

GRUPO I- CLASSE II – 2ª Câmara

TC 046.794/2012-3

Processos apensos: TC 028.751/2010-8

Natureza: Embargos de Declaração (Recurso de Reconsideração em Tomada de Contas Especial)

Entidade: Ministério da Pesca e Aquicultura (extinta)

Responsáveis: Antonio Chrisostomo de Sousa (CPF 023.714.133-72); Dirceu Silva Lopes (CPF 276.574.930-20); José Claudenor Vermohlen (CPF 001.591.149-77); Leandro Balestrin (CPF 737.632.339-20).

Recorrentes: Antonio Chrisostomo de Sousa (CPF 023.714.133-72); Dirceu Silva Lopes (CPF 276.574.930-20); José Claudenor Vermohlen (CPF 001.591.149-77); Leandro Balestrin (CPF 737.632.339-20).

Representação legal: Claudismar Zupiroli (12250/OAB-DF) e outros, representando Antonio Chrisostomo de Sousa, Dirceu Silva Lopes, José Claudenor Vermohlen e Leandro Balestrin.

Interessado em sustentação oral: não há.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL ORIUNDA DA CONVERSÃO DE PROCESSO DE REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES NA CONSTRUÇÃO DE TERMINAL PESQUEIRO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TPP/RJ). NÃO OBTENÇÃO DA LICENÇA AMBIENTAL PRÉVIA. DESISTÊNCIA DO EMPREENDIMENTO. CONTRATAÇÃO ANTERIOR DE PROJETO EXECUTIVO. DESPÉRDIO DE DINHEIRO PÚBLICO (PROJETO INSERVÍVEL). CONTAS IRREGULARES. CONDENAÇÃO EM DÉBITO E APLICAÇÃO DE MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. ARGUMENTO RECURSAL NO SENTIDO DE APROVEITAMENTO DO PROJETO EXECUTADO. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA PRELIMINAR. ESCLARECIMENTOS PRESTADOS PELO ÓRGÃO NO SENTIDO DO NÃO APROVEITAMENTO EFETIVO DO PROJETO EM OUTRO EMPREENDIMENTO. CARACTERIZAÇÃO DA IRREGULARIDADE E DA CULPABILIDADE DOS RESPONSÁVEIS. DEMAIS ARGUMENTOS RECURSAIS INSUFICIENTES PARA ALTERAR A DELIBERAÇÃO. CONHECIMENTO E NEGATIVA DE PROVIMENTO. COMUNICAÇÃO. CONHECER DOS EMBARGOS. REJEITÁ-LOS. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Por meio do Acórdão 9.789/2018 – TCU (Peça 138), a Segunda Câmara conheceu de Recurso de Reconsideração interposto, conjuntamente, pelos Srs. Leandro Balestrin, Antônio

Chrisóstomo de Sousa, José Claudenor Vermohlen e Dirceu Silva Lopes contra o Acórdão 1.467/2015 – 2ª Câmara, para, no mérito, negar-lhe provimento.

2. A deliberação recorrida foi adotada no âmbito da Tomada de Contas Especial instaurada em razão de irregularidades em contrato de repasse firmado pelo Município com o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), que julgou irregulares as contas dos responsáveis, imputando-lhes, solidariamente, o débito no valor de R\$ 1.434.825,03 e aplicando-lhes, individualmente, a multa prevista no art. 57, da Lei 8.443/1992, nos valores de R\$ 200.000,00, R\$ 200.000,00, R\$ 210.000,00 e R\$ 210.000,00 (Peça 43).

3. Irresignados, os responsáveis opõem Embargos de Declaração, com pedido de efeitos infringentes, arguindo existência de omissão, ausência de responsabilidade dos embargantes, necessidade de reconhecimento da verdade dos fatos e busca da verdade material, que faz consoante os fundamentos abaixo transcritos:

“[...]
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
c/c efeitos infringentes

o que faz consoante os fatos e fundamentos jurídicos que passa a expor, mas especialmente em razão:

a) da aplicação dos princípios da busca da verdade material e da mitigação do formalismo no âmbito do TCU;

b) do estudo apresentado pela empresa autora do Projeto Executivo adiante citado e anexado, acompanhado da comprovação dos arquivos em PDF (CD) com os módulos do projeto que podem ser replicados em qualquer parte do País onde houver esforço de pesca compatível;

c) mais especialmente ainda, em razão da informação nova e extremamente importante para a defesa dos Embargantes, fornecida pela própria empresa, de que o Ministério da Pesca, por meio da gestão que os sucedeu, solicitou que ela renunciasse à autoria do Projeto, de modo a permitir a sua replicação pelo País, que efetivamente foi feito. Tal fato comprova não só que o projeto é viável e aproveitável, mas que efetivamente o Ministério iniciou os procedimentos legais e administrativos necessários para viabilizar o seu aproveitamento. Ou, seja, caso se mantenha a condenação em débito, a União se ressarcirá da despesa efetivada e utilizará o projeto, caracterizando locupletamento do estado; e

d) da eventual utilização da própria área originalmente destinada à implantação do TPP/RJ para empreendimento de natureza semelhante.

I — Breve resumo do objeto dos autos.

Versam os autos acerca de supostas irregularidades praticadas pelos Embargantes, na qualidade de gestores do então Ministério da Pesca e Aquicultura (MPA) nos procedimentos relacionados à contratação do Projeto Executivo para construção do Terminal Pesqueiro Público do Estado do Rio de Janeiro (TPP/RJ).

A partir de Representações e denúncias recebidas, o Tribunal de Contas da União, em síntese, entendeu que:

a) o Ministério da Pesca e Aquicultura, nas pessoas dos Embargantes, contratou o projeto executivo e realizou licitação para contratação de empresa para a construção do TPP/RJ sem a emissão da licença ambiental prévia, violando a legislação aplicável à matéria, bem como determinações expressas anteriormente dirigidas ao órgão por parte desta Corte;

b) havia incompatibilidade do empreendimento com o zoneamento municipal, uma vez que o local onde seria implantado é uma zona residencial;

c) houve violações aos princípios da publicidade, isonomia e impessoalidade na contratação de empresa para elaborar o projeto executivo do terminal pesqueiro;

d) O projeto executivo da obra, contratado ao custo de R\$ 1.434.825,03, tornou-se inservível.

Com base nessas conclusões, os Embargantes foram apontados como responsáveis pela requisição da realização de licitação do projeto executivo do Terminal Pesqueiro Público do Rio de Janeiro (TPP/RJ) antes da obtenção da licença ambiental prévia que atestasse a viabilidade ambiental do empreendimento (Leandro Balestrin — Diretor de Logística, infraestrutura e Comercialização); anuência à realização de licitação do projeto executivo do Terminal Pesqueiro Público do Rio de Janeiro antes da obtenção da licença ambiental prévia que atestasse a viabilidade ambiental do empreendimento (Antônio Chrisóstomo de Sousa — Coordenador-Geral de Gestão Interna e José Claudenor Vermohlen — Subsecretário de Planejamento,

respectivamente) e autorização para a realização de licitação do projeto executivo do Terminal Pesqueiro Público do Rio de Janeiro e homologação do certame (Dirceu Silva Lopes — Secretário Adjunto da SEAP/PR).

Os Embargantes foram intimados a se manifestarem sobre as supostas impropriedades identificadas pelo Tribunal e apresentaram as respectivas razões de justificativas, onde aduziram, em síntese, as seguintes defesas, ora reiteradas:

Antônio Chrisóstomo de Sousa, José Claudenor Vermohlen e Dirceu Silva Lopes:

- O projeto básico somente foi solicitado em função do Decreto Presidencial de 20/11/2007, que desapropriou o imóvel, declarando-o de utilidade pública, de modo que a área foi afetada a essa finalidade;
- Houve aprovação da Consultoria Jurídica competente; Houve autorização do TPP/RJ por parte do Comando da Aeronáutica, que a condicionou à adoção de medidas para evitar que a atividade se constituísse em foco de atração de aves;
- Havia compatibilidade com o zoneamento local;
- Ausência de prejuízo em razão da não obtenção do licenciamento prévio, já que o projeto executivo pode ser utilizado em outro local, desde que adaptado às características e peculiaridades;
- Impossibilidade de agir de forma diversa, já que havia respaldo do jurídico para tanto;
- Os Embargantes agiram com total boa-fé e sempre divisando o interesse público.

Leandro Balestrin:

- Os procedimentos afetos aos estudos e futura contratação do Terminal Público Pesqueiro/RJ, foram iniciados antes da gestão do Embargante;
 - Somente encaminhou o Termo de Referência ao Setor de Protocolo para atuação, adotando um procedimento corriqueiro no Ministério, consoante se verá mais adiante;
 - A aprovação do processo licitatório foi feita pela autoridade competente;
 - Houve parecer jurídico da SEAP/PR e Casa Civil que abalizaram os procedimentos adotados;
 - O licenciamento ambiental poderia ser viabilizado no curso do processo, sem prejuízo da contratação do projeto básico;
 - A Secretaria Municipal do Meio Ambiente/RJ declarou que o TPP/RJ não estaria ocupando área de preservação e não tinha objeções para empreender o TPP/RJ;
 - Não havia problemas urbanísticos e de zoneamento em relação a área;
 - Os estudos de Pré-viabilidade ratificaram a condição de que o TPP/RJ era viável e necessário;
- Todas as iniciativas foram adotadas no cumprimento de ordens superiores;
- O projeto de engenharia contratado pode ser perfeitamente implementado e aproveitado em outro local;
 - Não havia risco da segurança aeroviária, conforme afirmou o Ministério da Aeronáutica;
 - O Embargante agiu com total boa-fé e sempre divisando o interesse público.

