

GRUPO II – CLASSE IV – PLENÁRIO

TC-028.277/2010-4

Natureza: Prestação de Contas (exercício de 2009)

Responsáveis: Eurides Luiz Mescolotto (Diretor-Presidente), Ronaldo dos Santos Custódio (Diretor-Presidente substituto), Paulo Afonso Evangelista Vieira (Diretor de Gestão Administrativa e Financeira) e outros (peça 2, p. 1-8)

Unidade: Eletrosul Centrais Elétricas S. A.

Sumário: PRESTAÇÃO DE CONTAS. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE EM PROCESSOS LICITATÓRIOS. AUDIÊNCIA. ACOLHIMENTO PARCIAL DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. CONTAS REGULARES COM RESSALVA DOS GESTORES CHAMADOS EM AUDIÊNCIA. CONTAS REGULARES DOS DEMAIS RESPONSÁVEIS ARROLADOS. DETERMINAÇÕES.

RELATÓRIO

Trata-se de processo de prestação de contas ordinária da Eletrosul Centrais Elétricas S.A., relativa ao exercício de 2009.

2. À peça 26, o Auditor da Secex/SC propôs julgar irregulares as contas de Eurides Luiz Mescolotto, Ronaldo dos Santos Custódio e Paulo Afonso Evangelista Vieira, Diretor-Presidente, Diretor-Presidente substituto e Diretor de Gestão Administrativa e Financeira da Eletrosul, respectivamente, no exercício em comento, aplicando-lhes individualmente a multa do art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, pelas seguintes ocorrências (peça 26, p. 11):

“b.1) não realização de adequada pesquisa de preços junto ao mercado (Pregão Eletrônico 81280088 e Concorrência 81250073), conforme previsto na legislação aplicável, em particular os arts. 7º, § 2º, inciso II; 15, § 1º, inciso V; 43, incisos IV e V; da Lei 8.666/1993;

b.2) uso indevido da modalidade de licitação pregão eletrônico [Pregões Eletrônicos 81280059 (fretamento de helicóptero), 81280088 (aquisição de estruturas metálicas e postes de concreto), 81280109 (serviços de escala, embalagem, carga, transporte e descarga de estruturas metálicas), 81280127 (escadas de manutenção para postes de concreto) e 81270106 (serviços de movimentação e transporte de três bobinas de cabo submarino)], haja vista que tais contratações não se enquadram como de bens e serviços comuns, conforme preceitua o Decreto 3.555/2000, bem como estão em desacordo com determinação específica constante no TC 021.383/2009-5, Acórdão 6417/2009-TCU-1ª Câmara, de 10/11/2009;

b.3) realização de novas licitações em modalidades impróprias [11 (onze) novos processos de aquisição (parcelamento de obra em dez licitações e uma dispensa de licitação, com base no art. 23, § 5º, da Lei 8.666, de 1993), processos esses abertos em decorrência da rescisão do contrato 81250137, originado da Concorrência 81250091 e firmado com a Santa Rita Comércio e Instalações Ltda.], em vez da modalidade originalmente usada para a mesma obra, qual seja, concorrência.”

3. Seguem, no essencial, os termos da mencionada instrução:

HISTÓRICO

4. No âmbito do Tribunal de Contas da União, em instrução anterior (peça 12), verificaram-se indícios de irregularidade relativos a:

a) inadimplência no atendimento de determinação constante do subitem 9.1.2 do Acórdão 1.905/2009-TCU-Plenário, referente a relatório de auditoria do Fiscobras 2009;

b) processo licitatórios:

- b.1) não realização de adequada pesquisa de preços junto ao mercado;
- b.2) uso indevido da modalidade de licitação pregão eletrônico;
- b.3) realização de processos de licitação sem observância de adequada comprovação da regularidade fiscal dos licitantes;
- b.4) indícios de rescisão contratual injustificável, parcelamento de obra e realização de novas licitações em modalidades impróprias;
- c) liquidação de despesas:
 - c.1) pagamentos sem haver a prévia emissão de documento fiscal, mediante fatura pró-forma;
 - c.2) pagamentos mediante documentos fiscais inadequados em sua forma e conteúdo; e
 - d) cessão de grande contingente de empregados para outras entidades, causando redução da força de trabalho e despesas passíveis de reembolso apenas em longo prazo.

5. Ao pronunciar-se nos autos, com as vênias de estilo, o diretor técnico da 1ª Diretoria Técnica da Secex-SC dissentiu da proposta de encaminhamento apresentada na instrução mencionada no item anterior, e propôs encaminhamento diverso, que fora pelo julgamento de mérito imediato das contas, com ressalvas e determinações e alertas à Eletrosul, e determinação à Controladoria Geral da União (peça 13). Com tal proposta substitutiva concordou o titular da Secex-SC (peça 14), sendo os autos encaminhados ao relator por intermédio do Ministério Público junto ao TCU.

6. A representante do Parquet, fiscal da lei, a quem coube a análise dos autos, por entender que alguns dos indícios de irregularidade apontados na instrução inicial deveriam, sim, ensejar a audiência dos responsáveis, emitiu parecer em que, pedindo escusas por discordar parcialmente do entendimento do diretor técnico e do titular da unidade técnica, manifesta-se pela promoção de providências preliminares ao julgamento de mérito destas contas, conforme ali específica (peça 15).

7. Três indícios de irregularidades deram ensejo às audiências dos Srs. Eurides Luiz Mescolotto, Ronaldo dos Santos Custódio e Paulo Afonso Evangelista Vieira (peça 12, subitens 9.5 a 9.11 e 9.17 a 9.19; e peça 15, p. 4-5).

8. Em cumprimento ao Despacho do Ministro Relator José Múcio Monteiro Filho (peça 16), foram promovidas as audiências dos Srs. Eurides Luiz Mescolotto, Ronaldo dos Santos Custódio e Paulo Afonso Evangelista Vieira, mediante os Ofícios 482, 483 e 484/2012-TCU-Secex-SC (peças 19, 18 e 17, respectivamente), datados de 16/7/2012.

EXAME TÉCNICO

9. Os Srs. Eurides Luiz Mescolotto, Ronaldo dos Santos Custódio e Paulo Afonso Evangelista Vieira tomaram ciência dos ofícios que lhes foram remetidos, conforme documentos constantes das peças 20 a 22, tendo apresentado, tempestivamente, suas razões de justificativa, conforme documentação integrante das peças 24 e 25.

10. Os responsáveis foram ouvidos em decorrência das mesmas irregularidades, a seguir descritas, verificadas no processo, a saber:

a) não realização de adequada pesquisa de preços junto ao mercado (Pregão Eletrônico 81280088 e Concorrência 81250073), conforme previsto na legislação aplicável, em particular, os arts. 7º, § 2º, inciso II, 15, § 1º, inciso V, 43, incisos IV e V, da Lei 8.666/1993;

b) uso indevido da modalidade de licitação pregão eletrônico [pregões eletrônicos 81280059 (fretamento de helicóptero), 81280088 (aquisição de estruturas metálicas e postes de concreto), 81280109 (serviços de escala, embalagem, carga, transporte e descarga de estruturas metálicas), 81280127 (escadas de manutenção para postes de concreto) e 81270106 (serviços de movimentação e transporte de três bobinas de cabo submarino)], haja vista que tais contratações não se enquadram como de bens e serviços comuns, conforme preceitua o Decreto 3.555/2000, bem como estão em desacordo com determinação específica constante no TC 021.383/2009-5, Acórdão 6417/2009-TCU-1ª Câmara, de 10/11/2009;

c) realização de novas licitações em modalidades impróprias [11 (onze) novos processos de aquisição (parcelamento de obra em dez licitações e uma dispensa de licitação, com base no art. 23, § 5º, da Lei 8.666, de 1993), processos esses abertos em decorrência da rescisão do contrato 81250137,

originado da Concorrência 81250091 e firmado com a Santa Rita Comércio e Instalações Ltda.], em vez da modalidade originalmente usada para a mesma obra, qual seja, concorrência.

