.

62. Vale destacar que culpa e culpabilidade não se confundem, pois a primeira é requisito da irregularidade e a segunda pressuposto para aplicação da pena. Embora, caracterizada a culpa dos gestores, entende-se que suas condutas não seriam culpáveis, pelo que se passa a expor.

63. Importante mencionar que a condenação decorreu da contratação direta de transporte de mercadorias e serviços, portanto, previsíveis. Nota-se que a última prestadora dos aludidos serviços somente os executou até agosto de 2007 e as contratações ocorreram em maio de 2008. De acordo com o TCU haveria tempo suficiente para que se promovesse a licitação e, mediante o devido certame, se pactuasse com a vencedora os serviços.

64. Entende-se que, **a priori**, se deveria identificar na estrutura organizacional da empresa qual o setor encarregado da contratação dos serviços de transporte. O setor responsável pela realização da contratação e a operacionalização da licitação, na estrutura organizacional da Amazonas Distribuidora de Energia S.A, seria da responsabilidade do Departamento de Apoio Logístico vinculado à Diretoria Administrativa ou da Diretoria Técnica por meio de seus órgãos subordinados? Não se verificou nos autos a discussão acerca da responsabilidade, pois se discutiu a irregularidade em si considerada e se relacionou como responsáveis os gestores da diretoria técnica que efetivamente contrataram os serviços de transporte.

65. Neste momento, os gestores condenados argumentam que a realização da licitação ou mesmo a contratação direta seria de responsabilidade da Diretoria Administrativa.

66. Conforme já afirmado, não foi discutido a quem caberia a realização da licitação. Não há nenhuma indicação ou suporte documental que permita inferir ser da Diretoria Técnica a responsabilidade pela tempestiva realização da licitação. Infere-se das razões recursais que a aludida atribuição caberia efetivamente ao Departamento de Apoio Logístico subordinado à Diretoria Administrativa.

67. Dessa forma, não cabia à Diretoria Técnica e seus departamentos a contratação, mas a utilização dos serviços. A responsabilidade desta área estava adstrita a operacionalização da contratação, após efetivados os procedimentos licitatórios. Competia então à área técnica, todos os atos administrativos relacionadas à prestação do serviço em si, desde a requisição até a aprovação da despesa.

68. Adotado o delineamento fático dos parágrafos precedentes como premissas, não é difícil perceber que a situação vivenciada pelos recorrentes e a contratação dos serviços não ocorreu em condições e circunstâncias normais.

69. Nota-se que as providências, desde o rompimento unilateral do contrato pela Transglobal (Ago/2007), estariam a cargo do Departamento de Apoio Logístico subordinado à Diretoria Administrativa e, se não adotadas tempestivamente e a contento, deveriam ser os agentes deste setor chamados a responder pela omissão e falta de planejamento.

70. De toda forma, a Diretoria Técnica e seus departamentos seriam os usuários dos serviços. Extrai-se, portanto, que a Diretoria Técnica era “cliente interno” da Diretoria Administrativa, que, por meio do seu Departamento de Apoio Logístico, deveria lançar a licitação, promover o certame e contratar os serviços de transporte.

71. Ocorre que a área de suporte (Departamento de Apoio Logístico) não conseguiu suprir seu “cliente interno”, promovendo o certame licitatório, a fim de colocar à disposição da Diretoria Técnica os serviços de transporte de cargas.

72. Dessa forma, se há responsabilidade por potencial falta dos serviços e ausência de planejamento do transporte de cargas, aparentemente, esta seria da Diretoria Administrativa e não da Diretoria Técnica, “cliente interno” e dependente da correta prestação de outros setores.

73. Por sua vez, a Diretoria Técnica, submetida à situação fática, registra-se anormal, e com a tarefa de prover os serviços de energia elétrica a todo o interior do Estado do Amazonas, para os quais os transportes, tanto de óleo combustível, quanto dos equipamentos e materiais de manutenção, eram imprescindíveis, restaria duas alternativas.