As razões de justificativas foram rejeitadas, tendo os Embargantes sido condenados à devolução da totalidade dos recursos despendidos com a contratação do projeto básico e ao pagamento de multas, em valores exorbitantes e desproporcionais.

O Recurso de Reconsideração, cujo acórdão ora se embarga, também foi rejeitado, consoante o seguinte Sumário que se destaca:

Sumário

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL ORIUNDA DA CONVERSÃO DE PROCESSO DE REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES NA CONSTRUÇÃO DE TERMINAL PESQUEIRO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TPP/RJ). NÃO OBTENÇÃO DA LICENÇA AMBIENTAL PRÉVIA. DESISTÊNCIA DO EMPREENDIMENTO. CONTRATAÇÃO ANTERIOR DE PROJETO EXECUTIVO. DESPÉRCIO DE DINHEIRO PÚBLICO (PROJETO INSERVIVEL). CONTAS IRREGULARES. CONDENAÇÃO EM DÉBITO E APLICAÇÃO DE MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. ARGUMENTO RECURSAL NO SENTIDO DE APROVEITAMENTO DO PROJETO EXECUTADO. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA PRELIMINAR. ESCLARECIMENTOS PRESTADOS PELO ÓRGÃO NO SENTIDO DO NÃO APROVEITAMENTO EFETIVO DO PROJETO EM OUTRO EMPREENDIMENTO. CARACTERIZAÇÃO DA IRREGULARIDADE E DA CULPABILIDADE DOS RESPONSÁVEIS. DEMAIS ARGUMENTOS RECURSAIS INSUFICIENTES PARA ALTERAR A DELIBERAÇÃO. CONHECIMENTO E NEGATIVA DE PROVIMENTO. COMUNICAÇÃO.

Como se verifica, no Acórdão em que manteve a condenação dos Embargantes, o Tribunal reafirma, no ponto central da controvérsia, que não há condições de aproveitamento do Estudo técnico realizado ou que não há planos concretos para o aproveitamento do trabalho realizado. Reafirma, ainda, a suposta inexistência de licenciamento ambiental e de oposição ao funcionamento na Ilha do Governador em razão da suposta interferência no tráfego aéreo.

Ocorre que, conforme se verá adiante, o Acórdão embargado (nº 9789/2018), nesse ponto fundamental da celeuma (aproveitamento do projeto objeto do estudo de Pré-Viabilidade do Terminal) se mostra bastante contraditório, mantendo um juízo de valor condenatório, quando a própria instrução da Secretaria de Recursos, a partir das informações dos atuais gestores do Poder Executivo, deixaram expresso a possibilidade de aproveitamento do projeto desenvolvido.

Também em relação à suposta inexistência de licenciamento ambiental, de entraves quanto ao tráfego de veículos e de interferência na segurança de voos, se demonstrará que: 1) não existe negativa de licenciamento, ao contrário, há manifestação da Secretaria do Meio Ambiente no sentido da viabilidade, o que tem que conduzir à conclusão de que, se os gestores tivessem permanecido no Ministério (não tivessem sido afastados com a alternância de governo em janeiro de 2011) a obra teria sido executada, sempre visando o interesse público; 2) existe manifestação expressa da CET/Rio no sentido de que a implantação do terminal na Ilha era compatível com a infraestrutura existente; e 3) que existe manifestação expressa do Ministério da Defesa no sentido de que as autoridades Aeronáuticas não se opunham mais ao Terminal, desde que atendessem às condições de segurança, o que estava sendo implementado.

E, em assim demonstrando, se concluirá ao final que: 1) por um lado, o que se vê é a evidente inexigibilidade de outra conduta dos gestores ora a penados; e, 2) de outro, diversamente do que está se materializando nas decisões dessa Corte, se alguém deveria ser responsabilizado provavelmente deveria ser os gestores sucessores que deixaram de dar sequência e implementar um projeto extremamente necessário e cuja demanda remanesce até a presente data.

É o que se passa a demonstrar.

II — Relembrando fatos e provas existentes nos autos.

II.a) Da obra e sua necessidade.

A obra do TPP/RJ era, e continua sendo, uma demanda da cidade do Rio de Janeiro, especialmente da Ilha do Governador, uma vez que os pescadores daquela cidade limpam e manipulam seus pescados em condições precaríssimas de higiene, em geral na borda dos próprios barcos. Além disso continuam a necessitar de apoio para a limpeza, acondicionamento e encaminhamento ao mercado do fruto do seu trabalho. Como o Terminal não foi construído, a demanda continua existindo.

A unidade idealizada não se destinava ao processamento do pescado, mas ao recebimento, à lavagem, à estocagem e, por fim, o encaminhamento aos processadores e ao consumo, o que afasta, de pronto a alegação de que possivelmente atrairia aves indesejáveis que poderiam interferir no tráfego aéreo. Ao contrário, é a manutenção da situação atual, com a evisceração do pescado a "céu aberto" que atrai as aves indesejáveis. Não por outra razão a manifestação das autoridades aeronáuticas é no sentido de não haver oposição à implantação do TPP/RJ, desde que adotadas as cautelas que evidentemente seriam adotadas.

Aliás, a demanda se constituía em uma das mais importantes obras para o setor pesqueiro no País.

II.b) Do apoio da comunidade e das entidades da área tanto do Estado do Rio de Janeiro, quanto do Espírito Santo.

Apesar de ter havido uma oposição política por parte de uma pequena parcela da comunidade da Ilha do Governador, manifestação esta que terminou por ser ouvida pela direção do Ministério da Pesca que assumiu o governo em janeiro de 2011, o projeto tinha o apoio de praticamente todas as entidades sociais da Ilha do Governador, sobretudo as entidades representativas dos pescadores e dos moradores. O "Manifesto dos Moradores da Ilha do Governador pelo SIM ao TPP/RJ" (anexado aos autos) demonstra a reivindicação da comunidade, no qual os moradores destacaram como benefícios:

Dentre os benefícios, listamos os principais:

MELHORIA DA QUALIDADE DO PESCADO através do Serviço de Inspeção Federal — SIF, de Vigilância Sanitária e do cumprimento de toda a legislação pertinente;

BARATEAMENTO DO PESCADO PARA AS FAMÍLIAS, garantido pelas câmaras frigoríficas para estocagem e regulação da oferta, assim como a abolição da longa e precária cadeia de intermediação na comercialização atualmente existente;

GERAÇÃO DE CENTENAS DE EMPREGOS DIRETOS E INDIRETOS PARA A POPULAÇÃO LOCAL e para trabalhadores de toda a cadeia produtiva da pesca no entorno;

CRIAÇÃO DE ATRAÇÃO TURÍSTICA, através de um restaurante panorâmico e visitas guiadas.

O referido Manifesto foi assinado por expressiva representação da comunidade, como se pode ver:
Melquiades Martins — Presidente da Federação das Associações de Moradores da do Governador (FAIVIIG)

Ricardo Tavares — Presidente da Associação de Moradores da colônia Z-10 / RIR]

Itamar Marques da Silva Junior — Presidente da Associação de Moradores Village

Renato da Silva - Presidente da Associação de Moradores N.S das Graças (BOOC WOOGIE)

Joca Pimenta — Presidente da Associação de Moradores dos Bancários

Fernanda Araújo — Presidente da Associação de Moradores do Dendê

Nilton Fernando - Presidente da Associação de Moradores do Guarabu

Paulo César da Assis Ribeiro — Presidente da Associação de Moradores de Tubiac (AMAT)

João Clemente Frade — Presidente da Associação de Moradores de Monerd (ANM)

Rosa Chaves — Agenda 21 / Freguesia

Antonio Galdino — Presidente da Associação de Moradores da Vila Juaniza

Pedro Rosa — Presidente da Associação de Moradores do Parque Royal

Renato Rato - Presidente da Associação de Moradores do Jardim Duas Praias

Doralice Antunes — Diretora SOS / Freguesia

José Everaldo - Suplente de Vereador

Carlos Eduardo — Morador (Jardim Guanabara)

José Vital - Condomínio Villar da Ilha

Marcelo Rubens do Amaral - Conselho Fiscal — AMMO

Marcelo Rosa Roque de Sant'anna - Associação do Conjunto Residencial dos Servidores Municipais

Aníbal Ferreira — Presidente da Colônia de Pescadores Z-10 / RIBEIRA.

A mesma reivindicação e o apoio é revelado pelo ofício enviado ao Prefeito do Rio de Janeiro pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Aquaviários e Aéreo, na Pesca e nos Portos, pela Federação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Aquaviários e Afins, pela Federação da Agricultura e Pesca do Estado do Rio de Janeiro, pelo Sindicato dos Pescadores dos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, pelo Sindicato dos Armadores de Pesca do estado do Rio de Janeiro e pela Associação dos Pregoeiros de Pescados e Afins do Estado do Rio de Janeiro (nos autos), pelo qual defendem a atuação do alcaide no sentido de ajudar a viabilizar o Terminal "que será implantado na Ilha do Governador, localidade Ribeira".

Depois de longo debate na sociedade e na Assembleia Legislativa do estado do Rio de Janeiro, a sua Comissão Especial de Aquicultura e Pesca também manifestou seu apoio à reivindicação dos pescadores e do setor produtivo pela "implementação do Projeto do Terminal Pesqueiro Público no Rio de Janeiro" (nos autos).