11. Os Senhores Eurides L. Mescolotto e Ronaldo dos S. Custódio, em conjunto, em um único documento, apresentaram suas justificativas (peça 24). Em separado, o Senhor Paulo Afonso Evangelista Vieira, após solicitar e obter prorrogação de prazo (peça 23), também apresentou resposta à audiência que lhe foi dirigida, a qual traz, em anexo, cópia das mesmas justificativas apresentadas pelos demais responsáveis (peça 25).

12. Dada a coincidência dos argumentos de todos os responsáveis para os questionamentos que lhes foram dirigidos, a apresentação e a análise de cada questão se faz de forma individualizada, mas dizem respeito ao conjunto dos três gestores envolvidos, conforme a seguir.

Justificativas

13. Antes de abordar as questões específicas objetos de suas audiências, os responsáveis oferecem um histórico geral do empreendimento a que essas questões se referem, qual seja, a implantação de reforços nas instalações de transmissão de energia elétrica na região metropolitana de Florianópolis/SC e, particularmente, na Ilha de Santa Catarina (também chamada de Ilha do Desterro, a qual corresponde à região insular do município sede da capital do estado de Santa Catarina). Tal histórico é reproduzido de forma resumida abaixo, com alguns grifos do auditor, a fim de mostrar o contexto onde ocorreram os indícios de irregularidades aqui tratados.

14. O empreendimento foi objeto da Resolução Autorizativa 96 da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), de 7/3/2005, e se justificou devido à existência de condições críticas de atendimento à Ilha, que em outubro de 2003 teve um colapso total de suprimento de eletricidade, em decorrência de ruptura da conexão com o sistema elétrico interligado nacional, que durou 52 horas ininterruptas (mais de dois dias às escuras).

15. No âmbito do empreendimento, foram previstas construções de duas subestações (Biguaçu e Ilha), ampliação de outra subestação (Palhoça), construções de duas linhas de transmissão de energia elétrica (Biguaçu – Palhoça e Palhoça – Ilha/Desterro) e ampliações de outras duas linhas de transmissão (uma de 25 km de extensão em 230 kV, entre a nova subestação Biguaçu e a rede básica de transmissão, e outra de 3,5 km de extensão em 138 kV, para o seccionamento da linha de transmissão Morro do Boi - Roçado).

16. A licitação correspondente ao empreendimento foi a Concorrência 81250091, da qual resultou, além de outros dois contratos, o Contrato 81250137, no valor de R\$ 22.617.000,00, firmado com a Santa Rita Comércio e Instalações Ltda., em 5/9/2005, para a ‘execução da implantação da linha de transmissão 230 kV Desterro – Palhoça – Biguaçu’ (peça 6, p. 19, e peça 24, p. 2-3).

17. O licenciamento ambiental respectivo se deu em duas partes: uma denominada de Litoral (continente) e a outra de Insular (Ilha de Santa Catarina/Desterro). Enquanto o trecho do Litoral foi concluído, o trecho denominado de Insular, parte do referido contrato, somente teve o seu licenciamento ambiental finalizado em 12/9/2007, com a emissão da Autorização de Supressão de Vegetação nº 181/2007, fato superveniente, ocasionado por ato de terceiro, e que impediu a execução do contrato no prazo previsto, o qual era até novembro de 2007.

17.1. Dita autorização trazia como condição do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) a modificação do traçado da linha de transmissão na parte Insular, passando o mesmo para a parte superior dos morros por onde seguia (o traçado anterior passava nas bases dos morros). Dessa forma, a Eletrosul foi obrigada a revisar o projeto, onde a extensão original desse trecho insular foi reduzida em aproximadamente 4,5 km (de 18 para 13,5 km), havendo, porém, aumento considerável no nível de dificuldade de logística, sendo necessário para o acesso de várias torres o uso de transporte aéreo (helicóptero), uma vez que não fora permitida a abertura de acessos, tampouco a ampliação dos existentes. O trecho compreendido entre o entroncamento para a SE Palhoça e a localidade da Ponta do Cedro, no início da travessia submarina do continente para a Ilha de Santa Catarina, sofreu acréscimo de 2,495 km.

18. A Eletrosul propôs à contratada executora das obras a assinatura de termo aditivo, compreendendo, principalmente: alteração nas condições de reajustamento anual de preços, alteração do custo decorrente do acréscimo de extensão do trecho real (custo adicional) e alteração dos prazos de execução para cumprimento de eventos contratuais. Entretanto, em 2/7/2008, a Santa Rita Com. e Instalações Ltda. rejeitou a proposta de alteração contratual alegando, quanto ao item que tratava do pagamento de reajuste de itens medidos e pagos anteriormente a junho de 2008, que o 'texto no item citado não reflete nossa reivindicação' (peça 24, p. 4).

19. Alegando paralisação injustificada das obras, em 3/7/2008, a contratante iniciou o processo de rescisão contratual unilateral com a Santa Rita, notificando-a em 4/7/2008, para que apresentasse defesa no prazo de cinco dias. A empresa logrou provar, mediante anotações no diário de obra, o andamento regular dos trabalhos e propôs a rescisão amigável do Contrato 81250137.

20. A Eletrosul analisou a defesa apresentada pela Santa Rita e concluiu que a paralisação havia sido apenas parcial. Assim, à luz dos fatos, voltou atrás em sua decisão de rescindir unilateralmente o contrato e aceitou a proposta da contratada de promoverem de comum acordo a rescisão contratual, considerando que o atraso na conclusão da obra ocorreu por culpa do órgão ambiental, que não expediu em prazo adequado a licença ambiental e, quando o fez, exigiu mudanças muito além do que poderiam ser previstas pelas partes.

21. As modificações qualitativas e quantitativas que se impuseram (adequação de traçado, transporte de funcionários e materiais, tipos de base de torres etc.), ensejaram a recomposição dos preços do contrato, não conseguindo a Eletrosul e a Santa Rita Comércio e Instalações Ltda. chegar a um acordo quanto às condições econômica e financeira do contrato.

22. Decidida, então, a rescisão contratual amigável, persistiam serviços e fornecimentos a serem concluídos no trecho continental da linha de transmissão 230 kV Desterro - Palhoça - Biguaçu, cuja responsabilidade era da Santa Rita Comércio e Instalações Ltda., e que a Eletrosul ainda fazia jus, em virtude de estarem em fase final e serem acessórios e de extrema necessidade.

22.1. Para o trecho Insular, era conveniente, também, o recebimento de materiais da Santa Rita que permitiriam viabilizar o cumprimento do prazo estabelecido junto a ANEEL, a percepção da respectiva receita financeira advinda da operação da linha de transmissão e a consecução do atendimento eletroenergético a Ilha de Santa Catarina.

23. O Termo de Rescisão Amigável do Contrato 81250137 foi firmado em 14/7/2008, cabendo à Eletrosul efetuar o pagamento do valor de R\$ 2.817.499,26, relativo à quitação do fornecimento de bens e serviços executados pela contratada, mencionados acima e constantes do Anexo 1 daquele Instrumento (peça 24, p. 25-29).

Não realização de adequada pesquisa de preços junto ao mercado (Pregão Eletrônico 81280088 e Concorrência 81250073)

24. A respeito desse assunto, dizem os responsáveis que o referido pregão eletrônico destinou-se à aquisição de 190 toneladas de estruturas metálicas galvanizadas e 25 postes de concreto, tendo sido feitas consultas de preço ao mercado de modo a compor os orçamentos, mas não lograram obter manifestação/respostas a tais consultas. A comprovação da realização dessas pesquisas de preços não foram juntadas ao processo licitatório, uma vez que isso não fazia parte do procedimento interno da Eletrosul, mas teriam ficado arquivadas no setor de orçamento. (peça 24, p. 10)

24.1. No certame, porém, teria havido participação significativa de empresas e disputa de preços/lances, cujos valores seriam os efetivamente praticados no mercado. A empresa Milano Estruturas Metálicas Ltda. foi contratada para fornecer as estruturas metálicas (R\$ 1.280.000,00) e a Conprem Concreto Premoldado Ltda. foi contratada para fornecer os postes de concreto (R\$ 950.000,00). (peça 24, p. 10)

25. No que se refere à concorrência, do tipo menor preço, o objetivo foi contratar a execução da travessia marítima da linha de transmissão em 230 kV Florianópolis/Ilha - Palhoça, projeto de alta complexidade, incluindo o fornecimento de todos os bens e materiais necessários, com destaque para

os 4.650 metros de cabos submarinos (cabos ópticos e cabos condutores) a serem instalados abaixo do leito do mar, na baía sul da Ilha de Santa Catarina.

