

**TC-013.576/2009-7**

**Natureza:** Recurso de Reconsideração.

**Entidade:** Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq.

**Recorrente:** Fernando Antônio Brito Fialho (CPF. 214.178.143-49).

**Advogados constituídos nos autos:** José Henrique Cabral Coaracy (OAB/MA 912), instrumento de procuração na peça 31.

**Sumário:** Recurso de revisão. Antaq - Tomada de contas anual – 2008. Autorização a empresa privada para exploração de terminal portuário sem a observância das cautelas de praxe. Conhecimento. Audiência. Rejeição, em parte, das razões de justificativa. Provimento ao recurso. Julgamento pela irregularidade das contas. Multa. Comunicação. Proposta de negativa de provimento. Manutenção do Acórdão recorrido.

Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. Fernando Antônio Brito Fialho (peça 32), contra o Acórdão 598/2013 – Plenário (peça 5, p. 28-29), proferido na Sessão de 20/3/2013, Ata 9/2013, em que o Tribunal julgou-lhe irregulares as contas e aplicou-lhe multa.

## HISTÓRICO

2. Trata-se, originariamente, de Recurso de Revisão interposto pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União - TCU – MP junto ao TCU, contra a deliberação proferida na sessão de 10/8/2010, incluída na Relação 24/2010-2ªC-Gab.Ministro Raimundo Carreiro, Ata n. 28/2010 (Acórdão 4318/2010 – 2ª Câmara – peça 4, p. 45), na qual o colegiado julgou regulares com ressalvas as contas da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq, exercício de 2008.

3. A interposição do recurso pelo *parquet* teve como fundamento o Acórdão 26/2011-Plenário, prolatado no âmbito do TC 015.694/2007-3 – Representação. Nesse julgado, o Tribunal entendeu terem restado evidenciadas irregularidades na autorização de aterro e na exploração comercial de área situada dentro do porto organizado de propriedade da União, sob administração da Companhia Docas do Espírito Santo – Codesa.

4. A requerente e beneficiária da autorização foi a empresa Pirelli Energia Cabos e Sistemas do Brasil S.A, atualmente sucedida pela companhia Prysmian Energia, Cabos e Sistemas do Brasil S.A. Com as obras de aterro, a referida pessoa jurídica visava a construção de fábrica de montagem de cabos umbilicais, para posterior movimentação desses produtos em embarcações, com destino a plataformas marítimas de exploração de petróleo em águas profundas.

5. O Tribunal, ao analisar as responsabilidades dos diversos órgãos envolvidos com a autorização irregular, proferiu o Acórdão 26/2011-Plenário, nos seguintes termos:

- 9.1 conhecer da Representação, com fundamento nos art. 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;
- 9.2. rejeitar, com fundamento no art. 250, § 2º, do Regimento Interno/TCU, as razões de justificativas apresentadas por Henrique Germano Zimmer;
- 9.3. aplicar ao Sr. Henrique Germano Zimmer multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/92, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, seu recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional;
- 9.4. autorizar, desde logo, a cobrança judicial da dívida, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/92, atualizada monetariamente a partir do dia seguinte ao término do prazo ora estabelecido, até a data do recolhimento, caso não atendida a notificação, na forma da legislação em vigor;
- 9.5. determinar à Secretaria de Controle Interno da Casa Civil que das próximas contas da Companhia Docas do Estado do Espírito Santo faça constar as seguintes informações:
  - 9.5.1. andamento de eventual ação judicial movida pela empresa TA Oil Distribuidora de Petróleo Ltda em face da interrupção, a partir de 25/10/2005, das manobras realizadas no Berço 902 do TGL, decorrente de aterro realizado pela empresa Prysmian Energia, Cabos e Sistemas do Brasil S/A.;
  - 9.5.2. a destinação dada ao Berço 902 e à área de armazenamento dos tanques de combustíveis;
- 9.6. alertar a Companhia Docas do Espírito Santo e a Agência Nacional de Transporte Aquaviário para a necessidade de a área do Porto Organizado de Vitória, delimitada pelo art. 3º do Decreto nº 4.333/2002 e atualmente ocupada pela empresa Prysmian Energia, Cabos e Sistemas da Brasil S/A, ser inscrita na Secretaria do Patrimônio da União em nome da Autoridade Portuária, processando-se a ocupação nos termos do art. 4º, inciso I da Lei nº 8.630/93, a fim de não comprometer a atratividade do uso dos bens imóveis resultantes do novo aterro, assegurado à empresa Prysmian o retorno financeiro sobre o investimento por ela realizado, no forma do art. 21 da Resolução nº 055-ANTAQ, de 16/12/2002;
- 9.7. encaminhar cópia da presente deliberação, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam ao Ministério Público junto ao TCU, para, nos termos do art. 206, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal, avaliar a oportunidade e a conveniência de interpor Recurso de Revisão, com vistas à reapreciação da gestão dos responsáveis abaixo arrolados, cujas contas foram julgadas regulares com ressalvas por este Tribunal, tendo em vistas as ocorrências apontadas nestes autos:
  - 9.7.1 Sra. Alexandra Reschke (Secretária do Patrimônio da União – CPF 066.195.378-55) e Sr. Edmar Fraga Rocha (Gerente Regional da Secretaria do Patrimônio da União no Estado do Espírito Santo – CPF 621.642.367-34) – tomada de contas ordinária, relativa ao exercício de 2005, julgada regular com ressalva pelo Acórdão 3169/2008-1ª Câmara ((TC 017.386/2006-6; Sessão de 30/09/2008; Relação nº 119/2008 – Rel. Min. Valmir Campelo)
  - 9.7.2. Sr. Orlando José Soares Valverde (Dirigente da Capitania dos Portos do Espírito Santo – CPF 312.727.707-53) - tomada de contas ordinária, relativa ao exercício de 2005, julgada regular com ressalva pelo Acórdão nº 3.190/2007 – 2ª Câmara (TC 011.486/2006-4);
  - 9.7.3. Sr. Fernando Antonio Brito Fialho (Diretor Geral da ANTAQ – CPF 214.178.143-49) - tomada de contas ordinária, relativa ao exercício de 2008, julgada regular com ressalva pelo Acórdão 4318/2010-2ª Câmara, Relação nº 24/2010 (TC 013.576/2009-7);
- 9.8. encaminhar cópia do Acórdão que vier a ser proferido, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentarem, à Procuradoria da República no Estado do Espírito Santo, face à solicitação formulada à fl. 01 do TC 020.769/2009-3 (apenso) no interesse do procedimento administrativo nº 1.17.000.000322/2008-61;
- 9.9. apensar, nos termos do art. 250, inciso I do Regimento Interno/TCU, os presentes autos às contas da Companhia Docas do Estado do Espírito Santo, relativas ao exercício de 2005.

6. Após, esta Corte, em análise de recurso interposto pelo Sr. Henrique Germano Zimmer, alterou parcialmente o posicionamento anterior sobre os fatos e, por meio do Acórdão 2.944/2011-Plenário, reduziu a penalidade aplicada ao recorrente, no seguinte sentido (peça 4, p. 76):

9.1. com fundamento nos arts. 48, parágrafo único, e 33, da Lei 8.443/1992, conhecer do pedido de reexame interposto pelo recorrente, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, de forma a reduzir a multa imposta ao recorrente nos termos do Subitem 9.2 do Acórdão 26/2011-Plenário para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);

7. Em análise do recurso de revisão interposto pelo MP junto ao TCU em face das contas de 2005 da Secretaria do Patrimônio da União (TC 017.386/2006-6), o Tribunal, por meio do Acórdão 599/2013 – Plenário, deu provimento ao pedido, tornando insubsistente o Acórdão 3.169/2008 – 1ª Câmara, para julgar irregulares as contas do Sr. Edmar Fraga Rocha e aplicar-lhe multa de R\$ 5.000,00.