74. A um, contratar, ainda que em desrespeito à Lei 8.666/1993, diretamente um prestador de serviços e cumprir com sua tarefa precípua de prover o interior com os serviços de energia. A dois, aguardar as providências do Departamento de Apoio Logístico e por em risco o fornecimento de energia no interior do Estado do Amazonas.

75. Ante as opções, há que se perguntar, qual seria a ação a melhor atender o interesse público na situação concreta experimentada pelos recorrentes. Conforme dito, para se submeter a todos os preceitos legais, deveriam os gestores aguardar as providências da área administrativa da empresa, uma vez que a antiga contratada já havia abandonado o contrato e não havia, desde de Ago/2007 a Abr/2008, qualquer medida no sentido de atender as demandas internas do Departamento Técnico, o que colocava em risco o fornecimento de energia.

76. Entende-se dispensáveis comentários dos malefícios da falta de energia e os prejuízos tanto para a economia local quanto para a antiga Manaus Energia-Ceam.

77. Não há como exigir dos recorrentes conduta diversa, caso se omitissem e não solucionassem a falta do setor de apoio, poderiam ser acusados, exatamente, pelo desabastecimento de energia e por não adotarem medidas alternativas, com o fim de cumprir com sua missão precípua e fundamental que era garantir o suprimento energético das cidades e comunidades do interior do Estado do Amazonas.

78. Assim, no caso vertente, a contratação direta, embora tida por ilícita e não autorizada, mostra-se escusável, uma vez que adotada em circunstâncias excepcionais. Logo, ausente o pressuposto para imputação da pena, qual seja, existência da culpabilidade.

79. Milita ainda em favor dos recorrentes a ausência de elementos ou indícios de inexecução dos transportes ou sobrepreço/superfaturamento dos serviços. Em relação à questão do transporte do gerador Nova Olinda do Norte-Manaus e Manaus-Boa Vista do Ramos, entende-se justificada no recurso, ante a ausência de calhas comunicantes de tráfego fluvial, necessitando o deslocamento ser realizado até Manaus e, em seguida, para Boa Vista do Ramos.

80. Nessa toada, tendo em vista que os recursos interpostos versam sobre circunstâncias objetivas, uma vez que se propõe escusável a conduta de todos os gestores vinculados à Diretoria Técnica, entende-se que as razões também alcançam o Sr. João Bosco Melo de Souza, gerente do Departamento de Operação do Interior e sua responsabilidade, nos termos do art. 281 do RI-TCU.

81. Dessa forma, propõe-se a exclusão das multas dos Srs. Camilo Gil Cabral, Diretor Técnico; Elson Athan da Silva, Gerente do Departamento de Manutenção do Interior; João Bosco Melo de Souza, Gerente do Departamento de Operação do Interior; e Breno Soares Feitoza, Engenheiro, ante a inexigibilidade de conduta diversa por ocasião da situação fática apresentada à época dos fatos.

III.4 Das Razões Recursais da Sra. Andressa Veronique Pinto Gusmão de Oliveira, Assessora Jurídica – R001

III.4.1 Da impossibilidade de responsabilização do parecerista jurídico.

Argumentos:

82. Quanto à responsabilização do parecerista jurídico, a recorrente invoca o MS/STF 24.073, da relatoria do Ministro Carlos Velloso, para afirmar a impossibilidade de se responsabilizar solidariamente com o gestor o parecerista jurídico, a exceção das hipóteses em que “se configurarem danos decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticada com culpa (lato sensu), bem como no caso de pareceres vinculantes.”

83. Assevera que as hipóteses de responsabilização delineadas não se mostram presentes no caso sob comento.

84. Afasta de plano a omissão em decorrência do parecer.

85. Sobre o erro grave ou inescusável, alega que atuou em conformidade com a jurisprudência desta Corte de Contas que por inúmeras vezes (Acórdãos 1.557/2005 – Plenário, TC- 010.987/2004-8; 1.487/2003 – Plenário, TC-005.152/2002-1; 295/2004 – 2ª Câmara, TC- 009.075/2002-9; e 2.320/2004 – 1ª Câmara, TC-010.912/2003-9) já se manifestou pela possibilidade de dispensa de licitação, em face da Lei 8.958/1994, na contratação “de instituição brasileira incumbida regimentalmente ou estatutariamente de pesquisa, do ensino do desenvolvimento institucional, e não tenha fins lucrativos,” hipótese na qual enquadra-se a Fundação Coge.

