

PIRAPORA ENERGIA S.A.

São Paulo, 02 de fevereiro de 2016 .

À Presidência
Sr. Luiz Carlos Ciochi

Ref.: Pirapora

Parecer nº PJ 21/16

Prezados Senhores,

Consultam-nos V.S^{as}. sobre qual o procedimento administrativo adequado visando à apuração de eventuais irregularidades no âmbito do contrato administrativo nº ASE/GEC/2004/01/2011, firmado entre a Pirapora Energia S.A. e o Consórcio PCH Pirapora, tendo em vista a paralisação ocorrida em 07/01/2016, nos termos do relatório de reunião preliminar de 27/01/2016, elaborado pela Diretoria de Operações.

A referida solicitação tem origem na paralisação operacional das unidades 1 e 2, conforme aponta o relatório de alusivo à reunião de 27/01/2016.

Segundo o relatório:

Em 07/01/2016, a unidade geradora nº 02 apresentou um forte vazamento de água na tubulação do sistema de ar de rebaixamento, próximo à porta da escotilha de acesso ao rotor da unidade. Esse tipo de falha era recorrente e já tinha sido objeto de intervenção do consórcio, conforme notificação OP-CE-085/2015, de 13/11/2015. Além desse vazamento, a unidade apresentava vibrações e ruídos anormais. Foi constatado,(sic) então, o Eng. Jorge Saad da empresa S. A. Paulista, líder do Consórcio, o qual compareceu na PCH para efetuar uma inspeção prévia. Dada a situação anormal e o risco de rompimento da tubulação do sistema de ar de rebaixamento, condição que provocaria uma inundação na usina, decidiu-se por parar a unidade geradora nº 02, fato que ocorreu às 16h30minh. (...)
No dia 12/01/2016, a EMAE/PESA emitiu Notificação Extrajudicial PESA-CE-005/2016 solicitando que fossem tomadas as ações necessárias para a resolução dos problemas tratados, visto que, até aquele momento, o Consórcio ainda não havia se manifestado em relação à solução definitiva dos problemas, e a Unidade Geradora nº

PIRAPORA ENERGIA S.A.

02 encontra-se fora de operação desde o dia 07/01/2016, trazendo grandes prejuízos à EMAE/PESA. Desta forma, a EMAE/PESA informou que iniciaria o processo de ensecamento dessa unidade para identificar as origens dos problemas relatados, solicitando a presença de representante do Consórcio PCH Pirapora para acompanhamento ao procedimento.

Em 15/01/2016 foi realizada uma inspeção na unidade, quando se verificou o rompimento de uma das pás da Turbina, além de trincas generalizadas nas outras pás dessa unidade.

Em 15/01/2016, foi emitida a notificação extrajudicial, identificada pelo nº OP-CE-PESA-006/16, solicitando ao Consórcio PCH Pirapora ações imediatas, realizadas em caráter de urgência para a resolução dos problemas encontrados, com a emissão de laudo técnico conclusivo desta ocorrência e plano de trabalho contemplando todas as ações necessárias para o restabelecimento da geração. Considerando-se a gravidade dos problemas encontrados, solicitou-se, ainda, a avaliação das pás do rotor da Unidade Geradora nº 01, que apresentava os mesmos sinais da Unidade Geradora nº 02, ou seja, vibração e ruído anormal. (...)

Em 19/01/2012, foi celebrado o contrato administrativo entre a Pirapora Energia e o Consórcio PCH Pirapora para a realização das obras de construção da PCH Pirapora, nos termos do Edital de Licitação nº ASE/GEC/2004/01/2011.

O referido contrato sofreu 7 (sete) aditamentos, o primeiro ocorreu em 29/05/2012, transferindo todos os direitos e obrigações da EMAE para a Pirapora Energia, o segundo, em 12/07/2013, prorrogando o prazo contratual, com alteração de valor em decorrência de acréscimo e diminuição quantitativa do objeto e adequação da especificação técnica, o terceiro, celebrado em 11/04/2014, prorrogou o prazo contratual, com alteração de valor, em decorrência de acréscimo e diminuição quantitativa do objeto, o quarto, em 04/11/2014, modificou o projeto, o quinto, em 12/11/2014, prorrogando, mais uma vez, o prazo contratual, com acréscimo de serviço, o sexto ocorreu em 30/01/2015, prorrogando o prazo contratual, e o sétimo, em 30/03/2015, prorrogou o prazo contratual, incluindo, ainda, algumas cláusulas de proteção para a contratante e o empreendimento.

PIRAPORA ENERGIA S.A.

Em 30/12/2014¹, o Consórcio PCH Pirapora disponibilizou, para operação comercial, as unidades n^{os} 1 e 2 da PCH Pirapora, com restrições e pendências.