25.1. A Eletrosul, considerando que se tratava de obra inédita no país, realizou interações com fornecedores para obtenção dos custos de referência, mas os mencionados cabos não existiam no Brasil. Por essa razão, não obteve o número desejado de cotações de preços no mercado nacional. Apenas um consórcio de empresas se apresentou na licitação (Consórcio Pirelli, atual Prysmian, e Lig Global), o qual foi contratado por R\$ 27.408.790,00. (peça 24, p. 11)

25.2. Entende a Eletrosul que, por tratar-se de obra inovadora, complexa e sem histórico no país, o princípio da legalidade, que não foi observado, no caso, dada a falta de pesquisa dos preços de mercado e, por conseguinte, de elaboração de orçamento prévio completo, deve ser relativizado, ajustando-se o Direito Administrativo às novas necessidades da gestão pública. (peça 24, p. 12)

25.3. Invocam os responsáveis, então, o que chamam de princípio da proporcionalidade, qual seja, se a aplicação da lei no caso concreto revelar-se mais danosa ao interesse público que o bem por ela almejado, então, a lei deve ser afastada, excepcionalmente. Isso estaria de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, com o parecer do representante do Ministério Público junto ao TCU que antecedeu o Acórdão 304/2001-TCU-Plenário, e seria, portanto, uma tendência da Corte de Contas ao considerar a conduta do gestor público. (peça 24, p. 12-13)

Análise

26. Os novos elementos trazidos aos autos pelos responsáveis a respeito dos dois casos questionados sobre a falta de pesquisas prévias de preços junto ao mercado, para permitir a elaboração de orçamento-referência para elaboração dos editais de licitação correspondentes e servir de parâmetro para a escolha da proposta de menor preço, comprovam os indícios de irregularidades apontados nos autos e já tratados pelo Controle Interno, conforme consta na instrução inicial, onde é dito que a Eletrosul 'faz uso de parâmetros de preços registrados em base de dados incompleta, insuficiente, frágil e inadequada, como fonte de informações para obtenção de orçamentos prévios em licitações, sem compatibilização com os preços efetivamente vigentes no mercado' (peça 12, p. 8).

26.1. Destaque-se, ainda, da instrução inicial deste processo que 'em relação ao item aquisição de postes de concreto, a cotação prévia de preços foi feita junto a uma única empresa (Conprem Concreto Pré-moldado), exatamente aquela que venceu posteriormente o item do certame licitatório correspondente' (peça 12, p. 8).

26.2. Semelhante situação ocorreu na contratação de empresa para executar a travessia marítima da LT 230 kV Desterro – Palhoça, onde 'o fornecedor que balizou os custos de referência (...) compôs juntamente com outra empresa o único consórcio participante da licitação, (...) adjudicado como vencedor' (peça 12, p. 8).

27. No caso do pregão eletrônico para aquisição de estruturas metálicas e postes de concreto, consultas teriam sido feitas ao mercado, mas não teriam ocorrido respostas formais das empresas consultadas. Apesar disso, afirmam os responsáveis, teria havido disputa pelo objeto licitado entre as firmas que participaram do certame. Os responsáveis, porém, nada trazem que comprove as consultas nem o oferecimento de lances sequenciais decrescentes entre empresas naquela licitação.

28. Quanto à concorrência para contratação da execução da travessia subaquática marítima da linha de transmissão em 230 kV entre o continente (Palhoça/SC) e a Ilha de Santa Catarina, na baía sul de Florianópolis/SC, o alegado ineditismo, a complexidade, a falta de fornecedores de cabos submarinos no Brasil para a realização da obra mostram-se argumentos casuísticos frágeis administrativa, técnica e empresarialmente, haja vista a matéria com que lida e o campo de atuação da Eletrosul.

28.1. Está-se falando de obras de engenharia, área do conhecimento que envolve ciência, tecnologia e gestão multidisciplinar de recursos variados existentes na natureza e na economia; desenvolvimento e inovação de processos, métodos, sistemas dinâmicos, que exigem capacitação e habilidade evoluída de vanguarda, continuamente.

28.2. *Para tanto, trabalha-se com planejamento e modelos paramétricos que permitem antecipar demandas e antever restrições de médio e longo prazo, que orientam a tomada de decisão estratégica e a oportunidade de agir. Tudo isso é ordinário, comum, assunto do dia a dia no âmbito do sistema energético, onde atua a Eletrosul, especialmente no contexto da economia mundial globalizada. É isso que justifica sua estrutura organizacional, sua manutenção estatal e seu porte econômico.*

29. *As características da obra considerada inédita no âmbito da Eletrosul deveriam já ser conhecidas com boa antecedência por seu quadro técnico, por ser a primeira travessia a ser realizada na América Latina com cabos isolados em Polietileno Reticulado (XLPE) em 230 kV e a de maior tensão já executada no Brasil, segundo dados do projeto apresentado no XIII Encuentro Regional Iberoamericano de CIGRÉ; Puerto Iguazú, Argentina; 24 al 28 de mayo de 2009 (peça 24, p. 33). Apesar disso, cabe informar que desde o século dezenove há cabo submarino de telecomunicações instalado no Brasil, e na área de energia usam-se cabos submarinos para levar eletricidade às plataformas marítimas de produção de petróleo, havendo no país fornecedores de tais cabos para uso em linhas de transmissão de alta tensão de até 525 kV; por exemplo, ver:*

http://www.teleco.com.br/tutorialsub/tutorialsub/pagina_2.asp

http://www2.uol.com.br/sciam/noticias/transmissao_submarina_de_energia_ajuda_na_exploracao_de_petroleo.html

http://www.nexans.com.br/eservice/Brazil-pt_BR/navigate_111644/Cabos_de_energia_de_AT_submarinos_e_terrestres.html

<http://www.cpqd.com.br/imprensa-e-eventos/fatos/285-fatos-179/5178-know-how-brasileiro-apoia-implantacao-de-cabos-opticos-submarinos-no-mar-do-caribe.html>

29.1. *Sendo assim, o alegado ineditismo, a complexidade e a falta de fornecedores nacionais de cabos submarinos ali requeridos não eram condições imprevistas que justifiquem a realização da licitação com vício de legalidade, pela falta de ampla e atualizada pesquisa prévia de preços de mercado e orçamento detalhado adequado que apresentasse os custos estimados envolvidos. Ressalte-se que a modalidade licitatória escolhida foi a concorrência, mas poderia ter sido até a concorrência internacional (art. 42 da Lei 8.666/93), uma vez que se tratava de uma ‘obra inédita no país’. De qualquer modo, só deveria licitar com uma correta referência de custos.*

30. *O administrador público, mesmo aquele de uma empresa estatal, administra recursos escassos e regradados, previstos em lei orçamentária anual e no plano plurianual de investimento do governo. A administração pública, inclusive a indireta, somente pode fazer o que a lei, também refletida nos seus normativos internos, manda ou permite.*

31. *No que se refere à jurisprudência e o parecer do representante do Ministério Público junto ao TCU mencionados nas justificativas dos responsáveis, isso feito para fazer crer que há uma tendência de relativizar a aplicação e o alcance do princípio da legalidade na Corte de Contas nacional ao analisar o ato administrativo e a conduta do gestor público (subitem 25.3, acima), cabe observar que a ponderação que é feita nesse sentido diz respeito a casos específicos excepcionais onde se comprova a falta de opção que atenda, simultaneamente, todos os requisitos legais e o interesse público e a inexistência inequívoca de dano ao erário.*

31.1. *Nem uma coisa nem outra restaram provadas pelos responsáveis aqui ouvidos em audiência, pois não foram feitas consultas amplas e suficientes ao mercado fornecedor nem foram essas consultas provadas como inviáveis ou impossíveis de serem feitas. Quanto aos custos das contratações decorrentes do Pregão Eletrônico 81280088 e da Concorrência 81250073, pela falta de adequadas referências de preços de mercado e de efetiva e múltipla competição entre licitantes em tais licitações, os valores contratados não podem ser considerados com segurança como os mais vantajosos para a Eletrosul.*

31.2. *Desse modo, não merecem acolhimento as justificativas apresentadas pelos responsáveis.*

Uso indevido da modalidade de licitação pregão eletrônico [Pregões Eletrônicos 81280059 (fretamento de helicóptero), 81280088 (aquisição de estruturas metálicas e postes de concreto), 81280109 (serviços de escala, embalagem, carga, transporte e descarga de estruturas metálicas), 81280127 (escadas de manutenção para postes de concreto) e 81270106 (serviços de movimentação e transporte de três bobinas de cabo submarino)], haja vista que tais contratações não se enquadram como de bens e serviços comuns.