8. Igualmente, o *parquet* interpôs recurso de revisão contra o julgamento pela regularidade com ressalvas das contas da Capitania dos Portos do Espírito Santo, relativa ao exercício de 2005 (TC 011.486/2006-4). O Tribunal acatou o pedido, por intermédio do Acórdão 597/2013 – Plenário, tornando insubsistente o Acórdão 3.190/2007 – 2ª Câmara, apenas quanto à responsabilidade do Sr. Orlando José Soares Valverde, julgando-lhe irregulares as contas e aplicando-lhe multa de R\$ 5.000,00.

9. O Sr. Fernando Antônio Brito Fialho, ora recorrente, por sua vez, foi acusado de não ter sido diligente ao autorizar, por meio da Resolução 986 (TC 015.694/2007-3 – peça 39, p. 2-5), quando Diretor da Antaq, a exploração de terminal portuário pela empresa Pirelli, respondendo por:

- não ter adotado as devidas diligências para verificar se a área a ser construída e comercialmente explorada pela Pirelli encontrava-se dentro dos limites da área do porto organizado de Vitória;
- não ter confirmado o domínio útil, em nome da empresa Pirelli, de área imediatamente atrás ao local onde foi realizado o aterro, condição essa essencial ao deferimento de autorização prevista no art. 4º, inciso II, da Lei 8.630/1993;
- ter deixado de considerar o fato de a aprovação das obras de aterro e de construção de terminal portuário pela empresa Pirelli S/A dependerem da comprovação da viabilidade técnica da realização de manobras de embarcações em área contígua ao empreendimento, denominado Berço 902 do Terminal de Granéis Líquidos. Essa condição suspensiva, imposta pela Codesa, impedia à Antaq de autorizar a construção e exploração de terminal portuário. (peça 5, p. 18).

10. O Tribunal, após citação e análise das razões de justificativa apresentadas, acatou as alegações do *parquet* no tocante à última irregularidade descrita no item anterior e deu provimento ao recurso de revisão, julgando irregulares as contas do responsável e aplicando-lhe multa, por meio do Acórdão 598/2013 – Plenário (peça 5, p. 28-29), *in verbis*:

9.1. conhecer, com fulcro no art. 35, III, da Lei nº 8.443/1992, do presente Recurso de Revisão para, no mérito, dar-lhe provimento, tornando-se insubsistente o Acórdão 4318/2010 – 2ª Câmara (Relação 24/2010-2ªC-Gab.Ministro Raimundo Carreiro), apenas quanto ao mérito da responsabilidade do Sr. Fernando Antônio Brito Fialho – Diretor Geral da Antaq;

9.2. julgar, com fundamento nos arts. 16, inciso III, alínea “b”; 23, inciso III, da Lei nº 8.443/92, irregulares as contas do Sr. Fernando Antônio Brito Fialho, em relação ao exercício de 2008, condenando-o, com fundamento no art. 58, incisos I e II, da mesma legislação, ao pagamento de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixando-se-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento do respectivo valor aos cofres do Tesouro Nacional, atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora, na forma da legislação em vigor;

11. Irresignado, o ex-gestor interpôs o presente recurso de reconsideração (peça 32), requerendo o recebimento e provimento do pedido para acolher a preliminar de nulidade do julgado ou, prosseguindo no mérito, a reforma do Acórdão recorrido, com a manutenção do julgamento anterior

das contas da Antaq, contido no Acórdão 4.318/2010 – 2ª Câmara, afastando a multa aplicada (peça 32, p. 57).

### **ADMISSIBILIDADE**

12. Em instrução preliminar (peça 35), o SAR/Serur propôs o conhecimento do recurso, nos termos dos artigos 32, inciso I; e 33 da Lei 8.443/1992, c/c o artigo 285 do RITCU, suspendendo-se os efeitos dos subitens 9.2, 9.3 e 9.4 do acórdão recorrido. O Exmo. Sr. Ministro-Relator (peça 37) ratificou o posicionamento do serviço de admissibilidade. Expostos os fatos, passa-se à análise de mérito da peça recursal.

### **Argumentos (peça 32, p. 1-38)**

13. O recorrente, para delinear os fatos a serem discutidos no recurso, transcreve, inicialmente, a integralidade do relatório, do voto e da parte dispositiva do Acórdão recorrido (peça 32, p. 2-31), não sendo necessária nova transcrição nesta análise. Os elementos que envolverem as parcelas do julgado impugnadas de forma especificada serão discutidos individualmente em tópicos subsequentes.

14. Após, disserta sobre o cabimento do recurso sem contraditar qualquer argumento do julgado. Destaca os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, garantidos nos autos, segundo ele. Sobre os postulados, transcreve posicionamentos doutrinários (peça 32, p. 32-33).

15. Na sequência, apresenta preliminar de nulidade da decisão combatida. Transcreve os subitens 9.7 e 9.7.3 do Acórdão 26/2011 (TC 015.694/2007-3), em que o Tribunal determinou o encaminhamento do referido julgado ao MP junto ao TCU, para que o órgão avaliasse a conveniência e oportunidade de interpor recurso de revisão, com vistas a reapreciação das contas de alguns responsáveis, dentre eles o ora recorrente (peça 32, p. 34-35).

16. Informa que o órgão ministerial interpôs o Recurso de Revisão, requerendo a reabertura das contas de 2008 da Antaq, julgadas regulares com ressalva, por meio do Acórdão 4.318/2010 – 2ª Câmara, conforme trecho da deliberação recorrida, transcrita na peça recursal, resumido pelo recorrente (peça 32, p. 35).

17. Após, traz a disciplina do Recurso de Revisão, presente nos artigos 32, inc. III; e 35 da Lei Orgânica do Tribunal; bem como os artigos 227, inc. IV; 283, *caput* e parágrafo único; e 288, do RITCU, todos transcritos no pedido (peça 32, p. 35-37).

18. Entende, ao interpretar a legislação citada, especialmente o disposto no artigo 283, *caput* e parágrafo único, c/c o §2º, parte final, do art. 288 do RITCU, que seria necessária a instauração imediata de contraditório inicial, sob a forma de contrarrazões recursais. A resposta teria a finalidade de se opor às razões do Recurso de Revisão, intentado pelo Ministério Público, tendo em vista tratar-se de recurso tendente a agravar a situação do recorrente.

19. Considera que a abertura posterior do contraditório e da ampla defesa, na forma realizada nos presentes autos, não afasta a exigência contida no art. 283, *caput* e parágrafo único, c/c o §2º, parte final, do art. 288 do RITCU. Esse fato, para o ex-gestor, afrontaria o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, previstos no art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal, além da segurança jurídica, o que configura nulidade no Acórdão recorrido.

### **Análise**

20. Não assiste razão ao recorrente. O contraditório e a ampla defesa apontados pelo responsável foram inteiramente atendidos na deliberação combatida. A primeira medida desta Corte,

logo após a interposição do recurso de revisão pelo *parquet* (peça 9, p. 2-4) e a definição de Relator único para os presentes autos e os TCs 011.486/2006-4 e 017.386/2006-6, conexos (peça 9, p. 10-11), foi o encaminhamento à unidade técnica para imediata abertura para contrarrazões recursais (peça 9, p. 13).