86. Noutra linha defensiva, discorre sobre os pareceres opinativos, obrigatórios e vinculantes, citando respeitável doutrina brasileira e o MS 24.584, argumentando que o parecer exarado era meramente opinativo e não tinha o condão de vincular as decisões dos gestores. Alega que a “obrigação a que o administrador está vinculado por determinação normativa, é a de requerer o parecer. Mas isso não significa que ele deve decidir de acordo com as conclusões opinadas pelo parecerista, podendo agir de forma diversa, desde que motive.”

87. Conclui que não se “mostrou omissa, ou mesmo incorreu em grave erro inescusável, bem como não emitiu parecer de caráter vinculante”, logo, há de ser afastada sua responsabilização.

88. Nesse sentido tem decidido esta Corte de Contas (Acórdão 1.591/2011 – Plenário).

Análise:

89. A recorrente alega que não pode ser responsabilizada por este Tribunal, uma vez que apenas emitiu parecer jurídico.

90. Esta Corte de Contas tem entendimento firmado no sentido de que o parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário, nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for obrigatório – caso em que há expressa exigência legal - ou mesmo opinativo. Embora não

exerça função de execução administrativa, nem ordene despesas ou utilize, gereencie, arrecade, guarde e administre bens, dinheiros ou valores públicos, o parecerista jurídico pode ser arrolado como responsável por este Tribunal, pois o art. 71, inciso II, da Constituição Federal responsabiliza aqueles que derem causa a perda, extravio “ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário”.

91. O voto condutor do Acórdão 190/2001-TCU-Plenário expõe com precisão a posição deste Tribunal sobre o tema, nos seguintes termos:

‘O entendimento de que os procuradores jurídicos da administração não poderiam ser responsabilizados pelos seus pareceres levaria, no limite, à esdrúxula situação em que, fosse qual fosse a irregularidade praticada, ninguém poderia ser responsabilizado, desde que houvesse parecer do órgão jurídico como respaldar da decisão. O dirigente alegaria que agiu com base em parecer do órgão jurídico e procuraria esquivar-se da responsabilidade. A procuradoria jurídica, por sua vez, não seria responsabilizada, porque, por petição de princípio, gozaria de plena liberdade para opinar da forma que quisesse, por mais antijurídica que fosse, **situação que daria margem a todo tipo de ilícito, por parte dos gestores menos ciosos da gestão dos recursos públicos, e poderia levar a um caos generalizado na administração**’ (grifos acrescidos).

92. A responsabilização solidária do parecerista por **dolo ou culpa** decorre da própria Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), a qual, em seu art. 32, dispõe que o “advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. A disciplina do art. 186 do Código Civil conduz à mesma conclusão, ao estatuir o seguinte: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Ademais, complementando o dispositivo citado, o art. 927 do mesmo código traz a seguinte previsão: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Assim, existindo parecer que por dolo ou culpa induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que firam princípios da administração pública, poderá ensejar a responsabilização pelas irregularidades e prejuízos aos quais tenha dado causa.

93. O Supremo Tribunal Federal, tratando sobre a responsabilização de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico, admitiu a responsabilidade solidária do parecerista em conjunto com o gestor, conforme voto condutor proferido em julgamento do Plenário (MS 24631/DF, de 9/8/2007, Relator Ministro Joaquim Barbosa):

‘B) Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, **a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão**, e assim, em princípio, **o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador**, pois ele é também administrador nesse caso’. (grifos acrescidos)

94. Vale ressaltar que o parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/1993 prescreve que as “minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração” (parecer obrigatório). O Ministro Marco Aurélio, ao discorrer sobre a responsabilidade do consultor jurídico nesse caso, assim se pronunciou no voto condutor do MS 24584/DF, de 9/8/2007, de sua relatoria:

‘Daí a lição de Marçal Justen Filho em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª edição, página 392, citada no parecer da Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União, no sentido de que, **‘ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assime responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado**’.