32. Os responsáveis especificam alguns dados das licitações questionadas, cujos objetos foram fretamento de helicóptero para transporte aéreo de cargas de grande porte, estruturas metálicas e postes de concreto, ferramentas e passageiros para construção de linha de transmissão de alta tensão em lugares de difícil acesso (morros com vegetação nativa), serviços de manipulação, carga e descarga de grandes estruturas metálicas da linha de transmissão, fornecimentos de escadas de manutenção para postes de concreto da dita linha de transmissão e serviços de movimentação, transporte e descarregamento de três bobinas de cabo submarino e acessórios no porto de Santos/SP, também, para a mesma obra. (peça 24, p. 13-14)

33. Em uníssono, os gestores ouvidos alegam que os serviços e bens a que se referem os pregões eletrônicos mencionados são tidos como comuns na Eletrosul, segundo a definição do art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002, por ter seus padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos nos editais, por meio de especificações usuais no mercado, podendo ser achados com certa facilidade, embora possam não ser simples. Ademais, tais bens e serviços são comumente aplicados no setor elétrico para implantação de instalações de transmissão. (peça 24, p. 14-15)

34. Fazendo referência a caso analisado pelo TCU (Acórdão 2079/2007 – Plenário), os responsáveis dizem que há um incentivo claro do controle externo para uso mais amplo dessa modalidade licitatória (pregão). Também, eles destacam a opinião do Diretor da Secex-SC nestes autos (peça 13), o qual deduz que a intenção da Eletrosul ao realizar o pregão tenha sido a de favorecer o Erário. (peça 24, p. 16)

Análise

35. As licitações questionadas dizem respeito à implantação da linha de transmissão 230 kV Desterro – Palhoça – Biguaçu, a qual sofreu alteração de seu traçado em decorrência de exigências do órgão responsável pelo licenciamento ambiental, conforme é informado no item 16 e seguintes desta instrução processual.

36. Assim, os bens e serviços licitados destinam-se a um empreendimento considerado inédito, complexo e com significativas dificuldades logísticas, segundo a própria Eletrosul: descarregamento e embarque em balsa no porto de Santos/SP e transporte de três grandes bobinas de cabos óptico e condutores submarinos de até 150 toneladas cada, travessia marítima da linha de transmissão, com lançamento dos cabos submarinos a partir de balsa sobre o mar, construções realizadas sem abertura de picadas no traçado da linha de transmissão, sendo necessário o uso de helicóptero em todas as atividades, manipulação, carga e descarga de 190 toneladas de estruturas metálicas e fornecimento de 489 escadas de manutenção (pedarolas) para grandes postes de concreto instalados ao longo da linha de transmissão.

36.1. São esses os bens e serviços que seriam ‘facilmente’ encontrados no mercado, portanto, seriam comuns. Isso, porém, não condiz com as características e as especificações dos materiais e serviços contratados e o nível de dificuldade logística do projeto correspondente, conforme afirmam os próprios responsáveis:

‘Dessa forma, a ELETROSUL foi obrigada a revisar o projeto, onde a extensão original desse trecho insular foi reduzida em aproximadamente 4,5 km, passando de 18 para 13,5 km, havendo porém aumento considerável no nível de dificuldade de logística a ser adotada na implantação desse trecho, sendo necessário para o acesso de várias torres no trecho insular o uso de transporte aéreo (helicóptero), para a execução da obra, uma vez que não fora permitida a abertura de acessos, tampouco a ampliação dos existentes. (grifo original, peça 24, p. 3)’

37. Note-se que o Controle Interno (CGU), após análise dos respectivos processos licitatórios acima mencionados, verificou que os correspondentes editais ‘não trazem adequada e objetivamente definidos os padrões de desempenho e qualidade dos objetos licitados, compatíveis com as especificações usuais de mercado’, e isso contraria a legislação que rege os pregões e contradiz o que afirmam os responsáveis (item 33, acima; e peça 12, p. 9).

38. Ainda, se comuns fossem os objetos licitados, teria havido franca e justa competição, vale dizer, os responsáveis, ao menos, deveriam apresentar as atas dos certames licitatórios correspondentes e comprovar a participação efetiva e as disputas por vários lances dos diversos licitantes interessados, mas não fizeram isso.

38.1. Também, abstiveram-se os gestores ouvidos de justificar o fato de ter ocorrido 'variação de preços entre os licitantes de até 7.400% (pregão eletrônico 81280127) e entrega dos projetos com as especificações do bem dezoito dias após a contratação da empresa fornecedora e da emissão da respectiva ordem de fornecimento (pregão eletrônico 81280088)' (peça 12, p. 9).

39. As justificativas dos responsáveis quanto ao uso indevido de modalidade licitatória não elidem as irregularidades incorridas, haja vista que não se pode conformar a Lei 10.520/2002 e o Decreto 5.450/2005, os quais tratam do pregão, ao juízo subjetivo e impróprio dos gestores, de modo a considerar que os bens e serviços licitados podem ser definidos como comuns 'para o segmento de atuação da Eletrosul' (peça 24, p. 17).

Realização de novas licitações em modalidades impróprias [11 (onze) novos processos de aquisição..., processos esses abertos em decorrência da rescisão do Contrato 81250137, originado da Concorrência 81250091 e firmado com a Santa Rita Comércio e Instalações Ltda.], em vez da modalidade originalmente usada para a mesma obra, qual seja, concorrência.

40. Em princípio, ao abordarem esse item de sua audiência, os responsáveis informam que, com a rescisão do contrato original 81250137, houve a necessidade de contratar três novos serviços. Em vista disso, 'não há que se discutir quanto à modalidade [licitatória] adotada' (peça 24, p. 17).

41. Em seguida, passam os gestores ouvidos a citar e comentar dispositivos legais, especificamente, arts. 6º e 23, § 5º, da Lei 8.666/1993 (peça 24, p. 18-19), decisão judicial que foi favorável à Eletrosul nos autos de ação popular versando sobre o empreendimento aqui tratado (peça 24, p. 21-22), e, também, excertos de relatório que embasou o Acórdão 732/2008-TCU-Plenário (peça 24, p. 22), tudo com o intuito de justificar o parcelamento do objeto remanescente do contrato original rescindido (ver itens 21-23, acima) e a realização de onze novas licitações em modalidades diversas daquela que resultou no dito contrato - em lugar de concorrência, foram realizados quatro pregões eletrônicos, um pregão presencial, quatro tomadas de preço, um convite e uma dispensa de licitação (ver peça 12, p. 10).

42. Os dispositivos legais mencionados visam corroborar a alegação dos responsáveis de que 'na prática, não se tratam de 'parcelas de uma mesma obra ou serviço' ou então de 'obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente'' (peça 24, p. 18). Assim, não seria aplicável ao caso aqui analisado a vedação do uso de convite ou tomada de preços, constante no art. 23, § 5º, da Lei 8.666/1993:

'§ 5º E vedada a utilização da modalidade 'convite' ou 'tomada de preços', conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de 'tomada de preços' ou 'concorrência', respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.'