21. O Ministro-Relator, ao despachar sobre a questão, baseou-se exatamente no art. 288, §3º, do RITCU, dispositivo transcrito pelo recorrente (peça 32, p. 37), mas incorretamente referenciado como §2º nas alegações recursais (peça 32, p. 38). A unidade técnica, de pronto, definiu os pontos da audiência (peça 9, p. 14-17) e possibilitou ao ora recorrente a apresentação das contrarrazões recursais (peça 9, p. 18-21), apresentadas pelo ex-gestor (peça 10). Portanto, não houve mácula na atuação desta Corte.

### **Argumentos (peça 32, p. 38-45)**

22. Na sequência, o recorrente transcreve os subitens 9.1 e 9.2 do Acórdão recorrido (peça 32, p. 39) e discute o fundamento das deliberações. Informa que teve as contas julgadas irregulares, com base no artigo 16, inciso III, letra “b”, ou seja, pela prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial.

23. Lembra que a multa se fundamentou no artigo 58, incisos I e II, os quais envolvem o julgamento pela irregularidade sem débito e punição por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

24. Entende que o Relator, no relatório do Acórdão 598/2013 – Plenário, examinou todas as questões colocadas no processo, divergindo dos argumentos acerca das irregularidades em questão, o que, para ele, conduz ao afastamento das imputações. Considera que a análise do julgador relativizou e beneficiou o ora recorrente.

25. Nesse sentido, apresenta síntese presente no Acórdão recorrido sobre as irregularidades a ele imputadas, nos seguintes termos (peça 32, p. 40-41):

Mais especificamente, no que tange à responsabilização do gestor da Antaq, responde o mesmo por:

- não ter adotado as devidas diligências para verificar se a área a ser construída e comercialmente explorada pela Pirelli encontrava-se dentro dos limites da área do porto organizado de Vitória;
- não ter confirmado o domínio útil, em nome da empresa Pirelli, de área imediatamente atrás ao local onde foi realizado o aterro, condição essa essencial ao deferimento de autorização prevista no art. 4º, inciso II, da Lei 8.630/1993;
- ter deixado de considerar o fato de a aprovação das obras de aterro e de construção de terminal portuário pela empresa Pirelli S/A dependerem da comprovação da viabilidade técnica da realização de manobras de embarcações em área contígua ao empreendimento, denominado Berço 902 do Terminal de Granéis Líquidos. Essa condição suspensiva, imposta pela Codesa, impedia à Antaq de autorizar a construção e exploração de terminal portuário.

26. Após, afirma que cada uma dessas irregularidades foram afastadas, conforme manifestação do próprio Relator. Nesse sentido, transcreve trechos da deliberação recorrida, nos quais, segundo ele, o prolator da decisão refuta as alegações descritas acima.

27. Em relação à primeira questão, apresenta os itens 21 a 31 do voto condutor do Acórdão recorrido (peça 32, p. 41-42). Nesse trecho, o Relator discute os termos do Acórdão 2.944/2011- Plenário, que alterou parcialmente o entendimento inicial do Tribunal esposado no Acórdão 26/2011 – Plenário.

28. O julgador discorda da alegação do ora recorrente sobre o desconhecimento da correlação

entre o pleito da Cotia Trading S/A, em 2002, e o pedido da empresa Pirelli, atual Prysmian, em 2005, discutido nos presentes autos. O ex-gestor alegara arquivamento do primeiro requerimento, havendo, contudo, nos autos, elementos contrários a essa tese, segundo a decisão.

29. De qualquer forma, entendeu o Relator ser temerário afirmar que o Sr. Fernando sabia do primeiro pedido, transitado na Antaq na gestão anterior, do Sr. Fábio Nunes Falce. Na sequência, o Exmo. Sr. Ministro José Jorge debate as ocorrências imputadas ao ex-gestor.

30. Acerca da não confirmação do domínio útil da área atrás do aterro, pela empresa Pirelli, como condição para o deferimento da autorização prevista no art. 4º, inc. II, da Lei 8.630/1993, o Relator entende haver relação com a necessária licitação exigida para o contrato de arrendamento, disposto nos artigos 4º, inc. I; e 5º, do mesmo diploma legal. A responsabilidade pelo procedimento licitatório seria da Codesa, o que teria ensejado, inclusive, multa ao gestor desse órgão, por meio do Acórdão 26/2011 – Plenário.

31. Entretanto, o Relator da deliberação combatida relembra que o Tribunal, acatando posicionamento do Ministro Augusto Nardes, reviu o posicionamento anterior sobre a questão e se posicionou favorável à tese de que seria caso de inexigibilidade de licitação. A contratação direta, conforme trecho do Acórdão 2.944/2011 – Plenário, decorreria do fato de que a empresa Prysmian possuía a maior parcela do terreno de marinha anterior ao aterro, inviabilizando a exploração da área por terceiros.

32. Com isso, o julgador considerou que o fato de a Prysmian não deter o domínio de toda a faixa próxima ao aterro deixou de ser condição para a realização do certame, ainda que parte do acrescido de marinha estivesse na área do porto organizado e atraísse os ditames do art. 4º da Lei 8.630/1993.

33. Em relação à alegada não confirmação do domínio útil, em nome da empresa Pirelli, o Relator continua a discussão, após superada a questão atinente ao dever de licitar, atribuída à Codesa. Nessa linha, o ora recorrente transcreve novo trecho do voto condutor do Acórdão recorrido (peça 32, p. 43-45).

34. O Relator entendeu que, uma vez comprovada a inexigibilidade de licitação, estaria relativizada a responsabilização da Agência por ter autorizado a exploração do terminal de uso privativo sem a comprovação da titularidade da área anterior ao aterro. Lembra, ainda, que a Prysmian requereu autorização para realizar novo aterro, com área de 15.165,54 m<sup>2</sup>.

35. O Relator da deliberação combatida apresenta o histórico do trâmite do novo pedido, constante do Acórdão 26/2011-Plenário, o qual se encontrava em estágio avançado, com a aprovação de todos os órgãos envolvidos (Capitania dos Portos, Secretaria Especial de Portos da Presidência da República – SEP/PR, Prefeitura de Vila Velha e Instituto Nacional de Meio Ambiente e Recursos Hídricos do Espírito Santo).

36. Informa que o aterro e a cessão da nova área foram deferidos diretamente à Codesa pela União, nos termos da Portaria n. 441 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o que demonstra o interesse do governo federal em possibilitar a ocupação do terreno, reconhecendo a importância do empreendimento.

37. Com isso, a Codesa solicitou o posicionamento da Antaq sobre o procedimento jurídico a ser adotado. O órgão de controle entendeu que a ampliação, ocupação e exploração comercial do terminal portuário deveria migrar de autorização para arrendamento portuário, sem ser precedido de licitação, tendo em vista que a área a ser ocupada seria inviável a qualquer aproveitamento técnico e

econômico por outro interessado que não a própria Prysmian.

38. Segundo o trecho transcrito, a Antaq enfatizou que a referida inexigibilidade estaria condicionada à análise prévia de Estudo de Viabilidade Técnica e Econômico-Financeira – EVTE, aprovada pelas autoridades competentes e fiscalizada, inclusive, por esta Corte.

39. Destaca que, antes da prolação do Acórdão 26/2011 – Plenário, a Antaq publicou a Resolução 1.725/2010, em que reconheceu a inexigibilidade de licitação para a conjuntura delineada acima. Requereu, também, a substituição do regime de exploração da área, de terminal privativo para arrendamento, com extinção da Autorização n. 414/Antaq, o que ocorreu por meio da Resolução Antaq 2.241/2011. Assim, o órgão se adequou previamente ao posicionamento que viria a ser privilegiado no Acórdão 2.944/2011-Plenário.