(...)

Os servidores públicos submetem-se indistintamente, na proporção da responsabilidade de que são investidos, aos parâmetros próprios da Administração Pública. A imunidade profissional do corpo jurídico – artigo 133 da Constituição Federal – não pode ser confundida com indenidade. Fica sujeita, na Administração Pública, aos termos da lei, às balizas ditadas pelos princípios da legalidade e da eficiência. **Dominando a arte do Direito, os profissionais das leis também respondem pelos atos que pratiquem.**’ (grifos acrescentados)

95. A jurisprudência desta Corte de Contas há muito consolidou esse entendimento, conforme consignado nos acórdãos 1.674/2008-Plenário e 157/2008-1ª Câmara.

96. Assim, no entendimento desta Corte não prospera o argumento de que o dever do gestor limita-se a colher o parecer do órgão jurídico, mas a obrigação de a ele se submeter, por ser vinculante.

97. **In casu**, conforme abordado no item III.1, o objeto do certame apresentava contradições e incompatibilidades com os serviços de consultoria e não apontados pela assessora jurídica, o que motivou a sua condenação.

98. Nestas razões recursais, uma vez rechaçadas as alegações acerca da legalidade da dispensa e da impossibilidade de se apenar o parecerista jurídico, não restou argumento a afastar a apenação da recorrente.

III.5 Das Razões Recursais do Sr. Camilo Gil Cabral, Diretor Técnico – R002

III.5.1 Da impossibilidade de responsabilização do Diretor Técnico.

Argumentos:

99. Assevera o recorrente que sua responsabilidade como Diretor Técnico da Manaus Energia e CEAM, até o dia 21/5/2008, limitava-se a aprovar as requisições de compras, cabendo a Diretoria Administrativa e aos Gerentes dos Departamentos de Manutenção e Operação a responsabilidade pelas ações operacionais. Logo, não participava diretamente do processo de contratação.

100. Alega que deve a ele ser dado tratamento similar ao dispensado, nestes autos, aos Conselheiros da Administração por ocasião da dispensa de contratação da empresa Wartsila, uma vez que as providências necessárias ao atendimento das formalidades exigidas para a dispensa de licitação previstas no art. 26, da Lei 8.666/1993 estavam a cargo dos Departamentos de Manutenção e Operação da Diretoria Técnica.

101. Afirma, ainda, não poder ser responsabilizado, pois como diretor não responde por atos de subordinados, supostamente, ilegais. Assevera que sua única atribuição nos contratos era o assinar, o que era imposto pelos limites de competência da Amazonas Energia.

102. Enfatiza que os diretores não participaram da elaboração dos documentos tidos por irregulares (requisições de compra), restringindo-se a validar eletronicamente as autorizações por força de sua competência funcional. As responsabilidades seriam dos gerentes de departamento e seus subordinados, sendo desumano se exigir dos diretores acompanhar todas as fases do processo licitatório e das despesas realizadas na empresa. Nesse sentido, cita o Acórdão 1.231/2004 – Plenário.

Análise:

103. Vale registrar, em conformidade com o item III.3 desta instrução, que subsiste a irregularidade referente à contratação emergencial, contudo entendeu-se que a conduta dos gestores foi escusável, ante a inexigência de conduta diversa.

104. Por outro lado, se se considerar a conduta dos gestores culpável, não há como afastar a responsabilidade do Diretor Técnico.

105. Não se trata de responder por atos de subordinados, **in casu**, o gestor participou da prática do ato e o fato dele seguir o proposto por seus subordinados não o torna imune à censura do Tribunal.