43. Por seu turno, a decisão judicial, referente ao Agravo de Instrumento 2008.068703-3, nos autos da ação popular 023.08.063123-4, da segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de 11/5/2010, é mencionada para informar que, em síntese, aquele Juízo, fazendo referência e transcrevendo trechos da decisão monocrática anterior nos mesmos autos de processo judicial e do parecer do representante do Ministério Público que ali atuou, entendeu que:

'No caso dos autos não se verifica lesividade alguma ao interesse público, (...) mesmo atendo-se à irregularidade no regime jurídico escolhido para a licitação, (...) tendo como consequência a maior competitividade no procedimento, (...) bem como, a ocorrência de

propostas mais vantajosas, (...) haja vista a redução dos gastos ocasionada pela escolha de tal modalidade... (peça 24, p. 40-41)'

44. *E, quanto ao relatório que subsidiou o Acórdão 732/2008-TCU-Plenário, ali é dito que 'a questão da viabilidade do fracionamento deve ser decidida com base em cada caso, pois cada obra tem as suas especificidades, devendo o gestor decidir analisando qual a solução mais adequada no caso concreto' (peça 24, p. 22).*

45. *Finalmente, dizem os responsáveis que 'houve vantagem [financeira] em relação à continuidade do contrato original' (peça 24, p. 22); e concluem suas justificativas afirmando:*

'os atos da empresa ora questionados tiveram como escopo possibilitar a conclusão de empreendimentos de alta complexidade, privilegiando-se o interesse público (...) a primazia da segurança jurídica em prol da população atingida e a preservação dos interesses institucionais da ELETROSUL, em consonância com os princípios da eficiência, eficácia e economicidade, especialmente considerando as extraordinariedades e dificuldades desafiadas' (peça 24, p. 23).

Análise

45. *De início, cabe observar que na audiência dos responsáveis não houve questionamento quanto ao parcelamento do objeto da Concorrência 81250091, originalmente realizada de forma única, considerando a implantação da linha de transmissão correspondente como uma obra específica e, também, única.*

46.1. *O indício de irregularidade apontado diz respeito ao uso de 'modalidades impróprias' de licitação, no caso em consideração, haja vista tratar-se de um empreendimento inicialmente contratado como um todo, entregue pronto para operar (tipo **turn-key**).*

47. *O fato de ter surgido, após a rescisão do contrato originado da referida concorrência, a necessidade de contratar três novos serviços, quais sejam, fretamento de helicóptero, rebobinagem de cabos e monitoramento eletrônico das operações de carga e descarga do helicóptero, não autorizava a Eletrosul a adotar qualquer modalidade licitatória, mas aquela aplicável ao montante total do projeto executado, o qual, desde a primeira licitação, era a concorrência.*

48. *Veja-se o que diz a Lei 8.666/1993, justamente no artigo 23, mencionado na defesa dos responsáveis, mas, agora, no parágrafo 2º, omitido pelos gestores envolvidos na irregularidade:*

'§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação. (Redação dada pela Lei 8.883, de 1994; grifo do auditor)'

48. *A propósito do objeto em licitação, frisa-se que este era 'obras de construção da linha de transmissão de 230 kV entre as subestações Palhoça e Desterro – trecho insular, (...) para a execução dos serviços objeto do Contrato 81250137, rescindido com a Santa Rita' (peça 24, p. 17).*

49. *Portanto, ao contrário do que afirmam os responsáveis, as onze licitações dizem respeito à parte remanescente de um único contrato rescindido, que tinha como objeto a construção de uma única linha de transmissão, projeto específico, com autorização da Aneel e licença ambiental do Ibama específicas e únicas.*

49.1. *Por conseguinte, a Eletrosul até poderia desmembrar a parte da obra que faltava concluir em diferentes serviços e licitá-los em certames distintos, caso concluísse que assim obteria vantagens em tempo, custo e qualidade, em comparação à opção de realizar uma única licitação para concluir a linha de transmissão correspondente. Porém, deveria respeitar a modalidade licitatória prevista na legislação, no caso, a modalidade original, concorrência. Entretanto, isso não fez, como é reconhecido pelo representante do Ministério Público que se manifestou na ação popular acima referida (item 43).*

50. *O reconhecimento da irregularidade na escolha da modalidade licitatória, bem ainda, as supostas vantagens consideradas no julgamento do Agravo de Instrumento interposto pela Eletrosul no âmbito da Ação Popular 023.08.063123-4 (item 43, acima), quais sejam estas, possibilitar uma*

maior competição entre licitantes e obtenção de propostas mais vantajosas para a empresa estatal, de fato, trataram-se de suposições não corroboradas por elementos de prova apresentados pela Eletrosul, conforme já dito no subitem 9.18 da instrução inicial destes autos (peça 12, p. 10-11).

50.1. Assim, verifica-se o uso de sofismas pela Eletrosul, tanto diante do mencionado Juízo quanto nestes autos. Ilustra isso o fato da suposta vantagem financeira, representada pela redução dos dispêndios na contratação dos serviços remanescentes da rescisão contratual com a Santa Rita Comércio e Instalações Ltda. (Contrato 81250137), em vez dos alegados R\$ 558.000,00 (peça 24, p. 22), teria sido de apenas R\$ 14.440,96, referentes à diferença dos valores por eles próprios informados no parágrafo 41 da peça 24, p. 22.

50.2. A alegada e ínfima economia [0,18% do que teria sido gasto se tivesse sido mantido o contrato original com a Santa Rita, R\$ 8.012.040,40 (peça 24, p. 22)], entretanto, só se apresenta porque nele não estão considerados os custos incorridos pela Eletrosul para realizar os onze novos certames licitatórios. Ademais, o valor do custo total das onze novas contratações, R\$ 7.997.599,44, informado pelos responsáveis (peça 24, p. 22), difere daquele apurado pela Controladoria-Geral da União para as mesmas contratações, R\$ 8.224.923,08 (peça 6, p. 78 e 84).

50.3. Pode-se até inferir, embora não haja dados suficientes nos autos para apurar com precisão o montante correspondente (não foram apurados os custos adicionais incorridos com as onze novas licitações), que pode ter havido prejuízo para a Eletrosul (teoricamente, de no mínimo R\$ 1.065.599,44, resultante da subtração do valor relativo às novas contratações, R\$ 7.997.599,44, do valor correspondente ao custo adicional cobrado pela primeira contratada, o qual foi de R\$ 6.932.000,00, conforme peça 24, p. 21), e não vantagem financeira decorrente da opção por novas contratações, em lugar do aditamento do contrato original.

50.4. Entretanto, considerando que o assunto remete a fatos e atos administrativos da Eletrosul relativos ao exercício de 2008 (peça 13, p. 1, item 9; e peça 15, p. 4, item 18), cujas contas já foram julgadas regulares, com quitação plena aos responsáveis, conforme o Acórdão 7.257/2009-TCU-1ª Câmara, de 8/12/2009, esse possível prejuízo é aqui mencionado apenas para indicar a debilidade da argumentação utilizada e a improcedência das alegações de defesa apresentadas pelos gestores para justificar a realização de onze licitações em modalidades indevidas.

CONCLUSÃO

51. Em face da análise promovida nos itens 26 a 31, 35 a 39 e 43 a 48, propõe-se rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos Srs. Eurides Luiz Mescolotto, Ronaldo dos Santos Custódio e Paulo Afonso Evangelista Vieira, uma vez que não foram suficientes para elidir as irregularidades a eles atribuídas.

51.1. É de se ressaltar que a conduta boa e regular do gestor público não pode ser presumida, imaginada, intuída, mas deve ser provada objetivamente, e isso pelo próprio gestor perante os órgãos de controle (arts. 70, parágrafo único, e 71, inciso I, da Constituição Federal c/c art. 1º, inciso I e §1º, da Lei 8.443/1992). Há de haver demonstração com elementos de prova válidos e suficientes do atendimento do interesse público com eficiência, tempestividade (cronograma mais adequado), economia (custos mais baixos) e qualidade (solução técnica mais apropriada), tudo de acordo com a legislação aplicável.