Como se vê, e especialmente como adiante se demonstrará, o projeto do Terminal só não foi implementado em razão de recuo injustificado da direção do Ministério da Pesca que sucedeu os gestores responsabilizados neste processo. E, diante do fato de que já se encontravam equacionadas as questões relativas ao tráfego de veículos (pelo parecer da CET RIO), à segurança do tráfego aéreo (pela manifestação do Ministério da Defesa e da autoridade aeronáutica) e ao meio ambiente (com a manifestação da Secretaria Municipal de Meio Ambiente), **impõe-se a pergunta: se responsabilidade realmente existiu, a quem deveria ter sido atribuída? Aos gestores que foram impedidos de ultimar a implantação do Terminal pela exoneração de seus cargos em janeiro de 2011 ou pelos gestores que os sucederam e que deixaram de implementá-lo sob fundamento essencialmente frágil (oposição de pequeno grupo de moradores das imediações do local onde o Terminal ia ser implantado)?**

II.c) Da existência do EPV— Estudo de Pré-Viabilidade.

A contratação do Projeto Executivo foi regular e não foi açodada, uma vez que havia consistente Estudo de Pré-Viabilidade.

Mediante o Decreto de 19 de novembro de 2007, a Presidência da República declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, o domínio útil de imóvel urbano localizado à Rua Pires da Mota, no Bairro da Ribeira, Ilha do Governador, na cidade do Rio de Janeiro-RJ, com área de 24.438,15 m², destinado à implantação do Terminal Pesqueiro Público do Rio de Janeiro.

Em consequência, foi contratado, mediante a Tomada de Preços nº 01/2008, o Estudo de Pré-Viabilidade (EPV) do Terminal. O estudo foi elaborado pela empresa Petcon Planejamento em Transporte e Consultoria Ltda.

Os EPV englobaram análises econômicas, técnicas, ambientais e gerenciais, com o objetivo de diagnosticar e avaliar as seguintes questões:

- a) Estrutura de mercado (oferta e demanda) para OS produtos e serviços potenciais;
- b) Dimensionamento técnico das infraestruturas;
- c) Avaliação financeira do empreendimento com indicação da viabilidade e atratividade econômicas em termos da relação benefício/custo, valor presente líquido, taxa interna de retorno, pay-back, fluxo de caixa, gastos com implantação e operação/manutenção;
- d) Avaliação de eventuais impactos ao meio ambiente e formas de mitigação dos riscos;
- e) Conjuntura de administração do projeto;
- f) Avaliação de externalidades positivas associadas ao empreendimento (geração de empregos, aumento de renda, melhora das condições de sanidade do pescado, contribuição para segurança alimentar, etc.).

Portanto, os EPV contribuíram para subsidiar a própria formulação da política pública e auxiliaram na otimização dos investimentos, uma vez que permitiram urna melhor compreensão acerca das oportunidades e riscos associados ao empreendimento em termos de mercado, localização e dimensão das infraestruturas, beneficiários, impactos e externalidades.

Os EPV do Terminal abrangeram as seguintes análises:

- Análise Fundamental:
 - Alternativas possíveis de alcance da finalidade;
 - Alternativa selecionada;
 - Concorrência com outros projetos e empreendimentos;
 - Impacto da implantação do TPP do Rio de Janeiro — cenários;
 - Sinergia e antagonismo com outros projetos e empreendimentos e
 - Oferta e demanda.
- Análise Técnica:
 - Características técnicas do TPP do Rio de Janeiro;
 - Justificativa da opção efetuada; e
 - Vida útil do empreendimento.
- Análise econômico-financeira:
 - Análise da demanda;
 - Análise da oferta;
 - Produtos e serviços do TPP-RJ; e
 - Análise financeira.
- Análise sócio-econômica:
 - Considerações gerais;
 - Benefícios indiretos quantificáveis;
 - Avaliação econômica; e
 - Análise de sensibilidade - avaliação econômica.

II.d) Sobre a localização do terminal.

A definição da localização do TPP/RJ foi realizada após avaliação de outras alternativas possíveis como a Zona Portuária da cidade, no Bairro do Caju, e o Bairro do Barreto, localizado próximo à Ilha da Conceição, em Niterói. Após a avaliação das alternativas possíveis, a conclusão dos Estudos de Pré-Viabilidade apontou a localidade do Bairro da Ribeira, ao sul da Ilha do Governador, como a ideal para implantação do TPP/RJ. Na conclusão dos referidos estudos é afirmado:

"As informações foram obtidas junto aos principais segmentos de classes profissionais envolvidos no atividade pesqueira no Rio de Janeiro como pescadores, armadores, comerciantes, como também em órgãos institucionais como a SEAP — PR e sua Superintendência no Rio, Prefeituras, IBAMA e outras fontes autônomas que colaboraram com dados, opiniões, expectativas e conhecimento sobre o setor para enriquecer e promover um resultado mais aderente às análises sobre a implantação do Terminal."

"Assim conclui-se que a implantação do Terminal Pesqueiro Público do Rio de Janeiro reveste-se de significativa importância financeira, econômica e social para o desenvolvimento do setor pesqueiro do Estado."

Assim, demonstra-se que a proposta de Implantação do TP RJ não foi uma aventura dos gestores aqui defendidos, mas uma demanda da comunidade e encaminhado somente depois da realização de aprofundados Estudos de PréViabilidade.

II.e) Da ausência de negativa de licença ambiental. Da Manifestação favorável da Secretaria de Meio Ambiente do Rio de Janeiro

Adicionalmente, faz-se necessário destacar que nenhum órgão, nem mesmo o INEA emitiu qualquer indeferimento quanto à instalação do TPP/RJ.

Dentre as licenças e autorizações já obtidas, cabe destacar o Ofício n° 986/SMAC, da Secretaria Municipal de Meio Ambiente da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro (Peça 104 dos autos), onde o mesmo informa que "não há objeção à continuidade do licenciamento pelo INEA, consideradas as manifestações favoráveis da CET RIO sobre o impacto viário e da SMU sobre o enquadramento na legislação de uso e ocupação do solo. Esclarecemos ainda que o empreendimento não está inserido na APARU do Jequiá ou em sua respectiva área de entorno, definidas pelo Decreto n°12.250/1993."

Assim, quanto a este ponto — inexistência de licenciamento ambiental —, que é o fundamento do suposto prejuízo, é de se salientar que, se não existe o licenciamento do órgão estadual, tampouco existe a negativa dele. Ou seja, se os gestores tivessem permanecido no Ministério e não tivesse havido a mudança no governo, ou mesmo se tivesse havido esforço dos gestores que os sucederam, com absoluta certeza a obtenção da licença teria acontecido ou, na pior das hipóteses, projeto já teria sido implantado em outro local.

Portanto, pode-se afirmar com toda segurança que, tecnicamente falando, não havia e não há óbices para a implantação do referido TPP, que só não aconteceu por questões políticas decorrentes da reação popular contrária por uma pequena parte da comunidade do entorno do empreendimento e em função de trocas no comando do MPA, fazendo com que o processo esteja até hoje paralisado.

Ou seja, avaliando-se, agora, retrospectivamente, não é difícil concluir que, em razão do recuo das autoridades locais em razão da reação popular, mesmo que o processo tivesse avançado e o licenciamento — cujo processo de obtenção estava em curso e não havia negativa — tivesse ocorrido, mesmo assim a implantação do TPP/RJ não teria acontecido naquele momento.

II.f Da manifestação favorável do órgão de trânsito do Rio de Janeiro

Relativamente aos argumentos constantes do acórdão original de que haveria impacto no sistema viário da região que inviabilizaria projeto, a documentação da CET-Rio juntado nas peças 101 e 102 são suficientes para demonstrar que são infundados. Na Carta 119-CET/PRE, peça 102 dos autos, da Presidente da CET-RIO ao Ministério da Pesca sobre o impacto viário consta expressamente a afirmação de que não existia objeção à implantação do Terminal:

Em atenção ao requerimento que originou o processo n.º 03/200.490/2010, informo que a análise de impacto no sistema viário, relativo ao projeto de construção de Terminal Pesqueiro Público — TPP/RJ, complexo de armazéns destinado a armazenagem de pescado, situado à Rua Pires da Moita, n° 21, PA 5790 e PAL 2.154, Bairro da Ribeira - Ilha do Governador, indica que nada temos a opor à licença de obras. Quanto ao Habite-se, este ficará condicionado à implantação, por parte do empreendedor, sob supervisão da CET-Rio das seguintes exigências:

II.g) Da inexistência de perigo para o tráfego aéreo.

Do mesmo modo, também não se mostra fundada a afirmação de que projeto era inviável em razão de significar "perigo aviário". Consta dos autos o Aviso n° 116/MD, assinado pelo então Ministro da defesa, Nelson Jobim, endereçado ao Ministro da Pesca atestando que a Aeronáutica nada tinha a se opor à implantação do terminal (Peça 106 dos autos). Eis:

2. A propósito do tema, encaminho a Vossa Excelência, cópia do Ofício n° 2021/GC5/3646, de 28 de maio do corrente ano, **por meio do qual o Comando da Aeronáutica informa que nada tem a opor à implantação do referido Terminal**, desde que sejam adotadas medidas permanentes que evitem que a atividade constitua foco de atração de aves, tanto no Terminal Pesqueiro Público do Rio de Janeiro (TPP-RJ) em si, como nos diversos equipamentos auxiliares envolvidos na operacionalização do mesmo, incluindo as embarcações e os veículos de transporte de pescado e eventuais produtos gerados.

Assim, a toda evidência a decisão ora embargada labora em evidente contradição com as provas dos autos, com todo o respeito, se funda em conclusões e crenças pessoais que foram afastadas pelas autoridades competentes. Aliás, como dito acima, uma vez que o Terminal foi projetado para receber o pescado, acondicioná-lo corretamente e encaminhá-lo ao mercado, sem o seu processamento, evitando a evisceração a "cêú aberto" é ele que evitará a atração de aves e não o contrário.

