

## VOTO

<b>Processo:</b>	00191.001246/2023-01
<b>Interessados:</b>	<b>JOSÉ ALEX BOTELHO DE OLIVA; e ANGELINO CAPUTO E OLIVEIRA</b>
<b>Cargo:</b>	ex-Diretor da Companhia Doca do Estado de São Paulo (CODESP); e ex-Diretor da CODESP
<b>Assunto:</b>	Representação. Desvio ético decorrente da prorrogação antecipada e o adensamento da concessões da empresa Libra Terminais S.A. no Porto de Santos.
<b>Relator(a):</b>	Conselheiro Edvaldo Nilo de Almeida.

**REPRESENTAÇÃO. SUPOSTO DESVIO ÉTICO DECORRENTE DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA E O ADENSAMENTO DA CONCESSÕES DA EMPRESA LIBRA TERMINAIS S.A. NO PORTO DE SANTOS. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. INOCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO ÉTICA. ARQUIVAMENTO.**

**I - RELATÓRIO:**

1. Trata-se de representação encaminhada à Comissão de Ética Pública (CEP), no dia 7 de julho de 2023, por meio do Ofício nº 10425/2023/COAC/DICOR/CRG/CGU da Coordenação-Geral de Admissibilidade Correcional da Controladoria-Geral da União (SUPER nº 4399262), em face das irregularidades detectadas no Acórdão nº 1619/2022 do eg. Tribunal de Contas da União (TCU), acerca da conduta dos interessados **JOSÉ ALEX BOTELHO DE OLIVA e ANGELINO CAPUTO E OLIVEIRA, ambos ex-Diretores da Companhia Doca do Estado de São Paulo (CODESP)**, com a prorrogação antecipada e o adensamento da concessões da empresa Libra Terminais S.A. no Porto de Santos (SUPER nº 4399263).

2. De forma a elucidar a origem das aludidas irregularidades, cabe trazer o relatado pelo eg. TCU, no Processo nº TC 027.560/2018-0 (SUPER nº 4399263, fls. 10 a 36), *in verbis*:

[...]

**"INTRODUÇÃO**

Trata-se de processo apartado que teve sua origem na representação formulada por equipe de auditoria no âmbito do TC 024.631/2016-7, a respeito de indícios de irregularidades na prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/1998, mediante o seu segundo termo aditivo (peça 5), celebrado entre a União, por intermédio da extinta Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), e a empresa Libra Terminais S.A., com interveniência da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), da Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), atualmente denominada Autoridade Portuária de Santos S.A (SPA), e da empresa Libra Terminal 35 S.A.

2. Ao apreciar o exame que versou sobre a representação, este Tribunal proferiu o Acórdão 1.171/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, o qual determinou, entre outras deliberações:

9.6. determinar à SeinfraPortoFerrovia que:

(...)

**9.6.2. autue processo apartado, com cópia das peças pertinentes dos**

presentes autos, para apurar:

**9.6.2.1. as responsabilidades pelo descumprimento do art. 13, §§ 1º, II, e 8º, do Decreto 8.465/2015;**

**9.6.2.2. a fundamentação e o interesse público que sustentam a opção por unificar e prorrogar antecipadamente os contratos relativos aos terminais 33, 35 e 37, em detrimento da licitação daquelas áreas, dando oportunidade à atual arrendatária para que se manifeste;**

**9.6.2.3. as responsabilidades pela morosidade na efetiva instalação do procedimento arbitral e pelo descumprimento ao subitem 5.5 e aos subitens 5.5.1 e 5.5.2 do termo de compromisso arbitral celebrado, em 2/9/2015, pela União e a Codesp, de um lado, com as empresas Libra Terminais S.A. e a Libra Terminal 35 S.A. (atual denominação: Libra Terminal Santos S.A.), do outro**  
**9.6.2.4. a ocorrência de violação aos arts. 9º, § 4º, inciso II, e 13, § 7º, do Decreto 8.465/2015 e ao art. 7º, I, da Portaria SEP/PR 349/2014, bem como as respectivas responsabilidades.**

3. Nessa circunstância, a presente instrução tem por objetivo realizar a análise das razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis acerca das eventuais irregularidades indicadas no decisor.

4. Insta observar a interposição de pedidos de reexame contra o acórdão transcrito anteriormente, interpostos pelo Ministério da Infraestrutura e pela empresa Libra Terminais S/A, concernente à determinação à pasta ministerial que declarasse nulo o segundo termo aditivo ao Contrato PRES 32/1998, por ilegalidade insanável e expressiva potencialidade de dano ao erário. Tais pedidos já foram julgados pelo Acórdão 1.039/2019-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, negando-lhes provimento.