106. Os atos dos subordinados não vincularam o diretor, ao contrário, no caso vertente possuem aparência de ajustados à vontade de todos os envolvidos. De qualquer forma, se os atos fossem ilegais e culpáveis teria o superior a obrigação de analisar a correção do conteúdo dos documentos e das requisições de compras e não aprová-las.

107. Desse modo, não há como acolher o argumento apresentado.

III.5 Das Razões Recursais do Sr. Breno Soares Feitoza, Engenheiro – R003

III.5.1 Do Cerceamento de Defesa.

Argumentos:

108. Alega o cerceamento de defesa em razão de a instrução de mérito que sustentou a condenação pelo Tribunal sequer avaliou os “Memoriais” (Peça 8, p. 5-50) com justificativas e fatos novos apresentados pelo recorrente, cerceando o seu contraditório e sua ampla defesa.

Análise:

109. Não assiste razão ao recorrente, importante mencionar que a etapa de instrução processual se encerra no momento em que o titular da unidade técnica emite seu parecer conclusivo (Peça 7, p. 13). Memoriais podem ser distribuídos aos gabinetes das autoridades após essa etapa, mas não condicionam a avaliação do julgador. Memoriais não se prestam a aditar as razões recursais apresentadas ao órgão judicante no correto momento processual. Este foi o entendimento do Tribunal no Acórdão 4.466/2013 – 2ª Câmara.

110. No caso vertente, os memoriais foram entregues em 30/4/2012 (Peça 8, p. 5-50), após a emissão do parecer conclusivo da unidade técnica realizada no dia 29/11/2011 (Peça 7, p. 13).

111. Logo, a ausência de avaliação da defesa exposta em Memoriais, diga-se, complementares as razões de justificativa, inserido após a emissão do parecer conclusivo da unidade técnica, não viola a ampla defesa e não tem o condão de anular o acórdão recorrido.

III.5.2 Da ausência de participação nas supostas irregularidades cometidas.

Argumentos:

112. Alega o recorrente que não teve qualquer participação nas supostas irregularidades apontadas pelo TCU. Relata que é empregado da Eletrobrás Amazonas Energia, exercendo o cargo de Engenheiro Eletricista no Departamento de Geração do Interior – DOG, sem qualquer função de chefia ou gerência. Assim, não possuía competência ou autonomia para autorizar a contratação de terceiros, pois seu papel como engenheiro estava adstrito a providenciar a emissão da requisição de compra, sem adentrar ao mérito da justificativa ou de como será operacionalizada a compra e a contratação.

113. Ato contínuo, lista as notas fiscais aduzidas pela auditoria e as relaciona as respectivas Requisições de Compra – RCs para em seguida argumentar que nem mesmo nas RCs auditadas constava seu aval, autorização, ordem ou qualquer documento que comprovasse sua participação.

114. Aduz que as RCs correspondentes as Notas Fiscais 482, 484-488, 490-494, embora conste seu carimbo, foram assinadas por outro servidor (Sr. Lincoln Robert da Costa Souza), uma vez que estava de férias no período, conforme comprova o Aviso de Férias acostado aos autos à Peça 263, p. 7.

115. Ante o exposto, alega que não pode o recorrente ser apenado por supostas irregularidades cometidas durante seu período de férias, devendo ser a multa a ele aplicada excluída.

Análise:

116. Vale registrar em conformidade com o item III.3 desta instrução que subsiste a irregularidade referente à contratação emergencial. Contudo, entendeu-se nesta instrução que a conduta de todos os envolvidos foi escusável, ante a inexigência de conduta diversa.

117. Por outro lado, se se considerar a conduta dos envolvidos culpável, de forma diversa do proposto nesta instrução, deve-se afastar a responsabilidade do Sr. Breno Soares Feitoza.

118. Mais uma vez vale destacar os elementos típicos (Peça 2, p.4-7, Peça 6, p. 36-39 e Peça 239, p. 3) que compõe a irregularidade, quais sejam:

a) **Fato/Irregularidade:** Contratação direta, pela área técnica, sem a adequada caracterização de emergência ou calamidade pública e sem as formalidades exigidas para a dispensa de licitação prevista no art. 26, IV da Lei 8.666/93.