40. O Relator ressalta que o próprio fato de que o processo de arrendamento estava em curso na Antaq foi considerado como atenuante pelo Tribunal, no Acórdão 2.944/2011 – Plenário. Em razão disso, deixou de aplicar multa ao recorrente, por conta de não ter confirmado o domínio útil da área imediatamente atrás do local em que estava o aterro.

### **Análise**

41. Não assiste razão ao recorrente. O ponto discutido pelo responsável integra o esforço do Tribunal em sopesar adequadamente, ponto por ponto, a conduta do responsável, como o fez com todos os outros envolvidos, mas não afasta os elementos embasadores do julgamento, como se demonstrará à frente nesta instrução.

42. O fato de ser inexigível a licitação para ocupação e exploração da área do terminal portuário pela Prysmian, após a construção do aterro, não afasta a responsabilidade do órgão de controle, último elo da cadeia decisória e ente fiscalizador de todo o procedimento, de verificar os possíveis efeitos daquela conjuntura sobre a navegabilidade do berço 902, como se discutirá com maiores detalhes no próximo tópico.

43. A omissão condenada pela Corte se refere a esse ponto, tendo ensejado, após o devido sopesamento de cada parcela da conduta do agente, condenação de baixa materialidade ao ora recorrente, exatamente pelas atenuantes elencadas. Destaque-se que a multa aplicada ao Sr. Fernando está condizente com as penas dos demais gestores envolvidos, como se nota nos Acórdãos 26/2011, 597/2013 e 599/2013, todos do Plenário e os três já transitados em julgado.

44. O posicionamento posterior da Antaq quanto à inexigibilidade de licitação não afastaria a responsabilidade do órgão de avaliar seriamente os efeitos das obras de aterro, construção e exploração do terminal portuário sem a comprovação da viabilidade técnica acerca dos efeitos da obra nas manobras de embarcações na área contígua ao empreendimento. O processo de autorização dada à Prysmian será discutido na íntegra no próximo tópico.

### **Argumentos (peça 32, p. 45-54)**

45. Na sequência, o requecente discute a alegação de que a Antaq teria deixado de considerar o fato de a aprovação das obras de aterro e de construção do terminal portuário pela Pirelli dependeria da comprovação da viabilidade técnica das manobras de embarcações na área contígua ao empreendimento, denominada Berço 902. Essa condição teria sido colocada como suspensiva pela Codesa, impedindo a Antaq de autorizar a construção e a exploração do local.

46. O ora recorrente afirma que a irregularidade foi analisada pelo Ministro Relator do Acórdão recorrido, que a afastou. Para tanto, transcreve longo trecho do voto condutor da deliberação combatida (peça 32, p. 45-51), com destaque para alguns excertos.

47. O Relator informa que a Codesa, por meio do CA-DIRPRE-76, condicionou a autorização do aterro à apresentação de estudo de viabilidade técnica que atestasse a inexistência de interferência nas manobras de embarcações do Terminal de Granéis Líquidos – TGL. Lembra que o assunto foi tratado nas contas de 2005 da SPU e da Capitania dos Portos, concluindo pela desconformidade dos procedimentos com o ordenamento e a falta de comunicação entre os órgãos, tendo havido um encadeamento de atos realizados sem as devidas cautelas.

48. Para o Relator, a conduta omissiva do responsável, ao autorizar a exploração do terminal por prazo indeterminado, integra esse contexto. Para o melhor entendimento dos fatos, traz histórico da atuação da Antaq, a partir de 2006.

49. Relata que a concessão da autorização foi pleiteada pela empresa em outubro de 2006, data em que o empreendimento já havia sido concluído. Logo, deveria ser autorizada a exploração das instalações, nos termos do inciso XXII do art. 27 da Lei 10.233/2001, então vigente. Afirma o Relator não ter havido qualquer manifestação anterior do órgão acerca do terminal. Destaca que o referido dispositivo atribui à Antaq a responsabilidade por autorizar a exploração e a construção do empreendimento, sendo que o aterro não foi autorizado pela autarquia, mas sim pela SPU, por meio da Portaria 308/2005.

50. Traz à colação o art. 8º da Resolução 517 da Antaq, no qual se prevê que o terminal de uso privativo localizado na área do porto organizado exigirá do órgão a consulta à autoridade portuária, que deverá se pronunciar sobre a implantação do terminal.

51. Para o Relator, as normas destacadas demonstram que cabia à Antaq autorizar a construção do terminal e não apenas a exploração, tendo prevalecido, contudo, o entendimento de que essa competência caberia à SPU. Apenas após a construção, a empresa se encaminharia à Agência, de posse da certidão de aforamento. O julgador lembra que a legislação foi alterada posteriormente, trazendo mudanças quanto à competência da autarquia.

52. Observa o Ministro Relator que a Antaq, ao autorizar a exploração do empreendimento, tinha conhecimento de que parte da área requerida houvera sido aterrada. Constava do pedido a descrição do projeto e as plantas. Com isso, para o julgador, caberia à Agência indagar acerca do atendimento das condicionantes relacionadas à manobrabilidade dos berços próximos.

53. Para detalhar o processo de outorga em favor da Prysmian pela Antaq, transcreve parte do Acórdão 26/2011-Plenário, também apresentado na íntegra nesta instrução, em razão do detalhamento das informações (peça 32, p. 48-49):

(...)

3.5 – na análise interna no âmbito da Antaq foram requeridos vários documentos, como o comprovante de recolhimento da taxa de ocupação ou aforamento, memorial descritivo das instalações e declaração das cargas próprias a serem movimentadas no terminal;

3.6 – dentre a documentação posteriormente encaminhada pela Prysmian, em fevereiro de 2007, constava a seguinte informação (mencionada a folha 105 do processo): ‘A Prysmian pretende obter autorização do órgão responsável para a exploração do terminal implantado no Porto de Vitória. Trata-se de um Terminal de Uso Privativo Misto, ou seja, cujas instalações construídas serão dedicadas à armazenagem e à movimentação de carga, própria e de terceiros, destinadas via transporte aquaviário’;

3.7 – na nova análise interna, em 21/03/2007, foram requeridos documentos que ainda estavam pendentes, como as plantas de situação do terminal e das instalações de acostagem e o cronograma físico-financeiro da implantação;

3.8 – o cronograma, apresentado em abril de 2007, demonstrou a realização de todas as obras até dezembro de 2006, esclarecendo o Diretor-Geral da Antaq que a construção do parque fabril antes

mesmo da outorga ‘... não constitui uma irregularidade perante esta Agência, eis que a regulação recai tão somente sobre o terminal aquaviário e não sobre a unidade de produção, contudo, comprova que naquele momento não só o acréscimo de marinha já havia sido executado, como também toda a obra civil sobre ele.’;

3.9 – em visita in loco às instalações, em maio de 2007, a Antaq constatou que: o terminal aquaviário também fora construído antes de autorizado; já havia atividade fabril na planta; e, embora a empresa tenha informado que estava ‘...movimentando cargas pelo modal aquaviário por meio de um terminal contíguo, o relatório de vistoria pugnou pela instauração de Processo Administrativo Contencioso – PAC, em face da empresa Prysmian (fls. 217/222)’;

3.10 – no entanto, o posicionamento sobre a abertura do processo administrativo foi revisto em face dos seguintes argumentos apresentados pela Prysmian à Antaq em correspondência datada de 10 de setembro de 2007: (a) boa-fé da empresa Prysmian; (b) que o evento constatado não resultou qualquer prejuízo para a administração ou para a legalidade do ato requerido; (c) que o terminal irá operar de forma unificada, sendo de difícil determinação qual a área que efetivamente integra a parte fabril do empreendimento e a partir de que ponto se iniciam as instalações do terminal portuário propriamente dito; (d) que a construção de uma e de outra estrutura foi simultânea, como, aliás, não poderia deixar de ser; e (e) que a empresa, em estrita obediência aos ditames legais e à determinação da Antaq, não realizou qualquer operação portuária por meio do terminal aquaviário até aquela data.’