#### **HISTÓRICO**

**5. Na esfera do TC 012.558/2016-8, foi realizada auditoria de conformidade com vistas a examinar e avaliar as prorrogações antecipadas de contratos de arrendamentos portuários, à luz da Lei 12.815, de 5 de junho de 2013 (Lei dos Portos).**

6. No decorrer da fiscalização foram solicitados documentos relacionados a alguns desses contratos renovados antecipadamente. Dentre eles, o Contrato PRES 32/1998, cujo segundo termo aditivo foi objeto de representação no âmbito do TC 024.631/2016-7.

7. Inclusive, faz-se relevante informar que **o denominado Contrato PRES 32/1998 é consequência da unificação de três contratos de arrendamento portuário realizada por intermédio do aditivo assinado em 2/9/2015. São eles: Contrato 32/1998 (arrendamento do Terminal 35), Contrato DP/019.2000 (arrendamento do Terminal 33) e Contrato PRES 11/1995 (arrendamento do Terminal 37), todos de titularidade do grupo Libra.**

**8. Ademais, foi permitido o adensamento de área localizada entre os terminais 35 e 37 (intitulada “enclave”). Foi atribuído ao Contrato PRES 32/1998 o valor total de R\$ 11.594.147.782,65, cujo prazo final foi prorrogado para o dia 4/9/2035.**

9. Destaca-se que, anteriormente à assinatura do termo aditivo, o grupo Libra vinha discutindo com a Codesp valores contratualmente exigidos. Por isso, diversas ações judiciais foram movidas por ambas as partes a fim de pleitear quais seriam os valores devidos pela Libra Terminais S.A. à Codesp, sem que se tenha chegado a um consenso antes da prorrogação antecipada do contrato.

10. Necessário mencionar, ainda, que, entre dezembro/1998 e setembro/2014, a Codesp considerava como devido pela Libra Terminais S.A. para fins de aluguel e tarifa de movimentação o montante de R\$ 1 bilhão (em valores históricos). Com a instituição da prorrogação antecipada em 2013 mediante o art. 57 da Lei dos Portos, a Libra Terminais solicitou tal modalidade de prorrogação, indicando que os valores contratuais objetos da disputa com a Companhia Docas seriam decididos via arbitragem.

11. Assim, no mesmo dia, 2/9/2015, foram assinados o termo aditivo de prorrogação contratual e o Termo de Compromisso Arbitral (TCA) entre a União, a Codesp e a Libra Terminal 35 S.A., com interveniência da Antaq, finalizando os processos judiciais que debatiam os montantes devidos pelo grupo Libra à Codesp e estipulando que essas controvérsias seriam discutidas pela arbitragem.

12. Tal procedimento tem previsão no § 1º do art. 62 da Lei 12.815/2013, que possibilita a resolução de conflitos relativos aos débitos, para fins de prorrogação antecipada, por meio da arbitragem. Para isso, no entanto, a arrendatária deve cumprir as obrigações contratuais vigentes e seguir os requisitos estabelecidos pelo Decreto 8.465, de 8 de junho de 2015, que regulamentou a arbitragem para dirimir conflitos no âmbito do setor portuário, revogado pelo Decreto 10.025/2019, mas vigente à época da análise e assinatura do 2º Termo Aditivo.

13. Acontece que, apesar da aprovação das obrigações contratuais por parte da Autoridade Portuária, foi destacado pela Codesp em relatório circunstanciado que existiam valores contratuais que não estavam sendo pagos integralmente pela arrendatária. Além do mais, entre as condições exigidas pelo Decreto 8.465/2015 em seu art. 13, §1º, inciso II, encontra-se o prévio pagamento da quantia correspondente ao valor provisório da obrigação litigiosa fixado pelo árbitro. Uma vez que o termo aditivo de prorrogação foi assinado no mesmo dia do termo de compromisso arbitral, não houve a nomeação do árbitro antes da prorrogação e sequer, então, a definição desse valor de caução.

14. Dessa maneira, diante da alta relevância, alto risco e alta materialidade da prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, a equipe de auditoria alvitrou a instauração de processo de representação, no intuito de avaliar de forma mais robusta o mérito da matéria.

15. Destaque-se que em 27/7/2018, conforme noticiado no sítio eletrônico do jornal Valor Econômico (<https://www.valor.com.br/empresas/5693715/justica-aceita-pedido-de-recuperacao-judicial-do-grupo-libra>, acesso em 23/1/2019), o Grupo Libra teve o seu pedido de recuperação judicial aceito pelo juiz da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo pedido este realizado no dia 25/7/2018 em caráter de urgência.

16. Ainda deve ser destacado que em 7/1/2019 foi exarada a sentença arbitral parcial (peça 17, p. 203), que julgou procedentes os pedidos da Codesp e da União, e julgou improcedentes os pedidos do grupo Libra.