III - Possibilidade de Aproveitamento do Estudo. Não responsabilidade dos Embargantes pela ausência de plano concreto do órgão ministerial para aproveitamento do Projeto.

Destaca-se, a seguir, em particular, a contradição do acórdão embargado quanto ao ponto essencial da defesa dos gestores e do próprio interesse público, que é a possibilidade concreta e demonstrada nos autos de utilização do projeto, ação que deveria ser cobrada dos sucessores dos gestores ora penalizados.

Veja Excelência, que a conclusão objetiva, concreta, expressa que se obtém a partir das informações e diligências do próprio Tribunal de Contas da União junto aos órgãos que sucederam o Ministério da Pesca e Aquicultura, são no sentido de que:

- a) O Projeto Executivo elaborado sob a coordenação dos Embargantes pode sim ser executado, ainda que com eventuais adaptações, em qualquer projeto de Terminal Pesqueiro e em qualquer local;
- b) A configuração técnica desenvolvida (modular) possibilita a adaptação e execução do projeto de forma diversa em face de variados ambientes e projetos, de modo que a estrutura constante do estudo se mostra útil, relevante e atual para o Poder Público;
- c) Trata-se de um patrimônio imaterial do Estado (União), cuja execução e transformação numa obra pública ainda necessária à economia pesqueira poderá ser levada adiante, a qualquer momento, pelo Poder Executivo Federal, de modo que não há como se apontar, diante dessa realidade, eventual prejuízo para o Estado brasileiro;
- d) O produto do trabalho executado (acervo técnico — projeto executivo) sob a coordenação dos Embargantes está à disposição do Estado brasileiro e se constitui numa alternativa técnica que poderá evitar, a critério da União, gastos desnecessários com investimentos que certamente serão necessários, em várias partes do País, nas áreas de Pesca e Aquicultura.

Por outro lado, diferentemente do que conclui o Acórdão embargado, a primeira parte das diligências revela que:

- a) Não é possível asseverar que o Estado brasileiro não se utilizará, em algum momento, do trabalho técnico realizado para atender às suas necessidades de investimento de projetos da espécie;
- b) O aproveitamento ou não do projeto é uma prerrogativa da União e a utilização ou não desse direito (faculdade) não pode convolar-se — pela eventual não utilização - em responsabilidade para os Gestores, notadamente quando a própria União assevera que o projeto é viável;
- c) Se o projeto é viável e perfeitamente adaptável às necessidades, ainda existentes, do Poder Público Federal, a ausência de planos concretos dos órgãos Ministeriais para esse aproveitamento é de única e exclusiva responsabilidade do Estado brasileiro, não podendo transformar-se, em penalização aos Embargantes, que à toda evidência, nada interferem ou decidem nesse processo.

Tudo que se afirma está claramente apontado na primeira parte da instrução recursal que integra o Acórdão embargado, cujos excertos destacam os Embargantes:

"(...) 5. Com vistas a elucidar ponto trazido na peça recursal acerca da possibilidade de aproveitamento do projeto executivo do TPP/RJ em outro empreendimento, e tendo em vista o contido em documento colacionado aos autos pelos recorrentes (Nota Técnica n.º035/2015, peça 95), foi proposta a realização de diligência à Secretaria da Aquicultura e Pesca do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços —MDIC, órgão sucessor da Seap/PR, com o seguinte teor (peça 124, p. 5):

21. Diante do exposto, propõe-se diligenciar a Secretaria da Aquicultura e Pesca do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços — MDIC com vistas ao encaminhamento, no prazo de até 30 (trinta) dias, das seguintes informações/elementos:

- a) em face da manifestação constante da Nota Técnica n.2 035/2015 — Colog/Dilog/Seif/Mpa, datada de 27/08/2015, o projeto executivo contratado para o Terminal

Pesqueiro Público do Rio de Janeiro (TPP/RJ) foi ou será efetivamente aproveitado, ainda que parcialmente, para a realização de empreendimento semelhante em outra localidade do País;

b) em caso de afirmativo, a resposta ao item anterior deve ser acompanhada de cópias dos respectivos documentos, estudos, e outros elementos que permitam comprovar a utilidade dos gastos públicos efetivados com a contratação decorrente da Tomada de Preços TP-009/2008.

5.1. Tal proposição foi acolhida pelo Relator dos recursos (peça 126), Exmo. Ministro Aroldo Cedraz, sendo que os fundamentos que embasaram a referida diligência estão reproduzidos a seguir (peça 124):

10. Ao se examinar o teor da peça recursal apresentada, verifica-se que um dos principais argumentos declinados pelos recorrentes consiste na alegação de que, a despeito da conclusão firmada na deliberação recorrida, o projeto executivo contratado pela então Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República seria passível de aproveitamento, não subsistindo por isso o débito apurado nos autos.

11. Sustentam os recorrentes que houve o reconhecimento técnico por parte do extinto MPA quanto à possibilidade de aproveitamento e uso futuro do referido projeto, o que, inclusive, encontraria respaldo na jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos 596/2008 e 1309/2014 ambos do Plenário). Ademais, argumentam que não teria havido a desistência de implantação de um terminal pesqueiro público em outra localidade, mas apenas na Ilha do Governador/RJ, o que também evidenciaria a possibilidade de utilização futura do projeto executivo contratado.

12. Pois bem. De início, é de se notar que a instrução da unidade técnica (peça 45) que subsidiou a prolação da deliberação recorrida refutou argumento anteriormente apresentado pelos responsáveis quanto à possibilidade de aproveitamento do projeto contratado, com o entendimento de que não houve a comprovação de isso seria factível técnica e economicamente, além da inexistência de planos concretos do órgão nesse sentido.

13. Para melhor compreensão da matéria, permite-se transcrever excertos da referida análise, *verbis*:

26. Antes do Decreto Presidencial de 20 de novembro de 2007 que desapropriou o imóvel do bairro da Ribeira, na Ilha do Governador, outro decreto foi publicado em 12/12/2005 desapropriando um terreno no bairro do Caju para implantação do TPP/RJ. Logo em seguida, verificou-se que as condições logísticas para acesso terrestre à área do Caju eram inadequadas (peça 34, p. 3). Isso revela a falta de planejamento que caracterizava a gestão da SEAP/PR e, posteriormente, do MPA. Imóveis foram desapropriados sem um estudo adequado quanto à viabilidade de neles implantar o empreendimento e as tratativas para a construção do terminal pesqueiro ocorreram antes da concessão da devida licença ambiental. Como consequência, os dois decretos de desapropriação foram revogados e recursos públicos foram desperdiçados em um projeto de engenharia que se tornou inservível com a negativa da licença prévia.

27. A esse respeito, os gestores alegam que o projeto executivo não se tornou inservível, pois seria possível aproveitá-lo em outra localidade, o que supostamente poderia ser atestado em perícia. Entretanto, os gestores se limitaram a levantar a hipótese de aproveitamento do projeto, sem comprovar que isso seria factível técnica e economicamente, nem que existem planos concretos para tal. Na realidade, a adequação de um projeto de engenharia complexo como o da construção de um terminal pesqueiro para localidade distinta daquela para a qual foi concebido é algo praticamente inviável, como será demonstrado no item 11.3 desta instrução.

(...)

60. Como os demais gestores, o Sr. Leandro Balestrin alega que o projeto não pode ser dado como inservível, pois pode ser implementado em outra localidade, e cita o exemplo de 'plantas padrão' de projetos habitacionais. Ocorre que a concepção de um terminal pesqueiro — que é, ao mesmo tempo, um porto e um entreposto para desembarque, tratamento e comercialização de pescado — é muito mais complexa do que a de plantas padronizadas de casas

populares. O projeto de um porto leva em consideração características específicas da região, como a profundidade do mar, o desenho da costa e a geologia do solo. Além disso, diferentemente de "plantas padrão" de casas populares, o projeto do TPP/RJ não foi concebido com a premissa de ser genérico e replicável em outras áreas. O custo de adaptá-lo pode ser proibitivo, pois pode ser mais econômico contratar um novo projeto, e a adaptação pode ser tecnicamente inviável.

61. Caberia aos responsáveis comprovar não apenas que a adaptação do projeto é factível, mas também que existem planos concretos da nova administração do MPA de aproveitá-lo em nova localidade. Porém, as alegações de defesa apresentadas não fazem nem uma coisa, nem outra. Desse modo, não foram capazes de descaracterizar o débito apurado.

14. Ocorre que, desta feita, os responsáveis e ora recorrentes trazem à colação cópia da **Nota Técnica n.º 035/2015 — Colog/Diloq/Seif/Mpa (peça 95), datada de 27/08/2015 e da lavra do Sr. Wilson José Rodrigues de Abreu, Coordenador Geral de Infra estrutura do Departamento de Infraestrutura e Logística de Logística do então Ministério da Pesca e Aquicultura, em que afirma textualmente a possibilidade de total aproveitamento do projeto executivo contratado, verbis:**

4. CONCLUSÃO

4.1. Por conseguinte, esta análise considera que o Projeto Executivo do TPP/Rio, para o seu total aproveitamento e atender à eventual demanda proveniente de outra unidade da federação, haveria de ser localizado em área que apresentasse características aproximadas daquelas em que ocorreu o seu desenvolvimento primário.

4.2. Poderá ser aproveitado em um terreno cuja área seja em tamanho reduzido em relação ao original, devido à sua condição de projeto modular, podendo ser edificado pelo MPA no próprio município do Rio de Janeiro, ou em outro município da federação. Cumpre registrar que atualmente o projeto executivo em comento se encontra arquivado na Coint/Diloq/Seif/MPA.