Em 03/01/2015, ocorreu a primeira paralisação da usina, em virtude do lixo acumulado nas grades do túnel de adução, retornando a geração na unidade geradora n^o 01, apenas em 17/07/2015, e da unidade geradora n^o 02, em 02/10/2015.

Posteriormente, em 19/10/2015, foi concedido o aceite provisório da obra (Termo), nos termos do artigo 73, inciso I, alínea “a”, da Lei Federal n^o 8.666/93, mantendo a responsabilidade do consórcio pela conclusão das pendências consideradas não impeditivas, apontadas no anexo ao Termo, sem prejuízo daquelas previstas nos artigos 186, 389 e 618, todos do Código Civil.

Essa é uma breve síntese dos fatos que fundamentam a análise.

O recebimento provisório não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra, nem a ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato, nos termos do artigo 73, inciso II, parágrafo 2^o, da Lei Federal n^o 8.666/93.

Portanto, em que pese o advento do termo final do prazo contratual, há responsabilidades expressamente assumidas pelo Consórcio no Termo que, somadas à garantia contratual, constroem a base de mitigação de risco de solidez e funcionalidade da obra.

A responsabilidade pós-contratual, tratando-se de empreitada global (*turnkey*), exatamente o caso que sustenta a consulta, na repouso na garantia

¹De acordo com a Coordenação de Obras.



PIRAPORA ENERGIA S.A.

estabelecida na cláusula 19ª, do Contrato Administrativo ASE/GEC/2004/01/2011, de natureza ultrativa.

Logo, considerando todo o arcabouço normativo e contratual incidente, caberá ao Consórcio a reparação integral dos danos verificados nos equipamentos.

Contudo, a garantia não tem o condão de mitigar os riscos comerciais, alocados ao empreendedor, a não ser que a eclosão dos danos tenha conexão com ilícitos contratuais praticados pelas empresas contratadas.

Neste seguimento, são os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

Trata-se de REsp oriundo de ação ajuizada pelos recorrentes em que postulavam a rescisão de contrato e a condenação da recorrida ao pagamento de indenização por lucros cessantes e danos emergentes. Entre outras alegações, sustentam que, a despeito de entender não haver qualquer dúvida de quem seja a culpa pela inexecução do contrato, senão da Administração Pública, o Tribunal a quo, ao não reconhecer o direito à indenização por lucros cessantes, violou o disposto nos arts. 69, I, § 2º, do DL n. 2.300/1986; 79, § 2º, da Lei n. 8.666/1993; 1.059 do CC/1916 e 402 do CC/2002. A Turma, ao prosseguir o julgamento, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento. O Min. Cesar Asfor Rocha, no voto vista ao qual aderiu o Min. Relator consignou que, no caso, nem mesmo houve início da construção do empreendimento e da atividade empresarial relativa ao projeto aquático, o que torna remotos, incertos e apenas imagináveis os lucros cessantes pretendidos. Observou não ser sequer garantido o sucesso do parque, sendo impossível calcular o faturamento a ser obtido se aberto fosse. Com isso, frisou não se poder acolher o pedido recursal baseado em mera presunção de rentabilidade. Assim, entendeu não haver contrariedade aos dispositivos legais indicados pelos recorrentes. Precedente citado: REsp 846.455-MS, DJe 22/4/2009. (REsp 1.255.413-DF, de 08/11/11, Ministro Relator Mauro Campbell Marques)

(...)

1. *Já assentou a Corte que a “indenização dos danos emergentes e dos lucros cessantes não prescinde da sua particularização desde a inicial, assim como da prova cabal da sua existência, de sorte que,*

PIRAPORA ENERGIA S.A.

restando definida a sua ocorrência, resta apenas o seu quantum por liquidar". (Resp nº 192.834-SP, de 07/02/00, Ministro Relator Carlos Alberto Menezes).

E do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Contrato administrativo. Obras de pavimentação asfáltica. Anomalias. Laudo pericial claro e conclusivo no sentido de que os defeitos encontrados pelo ente contratante decorreram das lacunas do projeto elaborado, mas, também, por força do emprego pela executora da obra de matéria-prima inadequada. Dever de reparar os erros que é imperioso. Incidência, no caso, da inteligência dos comandos insertos nos artigos 69 e 70, da Lei nº 8.666/93.

2. Hipótese dos autos em que, todavia, dado o decurso do tempo e a natureza da obra, conceder a tutela específica rogada e, assim, imputar a reparação dos erros, albergaria enriquecimento ilícito da Administração. Conversão em perdas e danos que é medida de rigor, na forma da prerrogativa prevista no § 1º, do artigo 461, da lei adjetiva. (Apelação nº 0132609-41.2007.8.26.0053, de 23/09/15, Desembargador Relator Oswaldo Luiz Palu).