17. Tais acontecimentos, posteriores à prolação do Acórdão 1.171/2018-TCU-Plenário, de 23/5/2018, corroboram a forma temerária como foi assinado o Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/1998, celebrado, em 2/9/2015, com a Libra Terminais S.A. e materializam os riscos apontados pelo Tribunal no deslinde da representação (TC 024.631/2016-7).

18. Na supracitada representação foram realizadas diligências e oitivas dos órgãos responsáveis, cujas informações e argumentos recebidos não foram suficientes para justificar a celebração do segundo termo aditivo nas condições expostas, o que levou a Ministra Relatora a determinar instituição de processo apartado para que fossem apuradas as responsabilidades.

**19. Em atendimento ao disposto no item 9.6.2 do Acórdão 1.171/2018-TCU-Plenário (peça 1), foram realizadas as audiências dos responsáveis e também a oitiva do Grupo Libra S/A, para que se manifestasse caso entendesse pertinente.**

20. O Grupo Libra S/A não se manifestou acerca da oitiva enviada.

21. Assim, a partir desse ponto, passa-se à análise das razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis acerca das irregularidades indicadas no decisum." (com destaque)

3. Cabe acrescentar que o eg. TCU ao realizar o exame técnico do caso em questão, concluiu pela existência de irregularidades na conduta do interessado Angelino Caputo e Oliveira, uma vez que *"deveria ter registrado no termo circunstanciado o descumprimento da MMC ao contrário de atestar as obrigações do Contrato PRES 32/1998"* e do interessado José Alex Botelho de Oliva, uma vez que *"deveria ter tomado as medidas para iniciar o procedimento arbitral à época da aquisição de eficácia do compromisso arbitral"*, sendo que, em ambos os casos, deixou sugerir a aplicação de multa *"por entender-se tal medida demasiadamente grave, tendo em vista a declaração de nulidade do contrato, a ocorrência de nova licitação para as áreas em questão e a ausência de prejuízo ao erário"*.

4. Nesse sentido, foi prolatado o Acórdão nº 1619/2022-TCU-Plenário (SUPER nº 4399263 - fls. 7 a 8) e, posteriormente, encaminhado à Autoridade Portuária de Santos que, por intermédio do SPA/DIPRE-GD/256.2022 (SUPER nº 4399263, fl. 2), reencaminhou os autos à Corregedoria-Geral da União, tendo em vista a ausência de competência apuratória disciplinar daquela Corregedoria da Autoridade Portuária.

5. Em análise preliminar feita pela Coordenação-Geral de Admissibilidade Correcional da Controladoria-Geral da União (CRG/CGU), por meio da Nota Técnica nº 2135/2023/COAC/DICOR/CRG (SUPER nº 4399263, fls. 86 a 88), concluiu-se pelo arquivamento do processo por falta de competência *"para punir ex-dirigentes de estatal sem vínculo com a Administração Pública"*.

6. É o que importa relatar. Passo ao exame dos fatos.

## **II - FUNDAMENTAÇÃO:**

7. Entendo que diante do conjunto probatório, já é possível prosseguir com a análise de admissibilidade da denúncia, conforme explico a seguir.

8. Inicialmente, cumpre destacar que os interessados **JOSÉ ALEX BOTELHO DE OLIVA e ANGELINO CAPUTO E OLIVEIRA** ocuparam, à época dos fatos, o cargo de Diretor-Presidente da Companhia Doca do Estado de São Paulo (CODESP), o qual se encontra abrangido no rol das autoridades enumeradas no art. 2º, III, do Código de Conduta da Alta Administração Federal (CCAAF), estando, portanto, submetidos à competência investigatória da CEP. Veja-se::

"Art. 2º As normas deste Código aplicam-se às seguintes autoridades públicas:

I - Ministros e Secretários de Estado;

II - titulares de cargos de natureza especial, secretários-executivos, secretários ou autoridades equivalentes ocupantes de cargo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, nível seis;

III - presidentes e **diretores** de agências nacionais, autarquias, inclusive as especiais, fundações mantidas pelo Poder Público, empresas públicas e **sociedades de economia mista.**" (com destaque).

9. *In casu*, tem-se representação formulada pela equipe de auditoria do eg. TCU, no âmbito do TC 024.631/2016-7, a qual detectou irregularidades na conduta do interessado **José Alex Botelho de Oliva**, por não ter tomado as medidas para iniciar o procedimento arbitral à época da aquisição de eficácia do compromisso arbitral, e do interessado **Angelino Caputo e Oliveira**, por não ter registrado no termo circunstanciado o descumprimento da MMC ao contrário de atestar as obrigações do Contrato PRES 32/1998.

10. Dessa forma, concluo que estas irregularidades, por si só, não se mostram passíveis de punição **na esfera ética**, a não ser que se tivesse sido demonstrada, claramente, a ocorrência de um desvio ético na motivação dos atos. Nessa toada, já posso antecipar minha convicção no sentido de que não identifiquei tal circunstância (vício ético na motivação dos atos administrativos praticados pelos representados) nos autos, conforme razões a seguir aduzidas.