15. Bem de se ver que a informação constante do referido documento se contrapõe à conclusão anterior da unidade técnica deste Tribunal acerca da possibilidade de aproveitamento do projeto executivo, o que demonstra certa plausibilidade do argumento recursal no sentido de ser equivocada a premissa adotada na deliberação recorrida de que o projeto executivo contratado tornou-se inservível e, portanto, caracterizado o desperdício de dinheiro público.

16. Ademais, o aludido documento ganha relevância porque, além de ser inédito nos autos e produzido após a prolação da deliberação recorrida, também foi emitido pelo Sr. Wilson José Rodrigues Abreu, autor da Nota Técnica 255/2011 (TC 028.751/2010-8, peça 10, p. 2-3), um dos elementos utilizados pela deliberação recorrida para concluir pela existência de dano ao erário:

10. (...) De fato, a incompatibilidade com o zoneamento municipal não deixou alternativas ao MPA senão desistir da instalação do terminal pesqueiro na localidade previamente definida. Por meio da Nota Técnica 255/2011 (TC 028.751/2010-8, peça 10, p. 2-3), o Coordenador-Geral de Infraestrutura Substituto registrou que 'as diligências empreendidas pela Superintendência Federal da Pesca e Aquicultura no Estado do Rio de Janeiro para a obtenção do licenciamento mencionado não lograram sua emissão pelo órgão ambiental competente' e, por conseguinte, 'o terreno localizado no Bairro da Ribeira para implantação do TPP/RJ deverá ser devolvido à SPU'.

11. Dada a inviabilidade da construção do empreendimento na localidade previamente estipulada, o projeto executivo da obra, contratado ao custo de R\$ 1.434.825,03, tornou-se inservível. A responsabilidade dos gestores que deram causa ao dano ao erário foi apurada no âmbito da representação TC 028.751/2010-8, convertida na

presente tomada de contas especial pelo Acórdão 3470/2012-Plenário. (...)" (grifos em itálico e negrito nossos).

Entendendo insuficientes as afirmativas do órgão Ministerial (**Nota Técnica n.2035/2015 — Colog/Dilog/Seif/Mpa (peça 95), datada de 27/08/2015**), numa tentativa de buscar responsabilizar os Embargantes a qualquer custo, data vênua, o Tribunal formulou nova diligência ao órgão ministerial atualmente responsável pelas funções executivas do extinto Ministério da Pesca e Aquicultura, no que novamente recebeu informações claras, precisas, que demonstram a total possibilidade de aproveitamento do projeto executivo, realidade que afasta, mais uma vez, a responsabilidade ora imputada aos Embargantes.

No mesmo sentido os trechos da própria instrução recursal:

"(...) 9.6. O presente tópico discute a tese principal trazido no recurso, ou seja, de que o projeto executivo contratado seria passível de aproveitamento, de modo que não subsistiria o débito apurado nos autos, contrariamente, assim, ao entendimento firmado na deliberação recorrida.

9.7. Nos termos da justificativa apresentada por esta Serur para a realização de diligência preliminar, assinalou-se que argumento semelhante havia sido refutado anteriormente pela SecexAmbiental, considerando que não haver por parte dos responsáveis a comprovação de que o aproveitamento seria factível técnica e economicamente, além da demonstração da existência de planos concretos do órgão nesse sentido.

9.8. Por outro lado, destacou-se que os recorrentes trouxeram aos autos cópia de nota técnica afirmando a possibilidade de total aproveitamento do projeto executivo contratado, o que, além de demonstrar a plausibilidade do argumento recursal declinado, ganhava relevância por ser o aludido documento inédito nos autos e produzido após a prolação da deliberação recorrida.

9.9. Ocorre que a mencionada nota técnica não trazia nenhuma informação concreta de que até aquele momento, ou mesmo em futuro próximo, havia a utilização do referido projeto em outro empreendimento, tendo em vista que a possibilidade de construção do terminal em outras localidades já havia sido cogitada anteriormente.

9.10. Daí porque entendeu-se necessária a realização de diligência ao órgão com vistas à obtenção de informações atualizadas acerca do efetivo aproveitamento do referido projeto, ainda que de forma parcial, em outro empreendimento relacionado ao TPP/R.I. Ademais, a resposta deveria vir acompanhada de cópias dos respectivos documentos, estudos e outros elementos que permitissem comprovar a utilidade dos gastos públicos efetivados com a Tomada de Preços TP009/2008.

9.11. Bem de se ver que a discussão do presente tópico passa necessariamente pela análise da resposta apresentada à diligência efetivada por este Tribunal, sem prejuízo do exame dos demais argumentos recursais apresentados.

9.12. Em atendimento à diligência deste Tribunal (peça 128), a Secretaria de Aquicultura e Pesca do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento — SAP/MAPA, mediante o Ofício 284/2017/GAB-SAP-MAPA, de 31/5/2017 (peça 129, p. 1), fez encaminhar a Nota Técnica 224/2017, na qual são consolidadas as informações solicitadas ao mencionado órgão.

9.13. Para melhor compreensão da matéria, reproduz-se, a seguir, excerto da referida nota técnica:

2. CONSIDERAÇÕES TÉCNICAS

2.1. São reproduzidos abaixo os questionamentos formulados pela SecexAmbiental, bem como prestados os respectivos esclarecimentos, com vistas à adoção das providências a serem cumpridas para atendimento aos quesitos por ela questionados.

Questão a) 'Em face da manifestação constante da Nota Técnica 035/2015 — Colog/Dilog/Seif/MPA, datada de 27/08/2015, informe se o projeto executivo contratado para o Terminal Pesqueiro Público do Rio de Janeiro (TPP/R.1) foi ou será efetivamente aproveitado, ainda que parcialmente, para realização de empreendimento semelhante em outra localidade do país.'

Esclarecimentos e providências: o projeto executivo do Terminal Pesqueiro Público do Rio de Janeiro (TPP/RJ) não foi ainda objeto de efetivo

aproveitamento total, tampouco parcial, para realização de empreendimentos semelhantes em outra localidade do país. As restrições orçamentárias impostas ao Poder Executivo, no contexto de restrições de gastos públicos devido às condições macroeconômicas vigentes, não permitiram a este Ministério, até o presente momento, apoiar a ampliação da rede existente de Terminais Pesqueiros Públicos. **Todavia, tendo em vista a diretriz estratégica de finida pelos escalões superiores do MAPA, no sentido de delegá-los para exploração econômica por terceiros, mediante concessão, no caso aos TPPs cuja execução já tenha sido iniciada, somos de parecer que os módulos de projeto nos quais a Nota Técnica em pauta subdividiu o projeto executivo em questão, eles poderão ser utilizados na complementação dos projetos dos demais TPPs, nas condições ali relatadas,** transcritas a seguir:

Por conseguinte, com vistas ao seu aproveitamento para ser construído em outro sítio geográfico, o projeto em pauta necessitará ter suas dimensões reduzidas. Somos de parecer que será passível de execução no âmbito do MPA a adaptação do projeto executivo correspondente ao conjunto dos Blocos 1 e 2 referido no item 3.1, para ter o seu porte reduzido dos atuais 7.700 m², com o propósito de ser construído em outra área geográfica, com menor demanda por produtos da pesca.

Questão b) 'Em caso afirmativo, a resposta do item anterior deve ser acompanhada de cópia dos respectivos documentos, estudos, e outros elementos que permitam comprovar a utilidade dos gastos públicos efetuados com a contratação decorrente da Tomada de Preços TP — 009/2008'.

Esclarecimentos: conforme referido, **o projeto executivo em comento ainda não foi ainda objeto de efetivo aproveitamento, total ou parcialmente, em outra localidade do país (...)** (*gritos em itálico e negrito nossos*).

Assim, mais uma vez o Ministério competente afirmou com letras garrafais que:

- a) O Projeto Executivo elaborado sob a coordenação dos Embargantes pode sim ser executado, ainda que com eventuais adaptações, em qualquer projeto de Terminal Pesqueiro e em qualquer local;
- b) A configuração técnica desenvolvida (modular) possibilita a adaptação e execução do projeto de forma diversa em face de variados ambientes e projetos, de modo que a estrutura constante do estudo se mostra útil, relevante e atual para o Poder Público;
- c) Trata-se de um patrimônio imaterial do Estado (União), cuja execução e transformação numa obra pública ainda necessária à economia pesqueira poderá ser levada adiante, a qualquer momento, pelo Poder Executivo Federal, de modo que não há como se apontar, diante dessa realidade, eventual prejuízo para o Estado brasileiro;
- d) O produto do trabalho executado (acervo técnico — projeto executivo) sob a coordenação dos Embargantes está à disposição do Estado brasileiro e se constitui numa alternativa técnica que poderá evitar, a critério da União, gastos desnecessários com investimentos que certamente serão necessários, em várias partes do País, nas áreas de Pesca e Aquicultura.

Desse modo, apresenta-se notoriamente contraditório o Acórdão embargado, quando continua atribuindo responsabilidade por supostos prejuízos à União em face da contratação de estudo técnico (projeto executivo), quando a própria União, em mais de uma oportunidade, afirma que o trabalho realizado sob a coordenação dos Embargantes pode ser aproveitado em todos os seus termos, ainda que eventualmente com adaptações, de modo que, à toda evidência, afasta a ideia de qualquer prejuízo.

A inexistência de planos concretos ou atuais para aproveitamento da estrutura modular delineada, ainda que por questões de restrição orçamentária, não pode evidentemente ser atribuída aos Embargantes que, nem na época da contratação do estudo e muito menos na quadra atual, nada deliberam e nada decidem.