3.11 – em conclusão, a Gerência de Terminais de Uso Privativo – GTP atentou para a pendência quanto à apresentação da Certidão de Aforamento/Ocupação da área objeto do aterro, correspondente à 12.317,11 m<sup>2</sup>, posicionando-se favorável à outorga, condicionando, entretanto, o início das operações à regularização da área junto à Secretaria do Patrimônio da União – SPU;

3.12 – a referida restrição constou da outorga lavrada por meio da Resolução n° 986-Antaq, de 14/02/2008, em seu art. 2º, e no item XIV do Termo de Autorização n° 414 de mesma data;

3.13 – em razão de subsistir a pendência de regularização da área aterrada, em duas oportunidades foram rejeitados os recursos da empresa Prysmian visando à imediata liberação do terminal para a realização de operações portuárias. Também foi indeferido o pleito quando da apresentação da certidão de ocupação da área de 12.317,11m<sup>2</sup>, lavrada pela SPU, uma vez constatado que remanesce a regularização de uma área de 1.709,65m<sup>2</sup>, consoante apurado pela Gerência Regional do Patrimônio da União – GRPU, decorrente da diferença entre a inicialmente prevista e a efetivamente aterrada;

3.14 – obtidas as certidões em 05/12/2008, a Diretoria da Antaq autorizou a empresa a realizar as operações portuárias em seu terminal por meio da Resolução n° 1247-Antaq, de 18/12/2008;

54. O Relator considera que a Antaq não deu o devido encaminhamento ao processo de autorização, pois deveria ter consultado a Codesa acerca dos efeitos do aterro sobre as operações no Berço 902. Refuta a afirmação do ora recorrente de que eventual consulta à autoridade portuária sobre o terminal já implantado seria mera formalidade.

55. Entende o julgador que essa consulta teria confirmado que os estudos de viabilidade não haviam sido realizados e que a trafegabilidade na área contígua estaria comprometida. Essa cautela não foi adotada pela Antaq, segundo o voto condutor do Acórdão recorrido.

56. Após, em outro trecho do voto, o Relator destaca que a legislação atual manteve o poder fiscalizatório e disciplinatório da agência, tendo delegado ao poder concedente a competência para celebração dos ajustes. Nessa linha, apresenta partes dos artigos 4º, 8º e 12 da Medida Provisória 595/2012 (peça 32, p. 50-51).

57. Conclui que a atual definição das competências do poder concedente não altera fato pretérito, ocorrido sob a égide da legislação anterior. Ressalta que, técnica e financeiramente, a perda de manobrabilidade decorrente do aterro não trouxe prejuízos significativos, tendo se mostrado,

inclusive, mais segura, por conta de não ser recomendável operações com inflamáveis na região, como antes.

58. Ainda assim, entendeu o Relator que o ora recorrente não observou o comprometimento da segurança da navegação no Berço 902 e o ordenamento aquaviário, ao autorizar a exploração do terminal pela Prysmian. Com isso, sopesou as mudanças do Acórdão 2.944/2011 sobre o Acórdão 26/2011, ambos do Plenário; e proferiu a deliberação combatida.

59. Do trecho transcrito, o recorrente destaca os parágrafos 41 e 42 do voto condutor do Acórdão (peça 32, p. 51), nos quais o julgador relata a ausência de conformidade entre os procedimentos adotados pelos órgãos e o ordenamento pátrio, a falta de comunicação entre as entidades envolvidas, culminando em um encadeamento de atos realizados sem as devidas cautelas.

60. Entende não ter havido dolo por parte dele, mas sim falhas e falta de cautela. Nessa linha, destaca a Lei 8.429/1992, na qual não se pune o administrador inábil ou incauto, mas apenas o desonesto, que age com dolo, causando prejuízo ao patrimônio público. Para tanto, transcreve excertos da jurisprudência sobre o tema (peça 32, p. 52-53).

61. Ressalta, ainda, os itens 46 a 49 do voto condutor do Acórdão recorrido (peça 32, p. 53-54), nos quais o Exmo. Sr. Ministro José Jorge relata que o pedido da Prysmian para exploração do terminal portuário ocorreu em outubro de 2006, data em que o empreendimento já se encontrava concluído.

62. A autorização para que a empresa realizasse o aterro, conforme os trechos destacados, não foi emitida pela Antaq, mas sim pela SPU, por meio da Portaria 308/2005, como informado anteriormente.

### **Análise**

63. Não assiste razão ao recorrente. De fato, o ex-gestor foi punido pela falta de cautela na condução do processo de autorização para exploração do terminal portuário dada à empresa Prysmian, que culminou com a Resolução n. 986-Antaq, de 14/02/2008 (TC 015.694/2007-3, peça 39, p. 2-5). A punição de condutas culposas insere-se no âmbito de atuação desta Corte de contas, ainda que não tenha havido prejuízo material e desde que analisado adequadamente o contexto fático:

33. A esse respeito, vale mencionar que a doutrina explica a conduta culposa *latu sensu*, dividindo-a em dolo e culpa *stricto sensu*. O dolo, em síntese, significa a vontade manifesta pelo ser humano de realizar a conduta ou produzir o resultado. A culpa *stricto sensu* refere-se à inobservância do dever de cuidado objetivo a todas as pessoas de razoável diligência. Sobre essa última, observa-se, ainda, que uma das suas modalidades é a culpa por negligência, ou seja, culpa por omissão, por deixar de praticar a ação que lhe era devida, à luz do cuidado e da diligência que de todos se espera. Acerca dos fatos constantes nos autos, nota-se que, se o responsável não agiu com dolo, agiu, ao menos, com culpa por negligência, e isso basta para que esta Corte de Contas, com base na responsabilidade subjetiva, cujo elemento essencial é a culpa, comine-lhe a multa prevista no artigo 58, inciso II, da Lei nº 8.443/92. (Acórdão 585/2009 – Plenário).

64. Nessa linha, cabe delinear a questão, que foi exhaustivamente discutida em cinco Acórdãos desta Corte, todos culminando no mesmo entendimento pela ausência de cuidado dos responsáveis pela autorização para o aterro e exploração do terminal portuário pela empresa Prysmian.

65. Destaque-se, inicialmente, que a denúncia enfrentada pelo Tribunal no Acórdão 26/2011 – Plenário (TC 015.694/2007-3), originadora do presente recurso de revisão, apontava irregularidades tanto na construção quanto na exploração de área situada dentro do porto organizado sob administração da Codesa, pela empresa Prysmian Energia, Cabos e Sistemas do Brasil S/A (antiga Pirelli). O local era contíguo ao Terminal de Granéis Líquidos de São Torquato – TGL, o que teria inviabilizado as

manobras dos navios que operavam no Berço 902.

66. Ainda que tenha havido modificação legislativa, alterando as competências da Antaq, na conjuntura ora em discussão, deve-se revisitar a legislação vigente à época para se posicionar adequadamente sobre as responsabilidades do órgão na autorização e exploração da área. Além disso, mesmo sob o novo prisma, a atribuição fiscalizatória da Agência sobre todo o procedimento foi mantida.