52. Verifica-se que inexitem nos autos elementos que demonstrem a boa-fé ou a ocorrência de outros excludentes de culpabilidade dos responsáveis ouvidos em audiência. Desse modo, suas contas devem, desde logo, ser julgadas irregulares, nos termos do art. 202, § 6º, do Regimento Interno/TCU.

52.1. Propõe-se, ainda, em atendimento ao disposto no parágrafo único do art. 19 da Lei 8.443/1992, a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso I, do mesmo normativo legal, aos gestores ouvidos em audiência.

(...)

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

53. Em instrução anterior (peça 12), foram identificadas impropriedades relatadas no seu item 10.1, para algumas das quais, após pronunciamento dos dirigentes da Unidade Técnica responsável pela instrução dos autos e emissão de parecer da representante do Ministério Público junto ao TCU, foram formuladas propostas de se dar ciência e de determinação à Eletrosul e à CGU (peça 15, p. 3, subitem 12.4).

54. Assim, as propostas a seguir relacionadas constantes da peça 15, p. 2 e 3, subitens 12.1.2, 12.1.4, 12.1.5, 12.3 e 12.4, devem ser acrescentadas às propostas formuladas nesta instrução.

54.1. Seja dada ciência à Eletrosul quanto à constatação das seguintes falhas:

a) realização de processos de licitação sem observância de adequada comprovação da regularidade fiscal dos licitantes, especificamente, os processos 81270106 (FGTS) e 81280097 (FGTS, INSS e Fazendas estadual e municipal), cujas certidões negativas respectivas tiveram suas validades indevidamente estendidas no cadastro próprio da Eletrosul, em desacordo com o art. 195, § 3º, da Constituição Federal, e pacífica jurisprudência do TCU, a exemplo do subitem 9.2.2 do Acórdão 951/2007-TCU-Plenário;

b) pagamentos feitos mediante apresentação de faturas pró-forma (nºs 81250130/11.7.1 a 81250130/11.7.6, nºs 81250130/11.8.1 a 81250130/11.8.5, e nº 81270081/01-08), sem haver a prévia emissão de documentos fiscais pelas empresas contratadas [Contrato 81250130, Prysmian Energia Cabos e Sistemas do Brasil S. A., CNPJ: 61.150.751/0001-89, nova razão social da Pirelli Cabos, e L.I.G. Global Service Tecnologia em Implantação de Sistemas de Telecomunicações e Energia Ltda., CNPJ: 03.567.288/0001-79 (notas fiscais nºs 122119 e 122041; notas fiscais nºs 000080 a 000082, valor total de R\$ 19.889.680,00), e Contrato 81270081, Santa Rita Comércio e Instalações Ltda., CNPJ: 86.365.350/0001-77 (nota fiscal 196870, valor de R\$ 26.324,35)]; e

c) pagamentos mediante documentos fiscais inadequados em sua forma e conteúdo [Contrato 81250137, nota fiscal débito 001/2008, de 29/1/2008 (numeração, leiaute, cálculo do imposto e outras informações acessórias obrigatórias); e Contrato 81280100, faturas de locação 000001, de 14/10/2008, 000002, de 17/10/2008, e 000003, de 5/12/2008 (falta de indicação da inscrição fazendária)], em desacordo com a legislação aplicável, em particular, o art. 113, § 3º, da Lei 5.172, de 25/10/1966 (Código Tributário Nacional).

54.2. Seja determinado à Eletrosul que insira, no relatório de gestão do exercício de 2012, tópico especial relativo ao aumento expressivo do número de funcionários cedidos para outras instituições (52 pessoas em 2009 ou +117% em relação a 2008), representando 3,29% do quadro de pessoal próprio, o que corresponde a uma despesa de cerca de R\$ 6,5 milhões / ano para a empresa, passível de reembolso apenas em longo prazo.

53.3. E, seja determinado à Controladoria Geral da União que analise a questão tratada no subitem anterior no seu Relatório de Auditoria Anual de Contas da Eletrosul referente a 2012.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

55. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo ao Tribunal:

a) com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea 'b', da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19, parágrafo único, e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 209, inciso II, 210, § 2º, e 214, inciso III, do Regimento Interno, que sejam julgadas **irregulares** as contas dos Srs. Eurides Luiz Mescolotto, Ronaldo dos Santos Custódio, Paulo Afonso Evangelista Vieira, Diretor-Presidente, Diretor-Presidente substituto, e Diretor de Gestão Administrativa e Financeira, respectivamente, na época dos fatos;

b) aplicar aos Srs. Eurides Luiz Mescolotto, Ronaldo dos Santos Custódio, Paulo Afonso Evangelista Vieira, individualmente, a **multa** prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 268, inciso I, do Regimento Interno, tendo em vista as irregularidades abaixo, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), os recolhimentos das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor:

b.1) não realização de adequada pesquisa de preços junto ao mercado (Pregão Eletrônico 81280088 e Concorrência 81250073), conforme previsto na legislação aplicável, em particular, os arts. 7º, § 2º, inciso II, 15, § 1º, inciso V, 43, incisos IV e V, da Lei 8.666/1993;

b.2) uso indevido da modalidade de licitação pregão eletrônico [Pregões Eletrônicos 81280059 (fretamento de helicóptero), 81280088 (aquisição de estruturas metálicas e postes de concreto), 81280109 (serviços de escala, embalagem, carga, transporte e descarga de estruturas metálicas), 81280127 (escadas de manutenção para postes de concreto) e 81270106 (serviços de movimentação e transporte de três bobinas de cabo submarino)], haja vista que tais contratações não se enquadram como de bens e serviços comuns, conforme preceitua o Decreto 3.555/2000, bem como estão em desacordo com determinação específica constante no TC 021.383/2009-5, Acórdão 6417/2009-TCU-1ª Câmara, de 10/11/2009;

b.3) realização de novas licitações em modalidades impróprias [11 (onze) novos processos de aquisição (parcelamento de obra em dez licitações e uma dispensa de licitação, com base no art. 23, § 5º, da Lei 8.666, de 1993), processos esses abertos em decorrência da rescisão do contrato 81250137, originado da Concorrência 81250091 e firmado com a Santa Rita Comércio e Instalações Ltda.], em vez da modalidade originalmente usada para a mesma obra, qual seja, concorrência;

c) com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso I, 17 e 23, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 1º, inciso I, 207 e 214, inciso I, do Regimento Interno, que sejam julgadas **regulares** as contas dos Srs. Airton Argemiro Silveira (Diretor de Engenharia substituto), Antonio Carlos de Oliveira Gorski (Diretor de Engenharia substituto), Antonio Machado de Rezende (membro do Conselho de Administração), Antonio Waldir Vituri (Diretor de Operação), Cláudia Hofmeister (membro do Conselho de Administração), Mauricio Muniz Barreto de Carvalho (membro do Conselho de Administração), Paulo Altaur Pereira Costa (membro do Conselho de Administração), Rubem Abrahão Gonçalves Filho (Diretor de Operação substituto), Tomé Amaury Gregório (Diretor de Gestão Administrativa e Financeira) e Valter Luiz Cardeal de Souza (Presidente do Conselho de Administração), dando-lhes quitação plena;

d) determinar à Eletrosul que insira no relatório de gestão do exercício de 2012 ou do presente exercício, caso aquele já tenha sido entregue ao TCU, tópico especial relativo ao aumento expressivo do número de funcionários cedidos para outras instituições - 52 pessoas em 2009 ou +117% em relação a 2008, representando 3,29% do quadro de pessoal próprio, o que correspondeu a uma despesa de cerca de R\$ 6,5 milhões / ano para a empresa, passível de reembolso apenas em longo prazo, enfatizando as medidas que têm sido tomadas para reverter a situação;

e) determinar à Controladoria Geral da União que analise, no Relatório de Auditoria Anual de Contas da Eletrosul, o tópico especial de que trata a alínea 'd' acima;

f) dar ciência à Eletrosul sobre as seguintes impropriedades:

f.1) realização de processos de licitação sem observância de adequada comprovação da regularidade fiscal dos licitantes, especificamente, os processos 81270106 (FGTS) e 81280097 (FGTS, INSS e Fazendas estadual e municipal), cujas certidões negativas respectivas tiveram suas validades indevidamente estendidas no cadastro próprio da Eletrosul, em desacordo com o art. 195, § 3º, da Constituição Federal, e pacífica jurisprudência do TCU, a exemplo do subitem 9.2.2 do Acórdão 951/2007-TCU-Plenário;

f.2) pagamentos feitos mediante apresentação de faturas pró-forma (nºs 81250130/11.7.1 a 81250130/11.7.6, nºs 81250130/11.8.1 a 81250130/11.8.5, e nº 81270081/01-08), sem haver a prévia emissão de documentos fiscais pelas empresas contratadas [contrato 81250130, Prysmian Energia Cabos e Sistemas do Brasil S. A., CNPJ: 61.150.751/0001-89, nova razão social da Pirelli Cabos, e L.I.G. Global Service Tecnologia em Implantação de Sistemas de Telecomunicações e Energia Ltda., CNPJ: 03.567.288/0001-79 (notas fiscais nºs 122119 e 122041; notas fiscais nºs 000080 a 000082, valor total de R\$ 19.889.680,00), e contrato 81270081, Santa Rita Comércio e Instalações Ltda., CNPJ: 86.365.350/0001-77 (nota fiscal 196870, valor de R\$ 26.324,35)]; e

f.3) pagamentos mediante documentos fiscais inadequados em sua forma e conteúdo [contrato 81250137, nota fiscal débito 001/2008, de 29/1/2008 (numeração, leiaute, cálculo do imposto e outras informações acessórias obrigatórias); e contrato 81280100, faturas de locação 000001, de 14/10/2008, 000002, de 17/10/2008, e 000003, de 5/12/2008 (falta de indicação da inscrição fazendária)], em desacordo com a legislação aplicável, em particular, o art. 113, § 3º, da Lei 5.172, de 25/10/1966 (Código Tributário Nacional).”

4. O Diretor Técnico (peça 27), com a anuência do titular da Secex/SC (peça 28), embora concorde no essencial com a proposta acima, dissente da conclusão do Auditor de que a irregularidade relativa ao parcelamento foi agravada por resultar em pagamentos superiores aos que teriam sido realizados se fosse mantido o contrato anterior acrescido do aditivo pleiteado pela contratada e de que foi indevida a utilização da modalidade pregão, na forma eletrônica, para contratação dos Pregões Eletrônicos 81280059 (fretamento de helicóptero), 81280088 (aquisição de estruturas metálicas e postes de concreto), 81280109 (serviços de escala, embalagem, carga, transporte e descarga de estruturas metálicas), 81280127 (escadas de manutenção para postes de concreto) e 81270106 (serviços de movimentação e transporte de três bobinas de cabo submarino).

5. Para maior clareza, transcreve-se o seguinte excerto do referido parecer, com os argumentos que levaram os dirigentes da Secex/SC a propor o julgamento pela regularidade com ressalva das contas dos gestores chamados em audiência (peça 27):

“4. A obra objeto do contrato em questão diz respeito à implantação da linha de transmissão 230 kV Desterro – Palhoça – Biguaçu, a qual sofreu alteração de seu traçado em decorrência de exigências do órgão responsável pelo licenciamento ambiental, conforme é informado no item 16 e seguintes da instrução do Auditor.

5. Uma vez rescindido o contrato, a Eletrosul decidiu refazer a licitação, porém de forma parcelada. As frações obtidas do parcelamento receberam tratamentos distintos no que se refere à modalidade de licitação: foram ‘11 (onze) novos processos de aquisição abertos em decorrência da rescisão do contrato 81250137 acima indicado (quatro pregões eletrônicos, um pregão presencial, quatro tomadas de preço, um convite e uma dispensa de licitação), as quais representaram um dispêndio total de R\$ 8.224.923,08 (peça 6, p. 78 e 84)’ (instrução à peça 12, p. 10).

6. Não há dúvida quanto à gravidade de se licitar, utilizando-se de tomadas de preços, convite e até dispensa de licitação para parcelas de uma obra a qual, inicialmente, mereceu a modalidade concorrência, não tendo sido finalizada por motivo de rescisão contratual.

7. Não vejo problema no parcelamento da obra, visto que esta Corte de Contas não só o aceita como determina que seja feito, em cumprimento ao § 1º do art. 23 da Lei 8.666/1993. A própria Súmula 253 do TCU demonstra, na sua redação, que para não se parcelar o objeto, deve ser comprovada a inviabilidade técnico-econômica do parcelamento.

‘Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra devem apresentar incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas - BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens.’

8. O fato de o valor total da obra ter restado maior que aquele a ser pago à empresa Santa Rita em caso de continuidade da obra, com aditivo, ao meu ver, não eiva de vício os atos da Eletrosul. Quando se parcela uma obra, em atendimento à legislação e até mesmo às determinações desta Corte de Contas, espera-se, mas sem se poder garantir cabalmente, que o valor final seja menor, tendo em vista o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade, como prevê o dispositivo legal mencionado no item 7 acima.

9. O Administrador não pode ser punido por eventual frustração de suas expectativas, quando a soma dos valores das parcelas ultrapassa o que seria obtido em licitação única. O que interessa é o

cumprimento da lei e a intenção de se ampliar a competitividade e, conseqüentemente, um preço menor.

10. *Em diversas oportunidades, o Tribunal de Contas da União reprimiu administradores que preferiram negociar aditivos potencialmente lesivos ao Erário. Seria injusto, neste momento, punir o administrador que refutou tal prática e decidiu pela nova licitação.*

11. *Também não vejo problema no fato de se ter utilizado a modalidade pregão para objetos que não se enquadram como de bens e serviços comuns. A definição de comum não é a mesma que complexo. O oposto de complexo é simples. O contrário de comum é incomum. Ou seja, um serviço complexo para um leigo pode ser comum para uma empresa acostumada a ele.*

12. *Veja-se que, como afirmado pelos responsáveis em sua defesa, o próprio Tribunal utilizou a modalidade pregão para uma parcela da obra do Anexo III da sede em Brasília. Ou seja, não havendo complexidade acima do normal em certo tipo de obra, ela pode ser considerada comum tanto para o contratante quanto para as empresas licitantes, tese acolhida nos acórdãos que resultaram na Súmula 257 do TCU:*

‘O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002.’

13. *O uso do pregão não está vinculado ao valor da licitação, como ocorre com tomadas de preços e convites. Assim, não se pode dizer, sem provas contundentes, que uma entidade jurisdicionada que utilizou pregão em vez de concorrência o tenha feito para fugir de uma maior publicidade ou para direcionar o certame para uma ou outra empresa licitante.*

14. *Não se pode olvidar, ainda, que a utilização do pregão vem beneficiando a administração pública com descontos maiores que os anteriormente vistos em concorrências. Além disso, a inversão de fases que ocorre no pregão elimina conflitos demorados sobre a habilitação dos participantes.*

15. *Quanto à não realização de pesquisa de preços junto ao mercado, trata-se de um problema que atinge a Eletrosul há muitos anos. O próprio signatário deste parecer já realizou diversas auditorias na empresa e detectou, em várias oportunidades, a falta de um banco de dados de preços compatível com o porte da estatal e das licitações que ela promove.*

16. *Veja-se que há determinações antigas para que a Eletrosul aprimore seu sistema orçamentário, como, por exemplo, o Acórdão 1.471/2008 – Plenário:*

‘9.1. com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/1992, determinar à Eletrosul Centrais Elétricas S.A. que:

(...)