A ausência da situação emergencial não teria se caracterizada por serem os transportes previsíveis e sujeitos a prévio planejamento da Administração.

A lista constante da Peça 41, p.58 contém as contratações irregulares.

b) **Condutas:** As condutas identificadas dos diversos responsáveis não foram individualizadas e atribuiu-se a mesma conduta a todos os responsáveis (Peça 2, p. 6), qual seja: “Autorização de contratação de fretamento de aeronave caracterizando irregularmente como atendimento a situação emergencial”.

c) **Nexo de Causalidade:** O nexo de causalidade entre as condutas e a irregularidade também foi único, assim descrito (Peça 2, p. 6), “Permitiram a imputação de ônus indevido à Manaus Energia”.

d) **Culpa:** A culpa dos gestores restou configurada, culpa contra a legalidade, uma vez que desobedeceu as normas descritas, qual seja o art. 26, IV da Lei 8.666/93.

119. A conduta atribuída ao Sr. Breno Soares Feitoza não encontra suporte probatório nos autos deste processo. Conforme argumentado, não restou demonstrado que o recorrente ocupasse qualquer cargo gerencial ou de gestão na Amazonas Distribuidora de Energia S.A à época dos fatos.

120. Ora, não há como se responsabilizar, por dispensa de licitação ilegal, ante a ausência de planejamento prévio das despesas, empregado que não ocupava qualquer cargo gerencial. Não se pode atribuir responsabilidade a subordinado que no cumprimento de seu dever simplesmente requisita os serviços, estes sim, essenciais ao desenvolvimento das atividades da empresa. Não é da competência do requisitante dos serviços saber se a empresa que os prestará foi devidamente contratada, pois não está no seu rol de atribuições tal exigência. Assim, não cabe a este agente responder por este tipo de irregularidade, tendo em vista que a ele cabe avaliar a necessidade dos serviços e por isto responder.

121. Dessa forma, não há como atribuir responsabilidade a engenheiro que não ocupava qualquer cargo gerencial, uma vez que a conduta (de autorizar “contratação de fretamento de aeronave, caracterizando irregularmente como atendimento a situação emergencial”) que desencadearia a contratação ilegal discutida não era afeta às suas competências funcionais e não foi por ele praticada.

122. Por outro lado, se se inferir que a conduta do agente não foi a autorização da realização das despesas, mas a sua solicitação, ainda assim não se pode validamente atribuir ao Sr. Breno Soares Feitoza a responsabilidade por dois motivos, quais sejam:

123. A um, porque, conforme discutido no parágrafo precedente, o agente que requisita não responde pela forma da contratação da empresa que executará o serviço, não há nexo

de causalidade entre a conduta de requisitar e a irregularidade da contratação da empresa por dispensa indevida. Este empregado responde pela necessidade ou desnecessidade do serviço e não pelo modo como a empresa prestadora foi contratada. Quanto à utilidade do serviço nada restou apontado de irregular, logo tal agente não deve responder pela contratação direta.

124. A dois, porque, ainda que se entenda que o agente deva responder pela ilegalidade da contratação e que exista nexos causal entre a contratação e a requisição dos serviços, alega o Sr. Breno Soares Feitoza que não foi ele o requisitante dos serviços.

125. Também em relação às requisições de compras não restou comprovado por esta Corte de Contas, por meio de documentos probatórios, a autoria do recorrente. Ao contrário, os documentos (requisições de compra), constantes da Peça 8, p. 14/16/18/20/22/24/26/28/30/32/34/36/38/40/42/44/46/47 e 50, demonstram que as emissões de serviços de frete foram confeccionadas no período de férias do recorrente, conforme se verifica no documento de Peça 8, p. 50.

126. Dessa forma, conclui-se que o Sr. Breno Soares Feitoza não teve qualquer participação, nas irregularidades apontadas pelo Tribunal, devendo, por consequência, ser afastada a multa, ainda que recusada a proposta do item III.3 desta instrução.