Apelação. Empreitada. Indenização por danos morais e materiais. Falha na impermeabilização. Responsabilidade do arquiteto afastada. Erro de projeto não demonstrado. Falha na execução da impermeabilização. Culpa atribuída ao engenheiro. Indenização devida. Reconvenção baseada em abuso processual improcedente. Sentença de parcial procedência mantida. Decadência afastada. Prazo de 30 dias que não se aplica à medida cautelar de produção antecipada de provas. Art. 618, CC. Mera garantia. Jurisprudência uníssona. Vícios construtivos demonstrados. Obras essenciais à edificação. Inviabilidade de realização na fase final. Boa técnica que garantiria a solidez e viabilidade da construção. Desnecessidade de previsão expressa. Autora que é leiga no assunto e contratou assessoria especializada do requerido. Falha de projeto não evidenciada. Art. 252, RITJ. Recursos improvidos. (Apelação nº 0003720-25.2011.8.26.0281, de 17/09/2014, Desembargador Relator: Bonilha Filho)

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EMPREITADA INDENIZAÇÃO POR DANOS C.C. DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES Vícios construtivos Constatação Laudo pericial Validade Inexistência de qualquer elemento de convicção contrária. Ação procedente. Recurso desprovido. (Apelação nº 0081213-20.2003.8.26.0100, de 24/04/2014, Desembargador Relator: Melo Bueno).



PIRAPORA ENERGIA S.A.

Portanto, caso seja constatada a divergência entre o que foi especificado no projeto e o que foi efetivamente executado pelo Consórcio, seja relacionado ao projeto em si ou nos materiais e métodos utilizados, além da responsabilidade contratual, o consórcio deverá ser sancionado administrativamente, pela pena máxima, dada a magnitude da obra, devendo ser impedido de contratar com a Administração Pública pelo prazo mais dilatado previsto na legislação, além de responder por eventual delito de natureza civil e penal, conforme o cerne da culpa.

Para tanto, recomenda-se a elaboração de uma perícia técnica por empresa especializada (Instituto de Pesquisas Tecnológicas - IPT, por exemplo), capaz de indicar se tal ocorreu, de modo a permitir o estabelecimento do nexo etiológico entre as ações do Consórcio e o dano verificado.

A partir da conclusão dessa análise é que se poderá determinar os passos seguintes, não só em relação ao Consórcio construtor, mas, notadamente, em relação à empresa Setec Hidrobrasileira Obras e Projetos Ltda, contratada pela Pirapora para gerenciar² a obra (Contrato Administrativo nº PESA/001/01/2012).

Além disso, a perícia fornecerá elementos de prova para eventual instauração de sindicância, caso sejam colhidos indícios de irregularidades no serviço praticados por empregados próprios.

Como visto, nada obstante a necessidade da perícia para a aferição da culpa, não há dúvida de que a responsabilidade pela reparação dos equipamentos danificados é do Consórcio construtor, seja pela ótica do Contrato, seja pelo prisma da legislação incidente.

²Obrigações contratuais da Setec: apoio na gestão e supervisão na elaboração do projeto executivo, na execução das obras civis, nas montagens eletromecânicas, nos comissionamentos dos equipamentos eletromecânicos instalados em campo, nos testes de partida operacional e na pré-operação, nos testes de partida operacional dos desenhos e demais documentos, nos itens necessários para a obtenção da licença de operação, na fabricação dos principais equipamentos eletromecânicos.



PIRAPORA ENERGIA S.A.

O regime de execução do aludido contrato é de empreitada integral³, compreendendo todas as etapas das obras, dos serviços e das instalações necessárias ao funcionamento da PCH, sendo de inteira responsabilidade do Contratado o atendimento a todos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional.

Nesse passo, a perícia técnica será capaz de demonstrar se o Contratado atendeu a todos os requisitos técnicos e legais necessários para manter as condições de segurança estrutural e operacional da usina (*estado da arte*), bem como se atendeu aos parâmetros estabelecidos na Especificação Técnica, anexa ao contrato administrativo.

Caso seja verificado que houve ilícito cometido nas obrigações do Contratado, o mesmo deverá responder segundo a legislação vigente, em especial, a norma do artigo 927, do Código Civil, *verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (g.n.)

De outra parte, a Lei Federal nº 8.666/93⁴ atribui ao contratado a obrigação de reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato com vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

³ Lei Federal nº 8.666/93, artigo 6º, letra “e”:
empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada.

⁴ Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

PIRAPORA ENERGIA S.A.