Ou seja, como podem os Embargantes ser responsabilizados pela não utilização do projeto executivo (cuja viabilidade já foi reconhecida e reiterada pela União) se não cabe a eles a decisão política administrativa para tanto? A contradição do Acórdão embargado, como se verifica, é inquestionável.

IV - Vedação ao comportamento contraditório. Aplicação da teoria do 'venire contra factum proprio'.

Ora, consoante restou demonstrado acima, o Tribunal de Contas da União mantém a condenação dos Embargantes por entender, de modo principal, que a contratação do Projeto do Terminal Pesqueiro, diante

da não da obra ou da suposta inviabilidade de seu aproveitamento noutra empreendimento, teria causado graves prejuízos à União.

Diferentemente, a própria União não só afirma e reafirma que o projeto técnico desenvolvido pode perfeitamente ser aproveitado noutra terminal ou obra semelhante, como deixa em aberto esse aproveitamento, com as ressalvas das restrições orçamentárias.

Há, desta feita, um grave comportamento contraditório do Tribunal de Contas da União, quando procura reafirmar a existência de prejuízo ao erário, quando o próprio ente político atesta não existir tais prejuízos, tendo em vista a possibilidade, a qualquer momento (juízo discricionário) do aproveitamento do projeto executivo.

Nessa toada e na medida em que a própria Administração Pública Federal assevera a utilidade do projeto executivo, não pode essa mesma administração, através de seu órgão de controle, em comportamento extremamente contraditório, vir a exigir, agora, que os Embargantes sejam responsabilizados por um suposto prejuízo, que a União, como dito, diz inexistir.

Assim, verifica-se na realidade dos autos, uma verdadeira criação de culpa inexistente, em que os gestores são penalizados por terem dado azo a prejuízos que a Administração Pública afirma não ter ocorrido.

Não há como não invocar nesse momento, a vedação ao *venire contra factum proprium*, que tem lastro no princípio geral de direito *nemo propriam turpitudinem alegans*. Como escreve Paulo Luiz Netto Lôbo, entre tantas expressões derivadas do princípio da boa-fé, pode-se destacar o 'dever de não agir contra o próprio ato'.

Significa dizer que a ninguém é dado valer-se de determinado ato quando lhe for conveniente e vantajoso, e depois voltar-se contra ele quando não mais lhe interessar. Esse comportamento contraditório denota intensa má-fé, ainda mais que revestido de aparência de legalidade ou de exercício regular de direito (Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Cíveis, in Questões Controvertidas no Novo Código Civil, página 82, Editora Método, 2005).

Ora, segundo os cânones da lealdade e boa-fé, "a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos" (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 23ª edição, página 115, Malheiros, 2007).

Ainda sobre o tema, convém destacar a lição de CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD:

"Não é despidendo lembrar, de saída, Franz Wieacker, observando que a expressão **venire contra factum proprium** (isto é, proibição de comportamento contraditório) evidencia de forma tão imediata a essência da obrigação de um comportamento conforme a boa-fé objetiva (ou seja, o senso ético esperado de todos) que a partir dela é possível aferir a totalidade do princípio. Pois bem, a proibição de comportamento contraditório (**nemo potest venire contra factum proprium**) é modalidade de abuso de direito que surge da violação ao princípio da confiança decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva (CC, art.422). (...). A vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação de incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. Enfim, é a consagração de que ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa. (...). Dessa noção conceitual, é possível retirar os elementos essenciais para a proibição de comportamento contraditório: i) uma conduta inicial; ii) a legítima confiança despertada por conta dessa conduta inicial; iii) um comportamento contraditório em relação à conduta inicial; iv) um prejuízo, concreto ou potencial, decorrente da contradição". (Direito Civil, Teoria Geral, 82 Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 608, 609) (realces não originais).

O que se afirma é que uma das facetas da boa-fé objetiva, nas funções de interpretação e de controle do exercício de direitos, é o **venire contra factum proprium**, pelo qual não é permitido agir em contradição com comportamento anterior. A conduta antecedente gera legítimas expectativas em relação à contraparte, de modo que não se admite a volta sobre os próprios passos, com quebra da lealdade e da confiança (Menezes de Cordeiro, Da Boa-Fé no Direito Civil, Almedina, Coimbra, 1.997, os 742/752; Laerte Marrone de

Castro Sampaio, A Boa-fé Objetiva na Relação Contratual, Coleção Cadernos de Direito Privado da Escola Paulista da Magistratura, Editora Manole, p.78/79).

Vejam-se Senhores Ministros que a manutenção da condenação dos Embargantes, o que se admite apenas para argumentar, levará à União, através da sua Procuradoria especializada a cobrar um prejuízo, que a própria União diz não existir, o que demonstra, sem sombras de dúvidas, para além da contradição, uma grave violação aos direitos constitucionais dos Embargantes.

Assim, também em função da aplicação do princípio do **venire**, tem-se claramente demonstrado aqui que o Acórdão embargado, nesse ponto central da controvérsia, deve ser em sua totalidade reformado, na medida em que não ocorreram, como divisado pela Corte, os prejuízos apontados. V — Violação aos artigos do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Com efeito, o artigo 20 da citada Lei estatui o seguinte:

V — Violação aos artigos do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Com efeito, o artigo 20 da citada Lei estatui o seguinte:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Ora, o Tribunal fundamenta a decisão de condenação e aplicação de multa aos Embargantes a partir de uma compreensão abstrata de que houve prejuízo à União com a contratação de um projeto técnico que não teria utilidade. Não obstante, como se vem afirmando, a própria União assevera que o projeto tem total utilidade, de modo que poderá ser aproveitado, não havendo, desta feita, como conclusão plausível, prejuízo apurado, de modo que a alternativa de manutenção da condenação dos recorridos, diante da realidade apresentada, não se compatibiliza com o texto do artigo 21, em destaque.

Lado outro, o artigo 21 da citada lei estatui:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Diferentemente do que prega o dispositivo legal, no sentido de que a decisão administrativa deve avaliar as consequências administrativas e se pautar pela observância da razoabilidade, a decisão embargada, reafirmando um prejuízo inexistente em face da União, negado por esta, impõe a devolução de uma soma milionária com a contratação de projeto que poderá ser aproveitado pelo Estado brasileiro e a aplicação de multas que superam mais de 40 vezes o valor dos vencimentos que os Embargantes percebiam mensalmente durante a ocupação do cargo público.

O Acórdão embargado não faz qualquer juízo de valor acerca das consequências jurídicas que a decisão poderá acarretar para os Embargantes, levando-se em consideração que a punição de devolução de recursos não encontra guarida na realidade dos autos, quando se tem expresso que o projeto técnico objeto do desembolso financeiro da União poderá ser utilizado por esta, quando o seu critério de conveniência assim o permitir.

Por sua vez, o artigo 22 estabelece:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Cabe afirmar nesse ponto, que o Acórdão embargado não levou em consideração ao apontar os supostos prejuízos com a contratação do projeto técnico, o fato dos Embargantes não deterem o controle administrativo e político das decisões administrativas, de modo que as deliberações acerca da continuidade ou não do projeto estava fora das suas competências administrativas. Da mesma forma, não se levou em consideração as mudanças de governo e, conseqüentemente, as mudanças de prioridades administrativas promovidas pela nova gestão, de modo que diversas limitações interferiram na continuidade e execução do empreendimento.

Por outro lado, de forma contraditória, o Acórdão embargado, mesmo diante de todas as manifestações expressas da União, continua a apontar prejuízos inexistentes ao erário, o que leva à aplicação de sanções sem qualquer suporte fático e jurídico na realidade investigada.

Observem doutos Ministros que a novel legislação objetiva exatamente fazer com que o trabalho dessa Corte de Contas Federal seja pautado pela exata medida da realidade vivenciada pelo administrador público no exercício das suas funções legais e por um juízo taxativo da ocorrência ou não de dano ou prejuízo ao erário, o que não ocorre na seara desse processo administrativo.

Conquanto falhas formais tenham caracterizado a condução do processo de contratação da construção do Terminal Pesqueiro, nenhum prejuízo experimentou o erário, na medida em que o dispêndio para o pagamento do projeto técnico não foi a fundo perdido, haja vista que o produto desse pagamento está à disposição da Administração Pública para sua utilização discricionária, consoante por ela afirmado expressamente.

VI - Possibilidade de Aproveitamento do Estudo Técnico realizado. Reiteração.

Pede se vênia para à luz dos princípios da busca da verdade material, da mitigação do formalismo e do devido processo legal, com as garantias do contraditório e da ampla defesa, solicitar a juntada nesta assentada do anexo Relatório Técnico Complementar, bem como do CD com os arquivos em PDF do projeto técnico, da lavra dos técnicos da empresa SOPLAN Engenharia Ltda., em que se reafirma a utilidade do projeto técnico contratado e ora hostilizado pelo Tribunal. Em síntese, conforme se poderá verificar do seu conteúdo, o relatório traz as seguintes constatações:

- a) Os projetos foram concebidos e estão disponíveis na forma modular;
- b) As variantes em anexo, representam algumas condições de modulação e replica, porém, podem ser promovidos outros arranjos, tudo dependerá das características geográficas do ambiente, da demanda pesqueira e dos recursos financeiros disponíveis. Mas há total condições de outras configurações;
- c) Os pavimentos superiores também podem ser inseridos ou, dependendo da situação não serem inseridos, pois também são modulares. Nos mosaicos anexos apresentamos sem a configuração superior;
- d) As estruturas de concreto armado foram projetadas respeitando-se as modulações funcionais de operação e também atendem a possibilidade de formas pré-fabricadas, ampliando ainda mais a abrangência do projeto;
- e) As instalações elétricas e hidráulicas não sofrem alterações em cada bloco, apenas suas interligações devem ser conectadas para fluir energia, água e dejetos;
- f) No bloco de comercialização, situado no hall de acesso de pessoas, haverá projeção superior devido ao posicionamento das caixas de água elevadas contidas ali;
- g) O contrato foi executado fielmente às exigências administrativas, financeiras e técnicas;
- h) As adaptações dos projetos em outros sítios, para fins de custos, são de pequeno investimento;
- i) A legislação urbanística e ambiental do RJ permite a instalação de empreendimentos da natureza do objeto, na ponta da Ribeira;
- j) Todas as condicionantes técnicas e legais foram observadas e cumpridas na execução do objeto em lide, bem como há certeza de que o meio físico está apto a

receber o empreendimento, sem nenhum impedimento, exceto o político (não cabe a nossa alçada);

- k) Os projetos e modulações são patrimônio da SEAP/PR para multiplicação em qualquer sítio e para várias demandas, inclusive o projeto maior que é para o RJ.