III.6 Das Razões Recursais do Sr. Ruy Ribeiro da Silveira, Gerente de Departamento Pessoal – R004

III.6.1 Da adequação do projeto básico e da pesquisa de preços realizada.

Argumentos:

127. Discorre sobre as dificuldades decorrentes da modificação do controle das Empresas Manaus Energia e CEAM para a Eletrobrás e da necessidade de se contratar a Funcoge para a elaboração e implantação do novo manual de organização da empresa.

128. Ante a urgência da contratação, argumenta acerca da impossibilidade de demonstrar passo a passo os procedimentos a serem adotados em cada área de atuação, detalhando as planilhas e os quantitativos e preços unitários, nos termos do art. 7º c/c art. 40, “F”, e art. 6º, IX, todos da Lei 8.666/1993. Para o recorrente, o objeto era especialíssimo, mostrando-se inviável a previsão e estimativa das horas de trabalho dos consultores especialistas. Assim, no final de cada mês as horas eram contabilizadas em virtude das horas efetivamente trabalhadas, sendo pagas com base nos valores do contrato.

129. A seguir, alega que a pesquisa de preços teve por fundamento os honorários de Consultoria Organizacional realizada pelo Instituto Brasileiro dos Consultores de Organização (IBCO), em agosto de 2008, 9ª edição. Tal periódico apresentava preços superiores aos praticados pela Funcoge. Após discussões e definição dos serviços em parceria com a Funcoge obteve-se preço final para as atividades de consultoria, o que se mostrou inferior aos praticados por outras empresas de consultoria. Alega, ainda, que os encargos e custos indiretos sobre os salários eram inferiores a outros processos licitatórios realizados pela Eletrobrás Amazonas Energia.

130. Conclui, afirmando que tanto o projeto básico elaborado, quanto as planilhas com as composições de custo constam do processo administrativo e satisfazem as formalidades e exigências legais.

Análise:

131. Das razões recursais verifica-se que o próprio recorrente admite a incompletude do projeto básico ao afirmar a urgência do pleito e a impossibilidade de determinar os procedimentos a serem adotados em cada área de atuação, o que denota o descumprimento do disposto na alínea “f” do inciso IX do artigo 6º da Lei 8.666/1993.

132. Ainda que se pudesse acatar a pesquisa de preços realizada, subsistem as demais falhas do objeto e a inadequação do projeto básico. Não é demais lembrar que o projeto não especificava exatamente quais os produtos e em que quantidades deveriam ser entregues pelos consultores. O projeto se limitou a estimar um valor por hora trabalhada por consultor sem especificar o resultado. Por oportuno, reproduz-se trecho do voto condutor, **verbis**:

‘34. Sobre o projeto básico insuficiente (achado 6), foi apontado que as planilhas de custos apresentadas na dispensa de licitação não continham orçamento detalhado do custo global, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, conforme alínea “f” do inc iso IX do artigo 6º da Lei 8.666/1993.

35. O processo continha apenas a planilha com as categorias de consultores, quantidade de horas e a respectiva remuneração. Não havia estudo para fundamentar o cálculo da necessidade por categoria de consultor, relacionando-a à quantidade de horas a serem alocadas em cada atividade. Não havia indicação dos fornecimentos (resultados) e seus quantitativos. Quanto aos valores, constava dos autos apenas que havia sido realizada pesquisa de mercado pelo Instituto Brasileiro de Consultores para determinar os preços de hora-homem por mês. O valor global previsto para viagens (R\$ 100.000,00) também não foi justificado.’

133. Assim, verifica-se que em suas razões, o recorrente não apresenta argumentos a elidir a irregularidade acerca da insuficiência do projeto básico, limitando-se a afirmar que satisfazem as formalidades e exigências legais.

134. Ante o exposto, entende-se não sanadas as irregularidades relacionadas ao projeto básico apontadas no acórdão condenatório.

III.7 Das Razões Recursais do Sr. Luis Hiroshi Sakamoto, Diretor de Gestão – R005

III.7.1 Da impossibilidade de responsabilização do Diretor de Gestão.