Da mesma maneira, a mencionada legislação⁵ prevê, ainda, ser o Contratado responsável pelos danos causados *diretamente* à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua *culpa* ou *dolo* na execução do contrato, todavia, não exclui ou reduz essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pela Contratante, no caso, realizada por meio do Contrato de gerenciamento celebrado com a empresa Setec Hidrobrasileira Obras e Projetos Ltda. (Contrato Administrativo nº PESA/001/01/2012).

Portanto, não se tratando de responsabilidade objetiva do Contratado, todo o dano sofrido pela Pirapora que não esteja diretamente relacionado à garantia contratual, cuja cobertura não abrange os danos financeiros e comerciais, está atrelado à apuração de eventual ilícito cometido por parte do Contratado, nos termos acima sugeridos. Trata-se, no caso, de responsabilidade subjetiva, que depende da demonstração de culpa.

Como vimos de ver, o contrato prevê, em sua cláusula 19ª, a garantia do empreendimento, compreendendo a cobertura de solidez e funcionamento de todos os sistemas, equipamentos, componentes, serviços e instalações executados sob a responsabilidade do Contratado, pelo período de 60 (sessenta) meses, a contar da conclusão do empreendimento.

Tal garantia é reforçada pelo Código Civil, nos seguintes termos:

Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo. (g.n.)

⁵ Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

PIRAPORA ENERGIA S.A.

Portanto, para subsidiar as futuras medidas a serem tomadas pela Administração da Cia. adicionais à garantia contratual já estabelecida em contrato, entendemos necessária e essencial ao deslinde da questão a análise prévia de perito técnico competente, a fim de colher os subsídios fundamentais para a tomada de decisões de maneira informada e refletida em relação à culpa do Contratado, configuradora do ilícito contratual.

Outro ponto que deve ser sopesado com acuidade pela administração da Pirapora Energia S.A., por sua conexão com a paralisação da geração e os efeitos no faturamento dos contratos de energia celebrados com as distribuidoras, é o Contrato celebrado com o BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, para o financiamento das obras de construção da PCH Pirapora. Nesse sentido, deve-se apurar quais os riscos de violação dos *covenants* com a paralisação da usina, ou qual seria o limite máximo de paralisação que seria possível sem que houvesse tal ultrapassagem⁶.

De fato, descumprimento de quaisquer das obrigações constantes do contrato de financiamento firmado com o BNDES poderá acarretar o vencimento antecipado do referido contrato, conforme dispõe a cláusula vigésima, *verbis*:

CLÁUSULA VIGÉSIMA

O BNDES poderá declarar vencido antecipadamente este Contrato, com a exigibilidade da dívida e imediata sustação de qualquer desembolso, se, além das hipóteses previstas nos artigos 39 e 40 "DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS DO BNDES", a que se refere a Cláusula Décima, inciso I, forem comprovados pelo BNDES:
(...)

⁶ Sobre o assunto, vide Cláusula Décima - Obrigações Especiais Da Beneficiária:
Obriga-se a Beneficiária a: (...)

XXVI – apresentar ao BNDES, durante a vigência deste contrato até 30 de maio de cada ano, demonstrações financeiras, auditadas por empresas cadastradas na Comissão de Valores Mobiliários (CVM), referentes ao exercício social anterior, acompanhada de relatório com opinião conclusiva emitida pelo auditor, atestado o cálculo do Índice de Cobertura do Serviço da Dívida (ICSD) e do Índice de Capitalização Próprio (ICP), ambos com base no ano civil;

XXVII – manter, durante toda vigência do presente Contrato, o ICSD de, no mínimo, 1,20 (um inteiro e vinte centésimos), a ser calculado conforme Anexo III a este Contrato e apurado nos termos do inciso XXVI acima; (...) (g.n.)

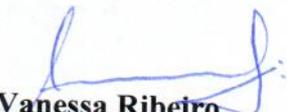
PIRAPORA ENERGIA S.A.

g) o descumprimento de quaisquer das obrigações constantes deste Contrato ou do contrato mencionado no inciso I, da cláusula sétima. (g.n.)

Desta feita, s.m.j., sugerimos a abertura de procedimento administrativo interno cujo objeto será a realização de perícia técnica para apurar a natureza dos danos, à luz do contrato e das normas de engenharia incidentes. Ultimada essa análise, poderão ser contextualizadas algumas hipóteses de encaminhamento da questão, que poderão ocorrer cumulativamente, tais como: (i) a instauração de procedimento de sindicância, (ii) a apuração de responsabilidade do Consórcio PCH Pirapora e da empresa Setec Hidrobrasileira Obras e Projetos Ltda., (iv) medidas de reparação integral do dano, sem prejuízo da execução da garantia contratual.

É o parecer.

Atenciosamente,


Vanessa Ribeiro
OAB/SP 296.249

De acordo.


Pedro Eduardo Fernandes Brito
Gerente do Departamento Jurídico