11. Primeiramente, cabe acrescentar que o eg. TCU promoveu a audiência dos interessados, por meio do Processo nº TC 027.560/2018-0 (SUPER nº 4399263, fls. 10 a 36), com os seguintes registros:

**"Responsável: José Alex Botelho de Oliva (Diretor-Presidente da Codesp à época).**

139. O responsável tomou ciência da audiência conforme documento constante da peça 39, tendo apresentado, tempestivamente, suas razões de justificativa, de acordo com documento constante da peça 54, quanto as seguintes condutas: morosidade na efetiva instalação do procedimento arbitral e descumprimento ao subitem 5.5 e aos subitens 5.5.1 e 5.5.2 do termo de compromisso arbitral celebrado, em 2/9/2015, pela União e a Codesp com as empresas Libra Terminais S.A. e a Libra Terminal 35 S.A. (atual denominação: Libra Terminal Santos S.A.).

140. **O peticionário iniciou suas alegações afirmando que possui uma série de restrições de liberdade, por ordem judicial, entre elas a de se comunicar com demais funcionários da Codesp. Desse modo, não teria como ter acesso a cópias de documentos** (peça 54).

141. **Em seguida, relatou que tomou posse no cargo de Presidente da Codesp em 9/11/2015 e somente recebeu as informações do processo da Libra Terminais S.A. no início de 2016. Acrescentou que após o conhecimento dos fatos, solicitou que fossem tomadas as medidas necessárias para agilizar os procedimentos e acompanhamento do processo** (peça 54, p. 1).

142. **Finalizou explicando que a burocracia e a demora nas ações independem da vontade do gestor e que todos os atos referentes ao processo eram aprovados pelos diretores em reuniões da Diretoria Executiva (DIREX) e do Conselho de Administração (CONSAD)** (peça 54, p.2).

**Análise**

143. À luz do Acórdão 3.890/2017-Primeira Câmara, de relatoria do Min. Walton Alencar Rodrigues:

Cabe ao responsável o ônus de produzir defesa especificada, sob pena de

presumirem-se verdadeiras as alegações de fato não impugnadas (art. 341 da Lei 13.105/2015). A defesa genérica produz efeitos semelhantes ao da revelia (art. 344 do CPC). Escapam da presunção de veracidade apenas as situações descritas no art. 345 do CPC, em especial a identificação de que as alegações formuladas são inverossímeis ou estão em contradição com prova dos autos.

144. Assim, **os argumentos sobre a restrição de liberdade não devem prosperar. A alegação de estar impedido de se comunicar com os servidores da Codesp não é motivo suficiente para justificar a falta de apresentação de sua defesa. O responsável, em liberdade provisória e impedido de ter contato com outros investigados e testemunhas em processo judicial, não comprovou estar impedido de colher documentos para sua defesa nos presentes autos e poderia, em última instância, recorrer ao Judiciário para obtenção das provas que entendesse pertinente junto à Codesp.**

145. Quanto à morosidade na instalação do procedimento arbitral, o responsável alegou que somente tomou posse no cargo de Presidente da Codesp em 9/11/2015.

146. Neste ponto cabe tecer alguns comentários acerca do procedimento arbitral.

147. **O TCA sob análise (peça 7) foi assinado em 2/9/2015 pela União e a Codesp, de um lado, com o grupo Libra, do outro, adquirindo eficácia apenas em 4/4/2016, após homologação do acordo nos processos judiciais em curso (peça 11, p. 4).**

148. Além do mais, o Termo de Arbitragem que deu efetivo início ao procedimento arbitral foi celebrado somente em 4/9/2017, dois anos depois de assinado o aditivo de prorrogação antecipada (peça 12). Todavia, em consonância com o item 5.1 do TCA (peça 7, p. 12), tal ajuste deveria ter sido firmado assim que verificada a data da eficácia, ou seja, em 4/4/2016.

149. De igual modo, não obstante o prazo inicial para a sentença, fixado em 24 meses a contar da data da eficácia do compromisso arbitral, foi ele adiado a partir do mero acordo entre as partes, contrariando o item 5.5.1 do TCA, cujo teor permitia o adiamento do prazo de sentença apenas por solicitação dos árbitros.

150. Nesse sentido, vale reproduzir o item 9.6 do Termo de Arbitragem firmado em 4/9/2017 (peça 12, p. 15):

Considerando que a Data de Eficácia prevista no Termo de Compromisso ocorreu em 04/04/2016, porém, o presente Termo de Arbitragem para início do procedimento somente foi firmado na data de hoje, as Partes concordam que, para pleno exercício do seu direito de defesa, produção de provas necessárias e contraditório, o prazo final para prolação da Sentença Definitiva será de 24 (vinte e quatro meses) a contar de hoje, 04/09/2017, sem prejuízo da possibilidade de eventual prorrogação, nos termos do artigo 8º, IV, do Decreto 8.465/2015 e item 5.5.1 do Termo de Compromisso.