Argumentos:

135. Na mesma linha de raciocínio do Diretor Técnico, assevera que sua responsabilidade, como Diretor de Gestão, limitava-se a propor e assinar os contratos.

136. Afirma, ainda, não poder ser responsabilizado, pois como diretor não responde por atos de subordinados, supostamente, ilegais. Assevera que jamais participou da confecção e (ou) elaboração dos documentos basilares da contratação, restringindo-se a assiná-los, por força de competência funcional definida nos normativos.

Análise:

137. Na mesma esteira do exame empreendido para o Diretor Técnico, não há como afastar a responsabilidade do Diretor de Gestão.

138. Não se trata de responder por atos de subordinados, **in casu**, o gestor participou da prática do ato e o fato de seguir o proposto por seus subordinados não o torna imune à censura do Tribunal.

139. Os atos dos subordinados não vincularam o diretor, ao contrário, no caso vertente possuem aparência de ajustados à vontade de todos os envolvidos. Ao gestor cabe a decisão sobre a prática do ato administrativo eventualmente danoso ao erário. O fato de ter agido com respaldo em providências de subordinados não tem força para impor ao administrador a prática de um ato manifestamente irregular, uma vez que a ele cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a contratações, que vão gerar pagamentos.

140. Os gestores têm obrigação de analisar a correção do conteúdo destes documentos. Assim, atos praticados por subordinados ratificados e validados por superiores não eximem os últimos de responsabilidade, a qual é aferida levando em consideração a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos

no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio deste Tribunal, **ex vi** do art. 70, **caput**, e 71, inciso II, da Constituição Federal.

141. Desse modo, não há como acolher o argumento apresentado.

III.8 Das Razões Recursais do Sr. Elson Athan da Silva, Gerente do Departamento de Manutenção do Interior – R006

142. Registra-se que as razões recursais trazidas pelo Sr. Elson Athan da Silva, Gerente do Departamento de Manutenção do Interior foram consolidadas e analisadas nos itens III.2 e III.3 desta instrução, conforme critério previamente definido.

IV. CONCLUSÃO

143. Ante o exposto no subitem III.3. desta instrução, propõe-se a reforma do acórdão condenatório e a exclusão da responsabilidade e da multa aplicada aos Srs. Camilo Gil Cabral, diretor técnico; Elson Athan da Silva, gerente do Departamento de Manutenção do Interior; João Bosco Melo de Souza, gerente do departamento de operação do interior; e Breno Soares Feitoza, engenheiro, uma vez que se entendeu não ser exigível condutas diversas das adotadas ante as circunstâncias de fato e direito postas.

144. De toda forma, caso se discorde do proposto, deve ser afastada a apenação imputada ao Sr. Breno Soares Feitoza, uma vez que não praticou qualquer ato relacionado ao fato tido por irregular pelo Tribunal, tendo em vista que no período dos supostos atos irregulares encontrava-se em período de férias.

V. DA PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

145. Isto posto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo, com fulcro no art. 48, da Lei 8.443/1992, a esta Corte de Contas:

- a) conhecer dos recursos interpostos pelos Srs. Luis Hiroshi Sakamoto, Diretor de Gestão; Ruy Ribeiro da Silveira, Gerente de Departamento Pessoal e Sra. Andressa Veronique Pinto Gusmão de Oliveira, Assessora Jurídica, e, no mérito, negar-lhes provimento;
- b) conhecer dos recursos interpostos pelos Srs. Elson Athan da Silva, Gerente do Departamento de Manutenção do Interior; Camilo Gil Cabral, Diretor técnico; e Breno Soares Feitoza, Engenheiro, e, no mérito, dar-lhes provimento para tornar sem efeito a multa objeto do item 9.4 em relação a todos os responsáveis arrolados no item 9.2 do Acórdão 2.017/2013 – TCU – Plenário.
- c) dar conhecimento às partes e aos órgãos/entidades interessados da deliberação que vier a ser proferida.”

É o Relatório.