Com efeito, o vertente Relatório Técnico Complementar tem o condão de, a partir de uma análise esmerada, reafirmar o próprio conteúdo das manifestações da União, no sentido de que o projeto é factível e pode ser aproveitado pelo Estado brasileiro, de modo que não há prejuízo a ser suportado, indevidamente, pelos Embargantes.

VII - Vedação das provas diabólicas. Doutrina das cargas probatórias dinâmicas. Inversão do Ônus probatório administrativo.

Com efeito, os Embargantes jamais conseguirão demonstrar que a União poderá aproveitar o projeto técnico, que ela admite aproveitável, se a Administração Pública, a quem compete decidir com exclusividade e a juízo de sua conveniência, não deliberar nesse sentido.

Dessa forma, a exigência do Tribunal, no sentido de que os Embargantes apresentem prova concreta de que os órgãos públicos pretendem aproveitar os estudos, constitui-se numa verdadeira prova diabólica, impossível de ser produzida, eis que submetida à discricionariedade administrativa.

Ora, as declarações em Ofícios dos gestores dos órgãos Ministeriais acostadas nos autos indicam claramente que o projeto pode ser aproveitado, de modo que outra prova não poderia ser exigida dos Embargantes.

O fato é que o Tribunal de Contas da União exige que os Embargantes tragam à baila provas de uma realidade sobre a qual eles não têm qualquer controle ou poder de decisão, de modo que, em essência, os Recorrentes não têm, por esse motivo, condições de produzir tais provas.

Discorrendo sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova, de aplicação também no processo administrativo, Bruno Nunes e Luiz Carlos Figueira de Melo, no artigo "O ônus da prova no processo administrativo", asseveram:

“(…)

Atendo às mazelas que a presunção de veracidade dos atos da administração causa aos cidadãos no processo administrativo, é elaborada a chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas, atribuída a Augusto M. Morello, Julio Chiappini e Jorge W. Peryano. O ponto central da teoria é atribuir, no caso concreto, o ônus da prova a quem tiver melhores condições de fazê-lo. Independe que a parte seja autor ou réu, Estado ou cidadão, tendo ele melhor condição de provar a realização dos fatos, deve-lhe ser atribuído o encargo.

Segundo Jorge W. Peryano, a doutrina em tela importa num deslocamento do ônus probandi, conforme forem as circunstâncias do caso em questão, podendo recair sobre quem está em melhores condições técnicas, profissionais e fáticas para produzi-las (PEYRANO, 2004, p. 20, apud NETO, Op.cit. p. 142). A teoria não descarta por completo as regras tradicionais de distribuição do ônus probatório; ao contrário, mantém nelas a base probatória processual. A aplicação das cargas probatórias dinâmicas é subsidiária, devendo ser aplicada naqueles casos em que a consumação das regras básicas traz prejuízos à ampla defesa do cidadão perante o processo administrativo.

O objetivo da doutrina é bem tratado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao afirmar que a presunção de veracidade:

Inverte, sem dúvida nenhuma, o ônus de agir, já que a parte interessada é que deverá provar, perante o Judiciário, a alegação de ilegalidade do ato; inverte-se também, o ônus da prova, porém, não de modo absoluto: a parte que propôs a ação deverá, em princípio, provar que os fatos em que se fundamenta a sua pretensão são verdadeiros; porém, isto não libera a Administração de provar a sua verdade, tanto assim que a própria lei prevê, em várias circunstâncias, a possibilidade de o juiz ou o promotor público requisitar da Administração documentos que comprovem as alegações necessárias à instrução do processo e à formação da convicção do juiz (DI PIETRO, op.cit.p. 188).

(...)

Vê-se que o sistema probatório proposto é perfeitamente aplicável ao Direito brasileiro, seja no campo administrativo, seja no judicial, porque está amparada e decorre dos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, acesso à justiça, dignidade da pessoa humana e igualdade; realizando-se uma ponderação de valores e princípios do ordenamento, as regras de atribuição do ônus da prova devem coexistir com outros vetores materiais e processuais....

No mesmo sentido, Fredie Didier Júnior leciona:

"Parecer-nos que a concepção mais acertada sobre a distribuição do ônus da prova é essa última: a distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode. Esse posicionamento justifica-se nos princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e da igualdade (...).

Enfim, de acordo com essa teoria: i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); iv) não é relevante a natureza do fato probando — se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito—ou o interesse em prova-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidades de fazer a prova" (Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, 62ª edição, Editora Podivm, 2011, p. 96/97).

Como se observa, a prova exigida dos Embargantes, apresenta-se como diabólica, na medida em que eles não conseguem produzi-la. De qualquer sorte, as declarações carreadas aos autos e a própria dinâmica dos fatos demonstram, claramente, tratar-se de um processo administrativo conduzido pelos Recorrentes sem qualquer mácula, dano ou prejuízo ao erário.

VIII - Desproporcionalidade na aplicação das penas de multas aos Embargantes. Violação ao artigo 57 da Lei nº 8.443, de 1992.

Ora, tanto a condenação imposta (devolução dos recursos), quanto à penalidade pecuniária deve ser revista pela Corte, na medida em que, principalmente a última, de mostra desproporcional e desarrazoada. Assim, na eventualidade de manutenção do acórdão embargado, o que se admite apenas para fins de raciocínio, a punição pecuniária individual deve ser readequada aos postulados da razoabilidade.

Na verdade, como já dito, os valores imputados aos Embargantes, a título de multa, superam em mais de 40 vezes a própria remuneração que eles percebiam no exercício dos cargos públicos (em comissão), quando estiveram à frente do projeto ora inquinado, o que não se compatibiliza com um juízo de ponderação que deve substanciar as decisões dessa Corte de Contas Federal.

Ademais, o artigo 57 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União estatui o seguinte:

"Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário.

Ocorre que, não obstante a Corte apontar supostos danos ao Erário, a União, em mais de uma oportunidade, respondeu ao Tribunal que não houve dano ou prejuízo com a contratação e pagamento do projeto técnico inquinado, na exata medida em que este poderá, a juízo discricionário da Administração, ser aproveitado quando e como o Poder Público deliberar.

Nessa toada, a aplicação de multa de per si já se mostra incompatível com as provas dos autos e a sua manutenção, em montantes da espécie, viola claramente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da I, Região, em emenda destacada em posterior Agravo em Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal aduziu o seguinte sobre multa aplicada pelo Tribunal de Contas da União (trecho ao final destacado):

ARE 947843 / BA— BAHIA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI

Julgamento: 25/02/2016

Publicação; PROCESSO ELETRÔNICO - Ole-041 DIVULG

03/03/2016 PUBLIC 04/03/2016

RECTE.(S): UNIÃO RECDO.(A/S): JOELCIO MARTINS DA SILVA

Decisão

Vistos.

Trata-se de agravo contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

"ADMINISTRATIVO. TCU. MUNICÍPIO. CONVÊNIO PARA A PAVIMENTAÇÃO DE VIAS PÚBLICAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. REGULARIDADE. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. MULTA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO.

I — De acordo com o art. 52, XXXV, da Constituição Federal, nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser afastada da apreciação do Poder Judiciário.

II — De acordo com o art. 52, XXXV, da Constituição Federal, nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser afastada da apreciação do Poder Judiciário.

III — Consoante o art. 100 da Lei 8.443/1992 — Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, "O Tribunal de Contas poderá firmar acordo de cooperação com os Tribunais de Contas dos Municípios, na forma estabelecido pelo Regimento Interno".

IV — A Constituição Federal que assegura, em seu art. 74, § 29, que "Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União".

V — Inexiste vedação para a utilização, pelo TCU, de documentos ou provas produzidas por outros órgãos da administração, especialmente aqueles dedicados ao controle interno ou externo da administração financeira e orçamentária dos órgãos e entidades da administração pública federal, e pelas Cortes de Contas Estaduais e dos Municípios, mesmo porque tal fato não afasta o seu reexame pela Corte de Contas.

VI — Viola o princípio da proporcionalidade a aplicação de multa pecuniária ao gestor público em valor correspondente à quase totalidade dos recursos destinados à obra pública, se não comprovada a má-fé, prejuízo ao município ou ao erário ou favorecimento pessoal, devendo a penalidade ser adequada à diferença a menor verificada entre o objeto do convênio e aquele efetivamente realizado.

VII — Recursos de apelação do autor e da União e remessa oficial a que se nega provimento (itens V e VI).