67. Nos termos do art. 4º, incisos I e II, da Lei 8.630/1993, vigente à época, o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária dependeria:

I - de contrato de arrendamento, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado;

II - de autorização do ministério competente, quando se tratar de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado.

68. De acordo com o art. 27, inciso XXII, da Lei 10.233/2001, que criou a Antaq e dispôs sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cabia à referida agência, por delegação, “autorizar a construção e exploração de terminais portuários de uso privativo, conforme previsto na Lei 8.630/1993”.

69. Pode-se perceber, portanto, que, não obstante as discussões ocorridas entre os órgãos acerca das atribuições de cada um, estava literalmente expressa a competência da Antaq para autorizar a construção e a exploração dos terminais de uso privativo. O fato de a autarquia ter entendido necessária a manifestação da SPU acerca do aforamento dos terrenos não poderia afastar a devida atenção da entidade sobre o procedimento, transferindo para terceiros competência própria, especialmente na qualidade de órgão expressamente designado em Lei.

70. Nessa linha, como delineado no item 22 do relatório do Acórdão 26/2011-Plenário, a Antaq tinha conhecimento de pleito envolvendo o porto organizado sob a administração da Codesa às margens do canal de Vitória/ES. O pedido foi realizado em março de 2002 pela Cotia Trading S/A, cuja estreita relação com a empresa Pirelli Energia, Cabos e Sistemas do Brasil S/A, atual Prysmian, foi relatada explicitamente no requerimento (TC 015.694/2007-3 - peça 15, p. 17-19).

71. A requerente almejava, à época, a construção de fábrica de cabos umbilicais longos, utilizados na exploração e produção de petróleo em águas profundas, cujo transporte em bobina pela via terrestre encontrava-se inviabilizado.

72. Com isso, o Governo do Estado do Espírito Santo havia doado área de 9.040 m<sup>2</sup> às margens do canal de Vitória para a empresa. Seria necessário, contudo, autorização para construir um enrocamento e um aterro no canal, de 22.000 m<sup>2</sup>, dentro da área do Porto Organizado, com a finalidade de abrigar a fábrica, bem como para construir e explorar um terminal no local, sob a modalidade de uso privativo misto.

73. Em 2/4/2002, o então Diretor-Presidente da Codesa, Sr. Fábio Nunes Falce, encaminhou o pleito à Antaq, com informações sobre a adequação do pedido ao Plano de Desenvolvimento e Zoneamento dos Portos de Vitória e Barra do Riacho – PDZP 2001, aprovado pelo CAP – Conselho de Autoridade Portuária (TC 015.694/2007-3 - peça 16, p. 24).

74. A própria Cotia Trading relata, em documento juntado aos autos, que realizara pedido diretamente à agência reguladora, a qual havia, inclusive, solicitado diversos dados necessários para a

análise do pedido de aterro, construção e exploração do terminal de uso privativo (peça 11, p. 11-12).

75. Em 17/5/2002, o Sr. Fábio Nunes Falce informou, por meio da CA- DIRPRE- 205/2002, à Gerência Regional da Secretaria do Patrimônio da União no Espírito Santo – GRPU/ES, não haver impedimento por parte da Codesa ao aterro de 23.000 m<sup>2</sup> (TC 015.694/2007-3 – peça 16, p. 43), não obstante existisse posicionamento anterior da entidade, com condicionantes para a aprovação, como se verá à frente.

76. Conforme observado no relatório do Acórdão 26/2011 - Plenário, a aprovação da área a ser aterrada não foi precedida de qualquer análise técnica do projeto e não levou em consideração a interferência da obra sobre outros berços da Codesa, cuidado que já havia sido requerido, inclusive, pelo Coordenador Comercial e Marketing da entidade (peça 16, p. 33).

77. É importante ressaltar que o ora recorrente não foi responsabilizado por fatos anteriores à gestão dele, iniciada em 2006, como dissertou adequadamente o Relator da deliberação combatida (peça 5, p. 20).

78. Entretanto, não se pode olvidar do princípio da continuidade dos serviços públicos. Os órgãos, por meio de seus gestores, devem preservar a memória administrativa das instituições, para garantir o atingimento da finalidade pública.

79. Restou comprovado nos autos que o pleito para o aterro e exploração ora em debate, já envolvendo a empresa Pirelli, atual Prysmian, que assumiu o pedido integralmente após a desistência da Cotia Trading, já era do conhecimento da Antaq desde o exercício de 2002. É certo que empreendimento dessa magnitude, com reconhecidos impactos econômicos, estruturais e ambientais, não poderia passar despercebido da Agência controladora dos transportes aquaviários.

80. A Prysmian obteve, por doação do Governo do Estado do Espírito Santo, área de 8.682,84 m<sup>2</sup> (TC 015.694/2007-3 - peça 40, p. 24) e foi autorizada pela SPU, por meio da Portaria SPU n. 308, de 26/10/2005, a realizar aterro em águas públicas, com a dimensão de 12.317,11 m<sup>2</sup> (TC 015.694/2007-3 - peça 41, p. 4), portanto, superior aos limites doados. Aterrou, irregularmente, trecho de 2.356,75 m<sup>2</sup> situado ao norte e leste; e outro com 36,73 m<sup>2</sup>, situado a oeste; e, ainda, ocupou 498,75 m<sup>2</sup> que não lhe pertenciam (TC 015.694/2007-3 – peça 42, p. 45-48).

81. Destaque-se que a Antaq, órgão com atribuição especificada em Lei para realizar a autorização para construção do terminal, como discutido acima, restou por não se manifestar nas outorgas da obra. Entretanto, o fato de ser a Agência diretamente responsável pelo processo, por determinação legal, e considerando que eventuais efeitos do aterramento se perpetuariam quando da exploração do local, as cautelas do órgão deveriam permanecer em qualquer momento que atuasse sobre a questão.

82. De fato, o aterro irregular acabou por avançar sobre o berço 902 da Codesa e inviabilizou as operações de granéis líquidos que vinham sendo realizadas no local pela empresa T.A. Oil Distribuidora de Petróleo Ltda. (TC 015.694/2007-3 – peça 23, p. 28). Não há dúvida que esse efeito se perpetuaria também com a exploração do terminal.

83. Ao se manifestar sobre a implantação do terminal de uso privativo na área do porto organizado de Vitória/ES, a Antaq tinha obrigação, definida em norma da própria entidade, de consultar a autoridade portuária. A atribuição está contida no art. 8º da Resolução 517-ANTAQ, de 18/10/2005, vigente à época:

Art. 8º Localizando-se o terminal de uso privativo na área do porto organizado, a ANTAQ consultará a Autoridade Portuária respectiva, que deverá pronunciar-se, no prazo máximo de trinta dias, sobre a implantação do terminal.

84. Cabe informar, por oportuno, que a Codesa, autoridade portuária, condicionou, por meio do CA-DIRPRE-76, de 23/3/2005 (TC 015.694/2007-3, peça 13, p. 2), a autorização do aterro à apresentação de estudo de viabilidade técnica que atestasse a inexistência de interferência nas manobras de embarcações do Terminal de Granéis Líquidos.

85. Nenhum dos órgãos se acautelou de garantir a realização dos estudos de viabilidade técnica de forma completa, o que culminou com a construção do empreendimento e, posteriormente, com a exploração autorizada pela Antaq, sem que sequer soubessem os efeitos do aterro sobre os berços próximos.

86. Os benefícios que hoje se vislumbram, bem como as conclusões sobre a inevitável inexigibilidade de licitação para exploração do terminal, não afastam o descumprimento do dever de cuidado dos órgãos envolvidos. A situação poderia ser distinta, com graves prejuízos ao erário.