151. **Destaca-se que, à época da aquisição de eficácia do compromisso arbitral (4/4/2016), o responsável já tinha solicitado que fossem tomadas as medidas necessárias para agilizar os procedimentos e acompanhamento do processo (peça 54, p. 1). Portanto não há justificativa plausível para não iniciar o procedimento arbitral assim que constatada a aquisição de eficácia.**

152. Nesse sentido, entende-se que o gestor foi o responsável tanto pela morosidade na instalação do procedimento arbitral, quanto pelo descumprimento do item 5.5.1 do TCA, que apenas permitia o adiamento do prazo de sentença por solicitação dos árbitros e não por acordo entre as partes (item 9.6 do Termo de Arbitragem).

153. Diante do exposto, entende-se que as razões de justificativa do Sr. José Alex Botelho de Oliva devem ser rejeitadas, uma vez que, como Diretor-Presidente da Codesp à época, deveria ter tomado as medidas para iniciar o procedimento arbitral à época da aquisição de eficácia do compromisso arbitral.

154. Nesse sentido, dever-se-ia sugerir aplicar ao responsável a multa prevista no inciso II, art. 58, da Lei 8.443/1992.

155. Entretanto, assim como sopesado para os demais defendentes, **cabe ressaltar que as atitudes do responsável não geraram quaisquer prejuízos ao erário. Ademais, houve a declaração de nulidade do termo aditivo celebrado e também uma nova licitação para as áreas abrangidas pelo instrumento contratual.**

156. Por fim, destaca-se que o a sentença final da arbitragem, proferida em 7/1/2019, teve decisão favorável à Autoridade Portuária, condenando o Grupo Libra ao pagamento dos valores devidos.

157. Importante destacar a jurisprudência do TCU, que no enunciado do Acórdão 70/2020-TCU- Plenário, de relatoria do Min. Aroldo Cedraz, entendeu que:

Em caráter excepcional, havendo circunstâncias atenuantes e inexistindo quaisquer indícios de prejuízo ao erário ou de locupletamento, pode o TCU rejeitar as razões de justificativa do responsável, sem, contudo, aplicar-lhe a multa do art. 58 da Lei 8.443/1992, com base na interpretação do art. 22, § 2º, do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb).

**158. Assim, deixa-se de sugerir a aplicação de multa ao responsável, por entender-se tal medida demasiadamente grave, tendo em vista a declaração de nulidade do contrato, a ocorrência de nova citação para as áreas em questão e a ausência de prejuízo ao erário, como já analisado nos parágrafos 133 a 138 desta instrução.**

**Responsável: Angelino Caputo e Oliveira (Diretor-Presidente da Codesp à época).**

159. O responsável tomou ciência da audiência conforme documento constante da peça 38, tendo apresentado, tempestivamente, suas razões de justificativa, de acordo com documento constante da peça 55, quanto as seguintes condutas: ter assinado o compromisso arbitral sem a homologação de acordo judicial em que as partes se comprometeriam a levar a questão ao juízo arbitral, contrariando ao disposto no art. 9º, § 4º, do Decreto 8.465/2015 e ter assinado o relatório circunstanciado em que atesta o cumprimento das obrigações contratuais do grupo Libra, sem considerar o descumprimento da MMC, contrariando ao estabelecido no art. 7º, inciso I, da Portaria SEP/PR 349/2014.

160. **Quanto à alegação de ter assinado o compromisso arbitral sem a homologação de acordo judicial em que as partes se comprometeriam a levar a questão ao juízo arbitral, contrariando ao disposto no art. 9º, § 4º, do Decreto 8.465/2015, o defendente argumentou que o próprio Termo de Compromisso Arbitral continha cláusulas prevendo que sua eficácia estava totalmente condicionada à petição de desistência das ações judiciais em curso, bem como sua homologação pelos juízos competentes (peça 55, p. 1).**

161. **Acrescentou que a AGU sustenta a tese de que a celebração do compromisso arbitral deveria ser prévia e não posterior à extinção dos processos judiciais em curso e que tal entendimento foi acolhido pela Secretaria de Recursos deste Tribunal e também pelo MPTCU (peça 55, 1-3).**

162. **Em relação à suposta irregularidade de ter assinado o relatório circunstanciado em que atesta o cumprimento das obrigações contratuais do grupo Libra, sem considerar o descumprimento da MMC, contrariando ao estabelecido no art. 7º, inciso I, da Portaria SEP/PR 349/2014, o peticionário informou que relatório circunstanciado, por ele assinado, considera sim o não cumprimento da MMC contratada, detalhando inclusive a movimentação efetiva realizada ano a ano, bem como a diferença em relação à MMC. Por isso, sua conclusão foi com ressalva (peça 55, p. 3-4).**