9.1.2. nos casos de contratação de terceiros para elaboração de projetos básicos, exija do projetista a apresentação de documentação que comprove a compatibilidade dos custos dos insumos constantes do orçamento apresentado com os de mercado, devendo constar o detalhamento da composição unitária de preços, de forma a atender ao previsto nos artigos 6º, IX, ‘f’, 7º, § 2º, II, e 48, II, da Lei nº 8.666/1993, de modo a permitir melhor verificação por parte dos órgãos de controle;’

17. *Uma empresa do tamanho da Eletrosul não pode prescindir de um sistema confiável de preços, que permita negociar com terceiros tendo conhecimento do mercado.*

18. *Apresento, a seguir, o resumo dos argumentos acima:*

19. *Estou de acordo com a opinião do Auditor quanto às seguintes irregularidades: ausência de pesquisa de preços previamente à licitação de obra e parcelamento de obra sujeita a concorrência em frações que vieram a ser licitadas por meio de tomada de preços e convite, ou contratadas via dispensa de licitação.*

20. *Manifesto-me contrariamente às seguintes teses: (a) de que a irregularidade relativa ao parcelamento foi agravada por ter resultado em pagamentos superiores aos que teriam sido realizados se fosse mantido o contrato anterior acrescido do aditivo pleiteado pela contratada; (b) de que a utilização de pregões foi irregular.*

21. *Ante todo o exposto, penso que, considerando-se a gestão como um todo, não há gravidade suficiente para que as contas sejam julgadas irregulares.*

Proposta de encaminhamento

22. *Propõe-se, assim, que os subitens a e b do item 54 da instrução precedente sejam substituídos pela seguinte redação, alterando-se as alíneas dos demais subitens:*

‘a) com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso II c/c os arts. 18 e 23, inciso II, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 208 e 214, inciso II, do Regimento Interno, que sejam julgadas regulares com ressalva as contas dos Srs. Eurides Luiz Mescolotto, CPF 185.258.309-68, Ronaldo dos Santos Custódio, CPF 382.173.090-00, Paulo Afonso Evangelista Vieira, CPF 432.413.799-49, respectivamente Diretor-Presidente, Diretor-Presidente substituto, e Diretor de Gestão Administrativa e Financeira na época dos fatos considerados irregulares e descritos abaixo;

a.1) não realização de adequada pesquisa de preços junto ao mercado (Pregão Eletrônico 81280088 e Concorrência 81250073), conforme previsto na legislação aplicável, em particular, os arts. 7º, § 2º, inciso II, 15, § 1º, inciso V, 43, incisos IV e V, da Lei n.º 8.666/1993;

a.2) realização de tomada de preço, convite e dispensa de licitação para parcelas de obra cujo valor total ensejaria enquadramento na modalidade concorrência (processos licitatórios abertos em decorrência da rescisão do contrato 81250137, originado da Concorrência 81250091 e firmado com a Santa Rita Comércio e Instalações Ltda);’ ”

6. O Ministério Público junto ao TCU, por seu turno, manifesta-se em concordância com a proposta alvitrada pelo Auditor, fundamentado nos seguintes argumentos, extraídos de seu parecer à peça 29:

“6. De plano, com as devidas vênias à proposta do Diretor Técnico, não nos parece coerente sua afirmação de que ao proceder ao parcelamento do objeto a Administração busca tão-somente ampliar a competitividade.

7. Como bem afirma o próprio Diretor, a consequência dessa ampliação é um preço menor.

8. Para delinear os contornos da solução que o caso requer, deve-se lançar luzes sobre o art. 23, §1º, da Lei 8.666, de 1993, que estabelece a obrigatoriedade de parcelamento do objeto, presentes seus pressupostos autorizadores:

‘Art. 23. (...)

§ 1º. As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.’ (destaques nossos)

9. Conforme se depreende do dispositivo legal reproduzido supra, não basta que o parcelamento do objeto a ser licitado seja apenas tecnicamente viável. Deve ser também viável economicamente. A parte final desse dispositivo não deixa margem a qualquer dúvida, porquanto não admite a perda da economia de escala.

10. Logo, não nos parece que a vantagem econômica, que autoriza inclusive esse parcelamento, possa ser relegada a segundo plano, como objetivo acessório a ser perseguido pela Administração Pública.

11. Ao contrário, a ampliação da competitividade decorrente do parcelamento do objeto deve sim, antes de tudo, propiciar que a entidade jurisdicionada selecione a proposta que lhe for mais vantajosa, o que não se verificou no incidente específico.

*12. No que tange ao uso indevido da modalidade pregão para bens e serviços que não são comuns, a súmula TCU 257 não se aplica ao caso **sub examine**, porquanto somente autoriza o emprego dessa modalidade para serviços comuns de engenharia, cuja complexidade não seja acima do normal.*

13. Compulsando os objetos dos Pregões Eletrônicos 81280059, 81280109, 81280127 e 81270106, e de acordo com a análise do Auditor à peça 26, p. 8, item 36, transcrita na íntegra:

'os bens e serviços licitados destinam-se a um empreendimento considerado inédito, complexo e com significativas dificuldades logísticas, segundo a própria Eletrosul: descarregamento e embarque em balsa no porto de Santos/SP e transporte de três grandes bobinas de cabos óptico e condutores submarinos de até 150 toneladas cada, travessia marítima da linha de transmissão, com lançamento dos cabos submarinos a partir de balsa sobre o mar, construções realizadas sem abertura de picadas no traçado da linha de transmissão, sendo necessário o uso de helicóptero em todas as atividades, manipulação, carga e descarga de 190 toneladas de estruturas metálicas e fornecimento de 489 escadas de manutenção (pedarolas) para grandes postes de concreto instalados ao longo da linha de transmissão.' (destaques nossos)

14. *Tal ineditismo e dificuldade em atender à demanda da Eletrosul revelam que os objetos licitados contemplavam atividades dotadas de complexidade incompatível com a definição de 'comum', estabelecida na Lei 10.520/2002. Nesse sentido, vale reproduzir excerto das razões de justificativa dos Senhores Eurides Luiz Mescolotto e Ronaldo dos Santos Custódio, Diretor-Presidente e Diretor de Engenharia da estatal, respectivamente (peça 24, p. 3, subitem 4.3), que reconhecem essas dificuldades:*

'Dessa forma, a ELETROSUL foi obrigada a revisar o projeto, onde a extensão original desse trecho insular foi reduzida em aproximadamente 4,5 km, passando de 18 para 13,5 km, havendo porém aumento considerável no nível de dificuldade de logística a ser adotada na implantação desse trecho, sendo necessário para o acesso de várias torres no trecho insular o uso de transporte aéreo (helicóptero), para a execução da obra, uma vez que não fora permitida a abertura de acessos, tampouco a ampliação dos existentes.' (destaques originais)

15. *Também não se aproveita a tese de que a utilização do pregão nesses casos poderia beneficiar a Administração Pública com descontos maiores que os anteriormente vistos em concorrências, isso porque os responsáveis em momento algum apresentaram provas de que houve ampla participação das interessadas com efetiva realização de lances que caracterizassem a disputa entre elas, garantindo à Eletrosul a seleção da proposta que lhe fosse mais vantajosa (peça 26, p. 8, item 38).*

16. *Sem embargo, em razão de os bens e serviços licitados pela Eletrosul não serem padronizáveis ou disponíveis no mercado de forma preconcebida, carecendo de parâmetros objetivos de definição dos padrões de desempenho e qualidade pretendidos, restaram caracterizadas como irregulares as licitações realizadas na modalidade pregão eletrônico para contratações de serviços especializados e complexos.*

17. *Ante o exposto, com as vênias de estilo, esta representante do Ministério Público manifesta concordância à proposta alvitrada pelo Auditor à peça 26."*

7. Registre-se a juntada aos autos, posteriormente ao pronunciamento do MP/TCU, de memoriais dos responsáveis com fundamentos que, segundo entendem, demonstram a licitude dos procedimentos adotados (peça 34).

8. Depois disso, acostaram ainda expediente acompanhado de cópia sentença judicial, proferida na 1ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Santa Catarina, em sede de ação popular cujo autor defendeu que as tomadas de preços promovidas para a contratação das obras remanescentes do Contrato 81250091 configurava fracionamento licitatório (Autos 0063123-79.2008.8.24.0023). Na referida sentença, que apreciou o mérito da ação, decidiu o Juiz de Direito que não houve irregularidade nas tomadas de preços em questão nem lesividade ao interesse público.

É o relatório.