87. Como levantou a unidade técnica, no relatório do Acórdão 26/2011-Plenário, poder-se-ia cogitar eventual pleito judicial da T.A. Oil, cujas operações foram diretamente afetadas com os prejuízos do aterro sobre a manobrabilidade do Berço 902:

34. Não se pode desconsiderar, ainda, que o atual cenário aponta para efetivo dano à Codesa que teve área sob sua jurisdição aterrada e ocupada por empresa privada, sem qualquer retribuição financeira, ou exercício de autoridade sobre a área aterrada, e, ainda, teve prejudicada a utilização dos Dolfins do Berço 902 – TGL, ou mesmo a construção de um berço em toda a área, consoante indicado no PDZP, havendo real possibilidade de que venha a ser acionada judicialmente pela empresa T.A. Oil Distribuidora de Petróleo Ltda já que teve interrompidas suas operações realizadas no Berço 902 da Codesa, em que pese o termo aditivo ao contrato operacional por ela firmado com a Codesa e que lhe garantiu a permanência no TGL esteja sendo questionado judicialmente.

88. Especialmente por conta da ausência do dever de cuidado na condução do processo de autorização para construção do aterro e exploração do terminal de uso privado é que as autoridades foram uma a uma punidas por esta Corte.

89. O Sr. Henrique Germano Zimmer, Diretor Presidente da Codesa, teve as contas julgadas irregulares e foi apenado com multa de R\$ 5.000,00, por meio do Acórdão 26/2011, modificado pelo Acórdão 2.944/2011, ambos do Plenário. Na última decisão, já transitada em julgado, o Tribunal sopesou adequadamente a conduta do acusado, mantendo como ponto principal da condenação exatamente os prejuízos quanto ao Terminal de Granéis Líquidos.

90. Esse julgado influenciou os julgamentos da Corte sobre os recursos de revisão interpostos pelo Ministério Público junto ao TCU em face das contas dos demais envolvidos, incluindo o ora recorrente, analisados em conjunto na sessão de 20/3/2013.

91. Nessa linha, a Corte, por meio do Acórdão 597/2013 – Plenário, julgou irregulares as contas do Sr. Orlando José Soares Valverde, ex-dirigente da Capitania dos Portos do Espírito Santo, e aplicou-lhe multa de R\$ 5.000,00, modificando posicionamento anterior da Corte. A condenação decorreu primordialmente do fato de o ex-gestor ter-se posicionado “favoravelmente ao pedido de aterro em águas públicas sem observar o comprometimento da segurança da navegação no Berço 902 e o ordenamento do espaço aquaviário”.

92. Igualmente, o Tribunal, por meio do Acórdão 599/2013 – Plenário, alterou o julgamento

anterior da Corte sobre as contas do responsável Edmar Fraga Rocha, ex-Gerente Regional da Secretaria de Patrimônio da União no Espírito Santo, julgando-as irregulares e condenando-o ao pagamento, também, de multa no valor de R\$ 5.000,00. A decisão já transitou em julgado.

93. Nota-se que o Tribunal agiu com proporcionalidade e apenou todos os responsáveis que agiram sem o devido cuidado na condução do processo para autorizar a construção do aterro no Porto de Vitória, com influências negativas sobre o TGL no berço contíguo à área aterrada.

94. Nesse sentido, a atuação do ora recorrente, que possibilitou a exploração do terminal, sem também se acerrar das cautelas devidas sobre os efeitos do empreendimento, não poderia estar isenta de responsabilidade, especialmente ao analisar a atribuição da Antaq presente nos normativos vigentes à época e o conhecimento prévio da instituição sobre os fatos.

95. É verdade, também, que o aterro já havia sido construído quando do pedido para exploração do terminal, em 2006, na gestão do recorrente. Todavia, não é a construção o elemento crucial na conduta culposa do ex-gestor.

96. Como destacado anteriormente, o que o Tribunal discutiu em relação à atuação dele e dos demais envolvidos foi a ausência do dever de cuidado quanto aos efeitos do aterro realizado irregularmente, responsabilidade também da Antaq na cadeia decisória, como demonstrado acima.

97. O órgão, não obstante não tenha autorizado a construção do aterro, mesmo sendo dele a responsabilidade legal para tal, autorizou a exploração do terminal por tempo indeterminado. Em caso de prejuízo, a entidade teria participação direta na perpetuação do dano.

98. É em razão disso que seria até anti-isonômico manter a punição de todos os gestores que se omitiram culposamente no referido processo, com decisões já transitadas em julgado, e isentar o ora recorrente, último elo da cadeia decisória em discussão.

### **Argumentos (peça 32, p. 54-56)**

99. Após, o recorrente destaca, também, registros do empreendimento, presentes no voto condutor do Acórdão 26/2011 – Plenário (peça 32, p. 54). Nesse ponto, o Relator daquele julgado esclarece que a Corte não impugna a obra em si, mas sim a forma como foi promovida a implantação do parque fabril e a exploração do terminal portuário.

100. O julgador destaca a importância socioeconômica do empreendimento, considerado essencial para o atendimento da demanda das plataformas de petróleo por cabos umbilicais de grande porte. Entende, contudo, ser possível que não se tenha levado em consideração, na autorização do aterro, aspectos também muito relevantes, tais como a comprovação do domínio útil da área dentro do porto organizado e a interferência da obra de aterramento nas manobras de embarcações no Berço 902.

101. Para o recorrente, esses registros o socorrem, pois ele, de boa-fé, cumprindo seu dever legal, concedeu a autorização, por meio da Resolução 986-Antaq, em 2008, para que se ampliasse e se explorasse o terminal, já construído e de grande importância socioeconômica para o país.

102. Ainda sobre o assunto, o ex-gestor transcreve novamente o item 64 do voto condutor do Acórdão recorrido (peça 32, p. 55), no qual o Relator destaca que, técnica e financeiramente, a perda de manobrabilidade acarretada pelo aterro da Prysmian ao berço existente não trouxe prejuízos significativos.

103. Para o julgador, a nova destinação dada ao local mostrou-se mais segura, especialmente por conta da concentração urbana nas imediações do porto, que não recomenda operações com inflamáveis, como existia anteriormente.

104. Na concepção do recorrente, esses registros confirmam que o empreendimento trouxe benefícios reais ao patrimônio público, sendo que o ato questionado esteve protegido pelo princípio da supremacia do interesse público, tendo alcançado os seus objetivos em benefício do patrimônio nacional.

105. Para ele, é razoável o afastamento do julgamento pela irregularidade das contas e aplicação de multa, tendo em vista que o recorrente não agiu com dolo, má-fé, desonestidade, mas sim visando os benefícios do patrimônio público, com a autorização.

### **Análise**

106. Os argumentos do recorrente não merecem prosperar. Como detalhado anteriormente, as conclusões posteriores acerca do sucesso do empreendimento não afastam a ausência de cautelas quando da autorização para exploração do terminal portuário. Com o avanço do aterro sobre o Berço 902, os prejuízos para as manobras das embarcações naquele local poderiam ter trazido grandes danos ao erário, com possíveis pendengas judiciais.

107. A postura omissiva do ora recorrente se reveste de gravidade, ao contrário do busca demonstrar o ex-gestor. A Antaq, que já tinha conhecimento do pleito de aterramento e construção de terminal portuário por empresa ligada à Pirelli e, depois, pela própria Prysmian, tinha a competência em texto literal da Lei de autorizar o empreendimento, mesmo diante das discussões interpretativas.