163. **Por fim, destacou que uma das principais questões que estavam motivando o juízo arbitral era justamente o não cumprimento da MMC, por fatores que poderiam ser tanto de responsabilidade da Libra como da Codesp. As demais condições estavam realmente sendo atendidas, o que foi atestado pelo relatório (peça 55, p. 4).**

#### **Análise**

164. **Inicialmente, em relação à suposta irregularidade acerca da assinatura do compromisso arbitral sem a homologação de acordo judicial em que as partes se comprometeriam a levar a questão ao juízo arbitral, o responsável argumentou que o próprio Termo de Compromisso Arbitral continha cláusulas prevendo que sua eficácia estava totalmente condicionada à petição de desistência das ações judiciais em curso, bem como sua homologação pelos juízos competentes.**

[...]

168. **Por fim, considerando os argumentos da defesa, entende-se que podem ser aceitas as razões de justificativa quanto a este ponto.**

169. **Quanto à suposta irregularidade de ter assinado o relatório circunstanciado em que atesta o cumprimento das obrigações contratuais do grupo Libra, sem considerar o descumprimento da MMC, o responsável respondeu que assinou o termo circunstanciado com ressalvas, no sentido de deixar assente que a MMC não estava sendo cumprida.**

170. **Nesse sentido, o art. 7º, inciso I, da Portaria SEP/PR 349/2014 dispõe que o cumprimento das obrigações contratuais vigentes é um critério que deve ser observado na prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário, ficando a cargo da Autoridade Portuária a competência de aferir tal cumprimento por meio de relatório circunstanciado.**

171. **O Termo Circunstanciado assinado pelo peticionário concluiu que: “considerando o**

disposto neste relatório, ressalvadas as questões que estão motivando o juízo arbitral, consideramos atendidas as condições relativas ao Artigo 8º da Portaria nº 349, de 30-09-2014, da SEP”.

172. Conquanto o estabelecimento de ações judiciais em razão de pagamentos a menor por parte do grupo Libra, cuja dívida já atingia o patamar considerável de 2 bilhões de reais segundo a própria Codesp, a Autoridade Portuária atestou o cumprimento das obrigações contratuais da arrendatária, no sentido de aprovar a prorrogação dos contratos.

173. Assim dispôs o Termo Circunstanciado assinado pelo alegante quanto ao cumprimento da MMC em cada contrato da Libra:

Contrato DP 19/2000

O cumprimento das MMCs previstas contratualmente não está sendo fisicamente alcançado nos últimos anos, efetuando a LIBRA, porém, o pagamento do valor correspondente, em conformidade com o Contrato (peça 8, p. 3) Contrato PRES 32/1998

Ainda, registra-se que a arrendatária também pleiteia o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato na ação ordinária nº 0014006-67.2007.403.6104, em trâmite perante a 3ª Vara Federal em Santos/SP, de forma a alterar as bases contratuais, incluindo-se as metas de movimentação compromissadas. A Libra realiza os depósitos relativos ao valor do arrendamento no âmbito da ação consignatória 562.01.2004.019750-3, em trâmite perante a 12ª Vara Cível da Comarca de Santos/SP.

Destacamos que ambas as demandas ainda não possuem decisão transitada em julgado, e a CODESP está "impedida de praticar qualquer medida que dificulte, prejudique ou impeça as operações da empresa Libra Terminal 35 S/A junto ao terminal 34/35 do Porto de Santos", conforme decisão judicial exarada no âmbito da ação cautelar 2003.61.04.005951-2 (em trâmite perante a 3ª Vara Federal da Comarca de Santos/SP), **razão pela qual está descaracterizado, por ora, o inadimplemento nesse ponto** (peça 8, p. 5). (grifo nosso)

Contrato PRES 11/1995

Ademais, salienta-se que a arrendatária efetuou o pagamento de R\$ 635.0243,11, referente à diferença entre o montante movimentado no biênio 2013/2015 e a movimentação mínima estabelecida. Por estas razões, fica evidenciado o adimplemento às condições estabelecidas.