No Acórdão nº 10.853/2018 — Segunda Câmara, o Tribunal de Contas No Acórdão nº 10.853/2018 — Segunda Câmara, o Tribunal de Contas da União explicou os critérios de aplicação de multa consubstanciados no artigo 57 da sua Lei Orgânica:

78. Tratando da dosimetria da pena proporcional ao débito (Lei 8.443/1992, art. 57), o TCU tem se posicionado da seguinte forma (enunciados elaborados pela Diretoria de Jurisprudência/TCU): Acórdão 2662/2015 — 2ª Câmara (Rel. Min. Vital do Rêgo) A proporcionalidade da multa do art. 57 da Lei 8.443/92 em relação ao débito é decorrente do grau de reprovabilidade das condutas praticadas. [Destacou-se].

Acórdão 6660/2015 — 2ª Câmara (Rel. Min. Augusto Nardes)

Havendo dano ao erário, o valor da multa no âmbito do TCU baseia-se no montante quantificado da dívida, sendo modulado segundo o nível de gravidade dos ilícitos apurados, a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas e a isonomia de tratamento com casos análogos. [Destacou-se].

Acórdão 123/2014 - Plenário (Rel. Min. Raimundo Carreiro) A dosimetria da pena, no âmbito do TCU, tem como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos apurados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e a isonomia de tratamento com casos análogos. O Tribunal não realiza dosimetria objetiva da multa,

comum à aplicação de normas do Direito Penal. Não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido. Histórico de bons antecedentes funcionais não tem relevância para a apuração do valor da multa. [Destacou-se].

Ocorre que a quantificação de dano ou prejuízo, em sintonia com os direitos e garantias fundamentais, notadamente os princípios do contraditório e da ampla defesa, deve ser apurada de forma taxativa e não pressuposta.

Na realidade dos autos, a União, que representa o erário em tese prejudicado, afirma categoricamente que não sofreu prejuízo e que poderá utilizar-se, ao seu juízo de conveniência, do projeto técnico desenvolvido, de modo que o dano que sustenta o objeto da condenação decorre de uma previsão ou de uma probabilidade de que ele venha a ocorrer com a não utilização do projeto básico, que pode ou não se confirmar e sobre os quais os Embargantes não podem atuar ou interferir.

Observa-se, então, que tanto a condenação à devolução de valores, quanto a multa aplicada, decorrem de um juízo de valor subjetivo do Tribunal, sem correspondência com a realidade dos autos e em manifesta contrariedade ao que afirma o próprio ente supostamente prejudicado, ou seja, a União.

Desse modo, a multa aplicada, posto que exorbitante, numa eventualidade de sua manutenção, deve ser reduzida drasticamente, como aliás rotineiramente admite a Corte.

Com efeito, no Acórdão TCU nº 10046/2018 — Primeira Câmara, a área técnica assim se manifestou e o Tribunal acatou em seguida:

7. Por consequência, cabe reduzir as multas aplicadas aos ex-gestores. Em acréscimo, vislumbramos um possível excesso na fixação dos valores das sanções na condenação inicial, em vista do contexto dos fatos tratados nesta TCE. Assim, em homenagem aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sugerimos seja adotado menor rigor sancionatório na definição dos novos valores das multas..."

IX - Da Inexigibilidade de outra conduta.

Por certo, voltando-se no tempo e verificando todas as condicionantes, quais sejam, QUE:

- o projeto de implantação do TPRJ, não era uma proposta unilateral do Ministério da Pesca, mas uma demanda do setor pesqueiro do País, do Estado do Rio de Janeiro e da comunidade da Cidade do Rio de Janeiro;

- a proposta chegou ao Ministério a partir da política do setor, mediante pressão pela sua implantação realizada pelas autoridades palacianas federais, que recolheram a demanda levada por ninguém menos do que o Prefeito da Cidade e o Governador do Estado de então, e a repassou ao Ministério para viabilizá-la;

- a demanda existia, como de fato ainda existe, haja vista que até hoje o pescado capturado pelos pescadores residentes na Ilha do Governador e na cidade ainda continua sendo eviscerado a céu aberto, nas bordas dos barcos, servindo as vísceras de alimento para os abutres; e que alimentação dessas aves na ilha do Governador é causa de outro grave problema que é a ameaça de acidentes na navegação aérea, uma vez que ali se situa o Aeroporto do Galeão;

- a implantação do Terminal só não ocorreu, primeiramente, porque a direção do MPA que sucedeu os recorrentes no MPA ouviu a reação de uma parcela da comunidade local e, que, por isso, houve recuo das autoridades municipais e estaduais

Posto isso, há de se concluir que qualquer gestor minimamente responsável mediano, este entendido no conceito de "homem médio", teria agido da mesma forma.

X - Da possibilidade de concessão de efeitos infringentes nos Embargos de Declaração.

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, inclusive no campo administrativo, é uníssona em admitir, nas hipóteses em que os embargos manejados demonstram de forma sobranceira, os equívocos que substanciam a decisão e que, se não existentes, importariam na mudança de direção do decisum, a expressa possibilidade de concessão de efeitos infringentes aos embargos de declaração propostos, em face das omissões, contradições e obscuridade da decisão e/ou Acórdão.

É o caso destes autos. A existência das contradições e omissões identificadas, se anteriormente sopesadas levariam, como de fato levam, à mudança de posicionamento em face dos fatos submetidos ao conhecimento da Corte de Contas e ao reconhecimento da regularidade da situação e ausência de responsabilidade dos Embargantes.

A propósito, mesmo em se tratando de Embargos em decisão sujeita a Recurso, é evidente a possibilidade de assim se proceder em face do princípio da economicidade processual. Todo processo tem um custo para o erário o qual será tanto mais mitigado quanto menor for o tempo de tramitação.

E, no caso, em se verificando que a defesa de mérito já foi utilizada, impõe-se a lembrança do princípio da busca da verdade real para buscar-se a mudança do julgado, sob pena de se manter no mundo jurídico decisão desproporcional que, à luz da verdade dos fatos, pode ser caracterizada como materialmente injusta.

É verdade que a compreensão clássica do instituto (Embargos de Declaração) o orienta apenas ao aperfeiçoamento das decisões judiciais, propiciando palco para que se realize a exigência constitucional de fundamentação (art. 93, IX, CR/88), de forma a produzir sua função sendo e extraprocessual.

Contudo, doutrina e jurisprudência aventaram a hipótese de, em eventual correção de um dos vícios do art. 535 do CPC - e também nos casos de **error in procedendo** - o esclarecimento revelar-se incompatível com a conclusão da fundamentação original, hipótese em que se admite que ocorra a modificação da decisão embargada, a que se deu o nome de efeitos infringentes.

É o caso dos presentes autos, como se viu.

Neste sentido, colhe-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

"Nada obstante o recurso de embargos de declaração vise apenas ao aperfeiçoamento da decisão judicial, patrocinando esclarecimento de obscuridade, desfazimento de contradição e supressão de omissão, não se prestando, como regra, à obtenção de modificação do julgado, pode ocorrer de o acolhimento dos embargos declaratórios provocar uma alteração na substância da decisão embargada. Nesse caso, em que as hipóteses típicas de cabimento dos embargos declaratórios provocam a alteração do julgado, diz-se que os embargos declaratórios apresentam efeitos infringentes modificativos da decisão embargada. Observe-se que o embargante não pretende diretamente a rediscussão da causa e conseguinte modificação no entendimento exposto pelo órgão jurisdicional na decisão com a interposição de embargos declaratórios com efeitos infringentes. O que pretende é o esclarecimento da obscuridade, o desfazimento da contradição e a supressão da omissão, que, indiretamente, acabam por modificar o julgado. Admitem-se embargos declaratórios com efeitos infringentes, ainda, contra decisões teratológicas, absurdas, em que é evidente o descompasso da decisão com contexto fático-jurídico da causa. A jurisprudência admite excepcionalmente embargos declaratórios com efeitos infringentes nessas hipóteses (STI, 12Turma, ED nos ED no AgRg no Ag 314.971/E5, reL Min. Luiz Fux, j. em 24.11.2004, DJ 31.05.2004, p. 219)" (In "Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo", Marinoni e Mitidiero, RT, 32 edição, p. 567). (g.n).

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, analisando a questão, citando EGAS MONIZ DE ARAGÃO, lecionam que:

"Ninguém contesta que os embargos de declaração não visam a modificar o julgamento; não é possível que, por seu intermédio, a proposição 'a', por estar errada ou ser injusta, venha a ser substituída pela proposição 'b', tida como certa ou justa - isso seria objeto de julgamentos em grau de recurso. Mas é evidente que, se o julgamento contiver, simultaneamente, afirmações excludentes entre si, urge que uma delas seja afastada (quicá ambas, para dar lugar a uma terceira), e isso só se faz, obviamente, modificando o próprio o julgamento, através de embargos de declaração precisa ser entendida com argúcia" (1 Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento. 62 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 549.)

Desse modo, se a decisão embargada houver sido lastreada em premissas fáticas ou jurídicas com ela descompassadas, como é o caso dos autos, poderá a supressão da omissão ou contradição impor a modificação da conclusão ao julgado, acolhendo o que se convencionou chamar de efeitos infringentes ou modificativos. É o que se requer.

Requer-se, portanto, o acolhimento desses embargos com efeitos infringentes, consoante pedidos formulados adiante.

XI — Do pedido.

Face ao exposto, requer-se:

- a) O recebimento e acolhimento dos presentes embargos para reconhecer as contradições apontadas e, em sede infringente, acolher os embargos, para julgar regulares, ainda que com ressalvas, as contas dos Embargantes.
- b) Na eventualidade de manutenção do acórdão embargado, como se encontra, requer-se desde logo a redução da pena de multa aplicada, nos termos ventilados; e
- c) Ajuntada aos autos do anexo documento impresso e dos arquivos constantes do CD também em anexo. [...]”.

É o Relatório