108. O órgão, já sob a gestão do Sr. Fernando, recebeu documentação acerca das obras de aterro e do pedido da empresa Prysmian para explorar o terminal portuário, com informações claras sobre as irregularidades. A requerente havia aterrado irregularmente mais de 2.000 m<sup>2</sup>, avançando sobre o Berço 902.

109. Em manifestação, a Codesa, órgão que a Antaq deveria consultar no caso da implantação do terminal, nos termos do art. 8º da Resolução 517 da própria Agência, já havia condicionado qualquer autorização relacionada ao empreendimento aos estudos de viabilidade técnica sobre os efeitos do aterro sobre os berços próximos.

110. Mesmo diante de toda essa estrutura jurídica exigindo cautela do ora recorrente, ele assinou autorização para exploração do terminal portuário pela Prysmian, por tempo indeterminado, por meio da Resolução 986-ANTAQ, de 14/2/2008. A omissão poderia ter trazido enormes prejuízos ao poder público.

111. O posicionamento do Tribunal sobre a importância socioeconômica da construção e da exploração do terminal demonstram que a Corte de Contas, ao analisar o tema por diversas vezes, não se olvidou desses pontos. Buscou penalizar os envolvidos, sopesando os exatos limites de atuação deles, culminando, com isso, em multa de pequena monta.

112. Restou claro que, diante da posição da Antaq no processo decisório para construção e exploração do terminal portuário, o recorrente, como gestor da autarquia, não poderia prescindir dos estudos de viabilidade técnica há muito solicitados pela Codesa, de modo a dimensionar os possíveis danos ao Berço 902, especialmente a Agência que tinha posição central na esfera de atuação.

113. É importante destacar que os relatos sobre o sucesso do empreendimento poderiam ser bastante distintos. Diante das sucessivas condutas omissivas dos diversos órgãos envolvidos, culminando com a Resolução 986-Antaq, de 14/2/2008, o deslinde da questão poderia ter sido mais dramático para o poder público, com reflexos jurídicos graves, sendo, inclusive, esse um dos argumentos de origem na denúncia.

114. Nesse sentido, cabe transcrever relevante trecho da manifestação do Relator no Acórdão

26/2011-Plenário:

Houvessem as autoridades públicas competentes adotado planejamento adequado, certamente a implantação de novo projeto de tamanha envergadura nacional seria precedida da análise e da aprovação estudos aprofundados de viabilidade técnica e econômico-financeira. (...).

Óbvio que, sob essas condições, a mudança da destinação de uso da região portuária situada no Berço 902 do TGL seria legítima e natural, porquanto a atualização do Plano de Desenvolvimento e Zoneamento Portuário estaria respaldada em premissas técnicas e abalizadas.

Até que fossem (sic) essas alterações fossem regularmente maturadas e sem a ocorrência de atropelos, haveria a manutenção as condições de ordenamento do espaço aquaviário e da segurança de navegação, não ocasionando transtornos aos demais operadores que utilizavam o Berço 902 do TGL para a atracação e manobra de navios, tal qual verificado nestes autos.

(...)

115. A importância do empreendimento e os ganhos constatados após o evento não afastam os riscos que a conduta omissiva dos responsáveis proporcionou ao Estado. Por conta disso, a falta de dever de cuidado de todos os envolvidos na cadeia decisória foi punida pela Corte, não sendo possível isentar apenas o ora recorrente, especialmente pela relevância do papel da Antaq na questão.

116. Destaque-se que o reconhecimento das variantes apresentadas pelo recorrente foram, também, fundamentais na dosimetria da multa a ele aplicada. A Corte buscou, com os elementos apresentados, fixar, de forma proporcional, a penalidade aplicada, no montante de R\$ 5.000,00.

#### **Argumentos (peça 32, p. 54-56)**

117. O recorrente entende, com fundamento no devido processo legal substantivo, previsto no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, bem como nos princípios administrativos da razoabilidade, proporcionalidade e proibição de excesso, que se deve afastar a irregularidade das contas e a multa aplicada a ele.

118. Considera, conforme o voto condutor do Acórdão combatido, não ter cometido ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, bem como não houve dano ao erário ou desfalque.

#### **Análise**

119. Não assiste razão ao recorrente. A atuação desta Corte demonstra o contrário do que afirma o ex-gestor. Exatamente na busca do posicionamento mais consentâneo com a razoabilidade é que o Tribunal, por meio do Acórdão 2.944/2011 – Plenário, modificou os termos do Acórdão 26/2011 – Plenário, reduzindo a multa aplicada ao Sr. Henrique Germano Zimmer, ex-Diretor-Presidente da Codesa e modificando o entendimento do colegiado sobre o tema.

120. O referido julgado restou por influenciar o entendimento da Corte sobre todos os recursos de revisão interpostos pelo Ministério Público sobre a questão, incluindo-se o pedido julgado na deliberação combatida, sem, contudo, afastar a condenação dos gestores pela omissão, que é grave, ao contrário do que afirma o recorrente, conforme amplamente discutido nesta instrução.

121. A Corte sopesou todas as variáveis relacionadas, reconheceu a importância do empreendimento para a região e individualizou adequadamente as condutas dos responsáveis, dentre eles o ora recorrente. Os demais responsáveis, inclusive, com o julgamento dos respectivos recursos de revisão, resignaram-se com a manifestação do Tribunal, estando seus processos em fase executiva.

### Argumentos (peça 32, p. 56)

122. Por fim, o recorrente cita o art. 55 da Lei 9.784/1999, segundo o qual “em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

### Análise

123. Os argumentos do ex-gestor não merecem prosperar. O que ocorreu na conjuntura ora em discussão não foi convalidação, em que o poder público supre vício sanável de ato ilegal. Na espécie, o processo de autorização do aterro e exploração do terminal no porto de Vitória pela empresa Prysmian foi iniciado e concluído sem que os órgãos envolvidos atentassem para os devidos cuidados técnicos.

124. Após a conjuntura já consolidada, não mais seria possível retornar ao *status quo ante*. O conteúdo obrigatório do ato da Antaq envolveria a exigência de estudos de viabilidade técnica sobre os efeitos do aterro realizado pela empresa Prysmian sobre os berços próximos.

125. O vício sobre o objeto do ato não se convalida, podendo, no máximo, ser objeto de conversão, na qual ocorre a substituição de um ato por outro, aproveitando-se os efeitos já produzidos (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 251).

126. No caso ora em debate, o procedimento administrativo foi concluído e a Antaq emitiu a autorização sem sequer citar ou se manifestar sobre as omissões punidas nos presentes autos, não se falando em saneamento da irregularidade.

127. Apenas, todos tiveram que se resignar com a conjuntura, a qual não mais poderia ser modificada. Contudo, o fato de não ser mais possível retornar não afasta a possibilidade de os gestores negligentes serem punidos pela omissão, em deliberação desta Corte.

### PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

128. Diante do exposto, com fundamento nos arts. 32, I, e 33, da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior e posterior encaminhamento ao Ministério Público junto ao TCU propondo:

- a) conhecer do Recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. Fernando Antônio Brito Fialho, contra o Acórdão 598/2013 – Plenário, proferido na Sessão de 20/3/2013, Ata 9/2013;
- b) no mérito, negar provimento ao recurso apresentado, mantendo-se inalterada a deliberação recorrida;
- c) comunicar ao recorrente, aos demais responsáveis e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte.

TCU / Secretaria de Recursos / 1ª Diretoria, em 9 de agosto de 2013.

[assinado eletronicamente]

Judson dos Santos  
AUFC – mat. 5677-4