**174. Nesse passo, em que pese a situação jurídica na qual se encontrava o contrato, entende-se que a prorrogação do arrendamento objeto do Contrato PRES 32/1998 contrariou o disposto no art. 7º, inciso I, da Portaria SEP/PR 349/2014, já que a Codesp não registrou o descumprimento da MMC ao atestar suas obrigações contratuais.**

**175. Desse modo, entende-se que devam ser rejeitadas as razões de justificativa quanto a este ponto.**

176. Isso posto, entende-se que **as razões de justificativa do Sr. Angelino Caputo e Oliveira devam ser acolhidas parcialmente, uma vez que, como Diretor-Presidente da Codesp à época, deveria ter registrado no termo circunstanciado o descumprimento da MMC ao contrário de atestar as obrigações do Contrato PRES 32/1998.**

177. Entretanto, **deixa-se de sugerir a aplicação de multa ao responsável, por entender-se tal medida demasiadamente grave, tendo em vista a declaração de nulidade do contrato, a ocorrência de nova licitação para as áreas em questão e a ausência de prejuízo ao erário, como já analisado nos itens 132 a 136 desta instrução.**" (com destaque)

12. Nesse sentido, ao analisar a responsabilização administrativa das autoridades, a CGU concluiu pela impossibilidade de responsabilização, tendo em vista *"que o Estatuto da Autoridade Portuária de Santos não prevê a possibilidade expressa de responsabilização de ex-dirigentes, nos termos em que é necessário"*, nos termos da Nota Técnica nº 2135/2023/COAC/DICOR/CRG (SUPER nº 4399263, fls. 86 a 88).

13. Nesse cenário, a discussão cingiu-se aos erros administrativos decorrentes da prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/1998, celebrado entre a União, por intermédio da extinta Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), e a empresa Libra Terminais S.A., com interveniência da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), da Companhia Docas do Estado de São Paulo

(Codesp).

14. Registra-se que não cabe à CEP analisar a legalidade dos atos administrativos realizados pelos gestores públicos, no âmbito de sua competência legal, em respeito à autonomia administrativa dos órgãos e à discricionariedade inerente ao cargo de administrador público, sob pena de realizar ingerência indevida em questões consideradas de natureza *interna corporis*, conforme destacado em alguns dos precedentes abaixo colecionados, a saber:

**Processo 00191.000453/2017-92** - Denúncia contra Presidente Anatel. Relator Conselheiro José Saraiva. Seleção interna de candidatos para provimento de cargo em comissão. Discricionariedade do gestor. Instância administrativa. Matéria extrapola a competência desta CEP. Arquivamento.

**Processo 00191.000199/2020-28** - Consulta formulada pela Comissão de Ética da Universidade Federal do Triângulo Mineiro. Relator: Conselheiro Ruy Altenfelder. Dúvida jurídico-administrativo. Organização administrativa nos órgãos e entidades. Matéria interna corporis. Extrapola a competência da Comissão de Ética Pública.

**Processo 00191.000193/2021-31** - Denúncia contra autoridades da UFVJM. Relator: Conselheiro Antônio Carlos Vasconcellos Nóbrega. Nomeação de servidores para cargos de confiança é ato discricionário do gestor, sempre nos limites de sua competência e respeitados os preâmbulos legais, estando afastada desse tipo de matéria qualquer interferência por parte da CEP.

16. Acresce-se, ainda, que não é atribuição desta CEP a realização de perícias e auditorias. Veja-se o seguinte precedente, à luz do voto proferido no Processo nº 00191.000057/2017-65:

"(...) 21. Com efeito, **não é atribuição desta Comissão de Ética Pública a realização de perícias e auditorias em processos licitatórios, até em razão do fato de que tal exame não teria como destino a busca por infrações éticas**, devendo a representação dispor de informações mínimas que possam indicar uma falta ética ou, mesmo, apontar os meios possíveis para a obtenção dos indícios necessários à sustentação dos fatos apontados. Não basta, portanto, o simples relato de fatos ou conjecturas, são necessárias provas ou elementos viáveis que sustentem as acusações éticas." **(negritei)**

17. Assim, ante a não constatação de indícios de dolo ou má-fé nas condutas dos ex-dirigentes da CODESP, segundo a minuciosa auditoria promovida pelo órgão de controle externo, e respectivo julgamento pelos i. Ministros da Corte de Contas, no âmbito do Processo nº TC 027.560/2018-0, entendo que carece de materialidade que traga robustez ao conjunto probatório, apta a sustentar a instauração de processo de apuração ética, nos moldes do exigido expressamente pelo art. 18. do CCAAF, que impõem a inequívoca identificação de indícios mínimos de materialidade, sem perder de vista que o assunto sob relevo já foi exaustivamente analisado, no âmbito do eg. TCU, conforme exposto nos parágrafos anteriores.

18. Reforça-se que, não obstante o eg. TCU tenha detectado as irregularidades na conduta dos interessados, a Corte de Contas absteve-se de imputar sanção aos responsáveis (multa) por ser considerada como medida demasiadamente grave, em face de circunstâncias atenuantes (declaração de nulidade do contrato, ocorrência de nova licitação para as áreas em questão e ausência de prejuízo ao erário).

19. Dessa forma, concluo que estas irregularidades, por si só, não se mostram passíveis de punição **na esfera ética**, a não ser que se tivesse sido demonstrada, claramente, a ocorrência de um desvio ético na motivação dos atos. Nessa toada, não identifiquei tal circunstância (vício ético na motivação dos atos administrativos praticados pelos interessados) nos autos.

20. No que se refere à instrução probatória, comungo dos ensinamentos do então Conselheiro Paulo Henrique dos Santos Lucon, expostos no voto vencedor do Processo nº 00191.000569/2018-11, prolatado na 201ª Reunião Ordinária, de 21 de janeiro de 2019, quando assentou que a eventual condenação por alegado desvio ético, porquanto impõe sanções restritivas a direitos, exige acervo probatório robusto. Vejamos:

*O poder punitivo estatal é exercido visando a proteção dos bens jurídicos socialmente relevantes, reforçando os alicerces que fundam a sociedade. Por ser preordenado à restrição de direitos o processo sancionador exige um maior grau probatório para fins de eventual condenação.*

*É de extrema importância para a maior segurança no juízo de fato, o estabelecimento de parâmetros adequados e racionalmente controláveis de apreciação da prova, com a indicação do grau de convencimento exigido quanto aos fatos.*

*Por isso, em relação ao exame das provas, é necessário fixar, de antemão o modelo de verificação a ser empregado. É com base nele que determinada prova será considerada como apta ou suficiente para a comprovação de determinado fato ou alegação.*

*Nessa toada, aplica-se ao caso a teoria dos modelos de constatação que explicita os padrões de convencimento fático, que variam conforme a matéria submetida à julgamento. Como bem explica o professor Danilo Knijnik:*

*“De forma geral, existem dois modelos de constatação fundamentais extremos, dos quais dois modelos de constatação fundamentais extremos, dos quais se pode partir e aos quais se agrega um terceiro, de natureza intermediária, formando-se uma estrutura de três modelos, quais sejam, o juízo de fato formado a partir de uma preponderância de provas, de uma prova clara e convincente (intermediário) e de uma prova além da dúvida razoável.*

*(...)*

*Desta maneira, é necessário empregar um standard de prova compatível com o bem jurídico colocado em jogo, que transcende a esfera meramente patrimonial e insere-se no âmbito dos direitos relacionados à cidadania.*

*Eventual condenação por alegado desvio ético cometido por alto funcionário da administração federal, como em análise, impõe sanções restritivas a direitos e, nesse viés, exige um standard probatório mais robusto.*

*Daí decorre a necessidade de a parte que pretende obter um juízo de reprovabilidade “convencer o julgador de que a verdade de sua proposição é altamente provável, mais do que simplesmente ‘mais provável do que não’”, o que se traduz pelo standard de prova clara e convincente, que é mais rigoroso do que a mera preponderância de provas dos litígios civis comuns, mas menos exigente do que a inexistência de dúvida razoável própria dos processos penais”.*

21. Resta-me afirmar, portanto, que não há, nos autos, provas cabais sobre ilícitos praticados pelo interessados, não se podendo falar, conseqüentemente, na prática de condutas antiéticas, nos moldes aqui relatados.

22. Vale, ainda, apontar que, conforme consta do Processo nº 00191.000832/2019-44, em voto aprovado na 233ª Reunião Ordinária, realizada em 25 de outubro de 2021, a instauração de processo de apuração ética, ante à falta de indícios poderia configurar abuso de autoridade, nos termos da Lei nº 13.869, de 2019, que, em seu art. 27, aponta como indevido “*requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa*”.

23. Ante o exposto, não vislumbro elementos mínimos quanto a eventual desrespeito aos padrões éticos vigentes, não cabendo instauração de processo de apuração ética em face dos interessados **JOSÉ ALEX BOTELHO DE OLIVA e ANGELINO CAPUTO E OLIVEIRA, ambos ex-Diretores da Companhia Doca do Estado de São Paulo (CODESP).**

### **III - CONCLUSÃO:**

24. Em face de todo o exposto, com base na análise da instrução processual desta fase preliminar de admissibilidade, e considerando ausentes indícios mínimos de materialidade de atos que justifiquem a instauração de processo ético, proponho o **ARQUIVAMENTO** do feito em face dos interessados **JOSÉ ALEX BOTELHO DE OLIVA e ANGELINO CAPUTO E OLIVEIRA, ambos ex-Diretores da Companhia Doca do Estado de São Paulo (CODESP)**, sem prejuízo de possível reapreciação do tema, caso surjam outros fatos específicos e elementos suficientes para tanto.

25. É como voto.

26. Dê-se ciência aos interessados.

**EDVALDO NILO DE ALMEIDA**

Conselheiro Relator



Documento assinado eletronicamente por **Edvaldo Nilo de Almeida, Conselheiro(a)**, em 21/08/2024, às 00:40, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º, do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade do documento pode ser conferida informando o código verificador **4970227** e o código CRC **EFDCFD85** no site:

[https://super.presidencia.gov.br/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://super.presidencia.gov.br/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0)

Referência: Processo nº 00191.001246/2023-01

SUPER nº 4970227