

VOTO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela Federação Nacional dos Portuários em face do Acórdão nº 402/2013 - Plenário, prolatado nos autos deste processo de denúncia, convertida posteriormente em representação, formulada pela Federação Nacional dos Portuários para apuração de supostas irregularidades envolvendo os terminais privativos de uso misto (TUPM) e a atuação da Agência Nacional de Transporte Aquaviário (Antaq), com o seguinte teor:

9.1. com fundamento no art. 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU, conhecer da presente representação para, no mérito:

9.1.1. considerar improcedente o pedido do autor da Representação no sentido de requerer a apuração de eventuais irregularidades, suas repercussões cíveis, penais e disciplinares, bem como seus responsáveis, inclusive, se fosse o caso, oficiar à Procuradoria-Geral da República;

9.1.2. considerar prejudicados os demais pedidos formulados pelo autor da Representação, por perda de objeto :

9.1.2.1. suspensão do funcionamento dos terminais de uso misto que não comprovem a preponderância de movimentação de carga própria;

9.1.2.2. promoção da adequação das autorizações já expedidas aos termos legais;

9.1.2.3. explicitação do conceito de carga própria, levando-se em conta o traço de verticalização, de modo que a produção e o seu escoamento via porto componham os elos de uma mesma cadeia econômica;

9.1.2.4. exigência para a outorga das autorizações estudo de viabilidade técnica e econômica que justifique, por si só, a construção e a operação de terminais privativos de uso misto, em consonância com a Resolução - Antaq 517/2005 e o Decreto 6.620/2008;

9.2 determinar a SefidTrans que autue processo e, no prazo de trinta dias após a promulgação/sanção da MP 595/2012, ultime estudos sobre os impactos no setor portuário e nos serviços de dragagem;

9.3 encaminhar ao Procurador da República no Estado da Bahia, José Alfredo de Paula Silva, como também aos demais interessados, cópia deste Acórdão e do Relatório e Voto que o fundamentam;

9.4. arquivar o presente processo.

A Embargante apresenta as seguintes alegações:

- A primeira omissão consiste na ausência de análise por este E. Tribunal de Contas de fato decisivo, apontado na Representação, de que, antes da outorga de vários Termos de Autorização, já estava em pleno vigor a Resolução – ANTAQ nº 517, cujo *art. 5º*, inciso II, "c", em harmonia com os incisos III e IV, do *art. 2º* da mesma Resolução, a reclamar que o escoamento de carga própria fosse suficiente para justificar os investimentos no Terminal Privativo Misto.

- Outrossim, o v. acórdão objurgado deixou de se pronunciar quanto a situação dos Terminais de Uso Privativo Misto que não possuíam nenhuma carga própria.

Com fundamento no art. 34 da Lei Orgânica do TCU, conheço dos presentes embargos de declaração.

No mérito, porém, não assiste razão à embargante.

O voto que fundamentou o Acórdão nº 402/2013 – Plenário, ora embargado, teve nada menos do que 37 laudas e abordou detalhada e pontualmente todas as questões alegadas pela embargante em sua representação.

Aliás, contraria frontalmente às provas dos autos a afirmação da embargante de que “antes da outorga de vários Termos de Autorização, já estava em pleno vigor a Resolução – ANTAQ nº 517”, pois, conforme demonstrei em meu voto, à exceção do caso da Embraport, a citada Resolução é posterior a todas as demais autorizações.

De qualquer modo, analisei um a um os casos mencionados pela embargante em sua representação, inclusive o da Embraport, no tocante a todas as questões envolvendo a movimentação de cargas próprias e cargas de terceiro.

Não procedem, portanto, as alegações de omissão apresentadas, nesta oportunidade, pela embargante, conforme se depreende, claramente, do seguinte trecho do meu voto, que bem demonstra a ausência da alegada omissão:

Da verificação quanto à regularidade dos atos praticados pela Antaq:

Das autorizações mencionadas pelo autor da presente representação:

As autorizações concedidas na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, foram formalizadas por meio de contratos de adesão celebrados pelo Ministério dos Transportes com as empresas interessadas. Nesses casos, após a edição da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, que criou a Antaq, referida Agência passou a ratificar essas autorizações concedidas anteriormente pelo Ministério dos Transportes por meio dos aludidos contratos de adesão.

Citadas ratificações passaram a ser feitas pela Antaq por meio de dois documentos. O primeiro é uma resolução que, de modo sucinto, ratificou as autorizações anteriores. O segundo é um termo de autorização, no qual a Antaq disciplinou as condições dessas autorizações.

Para as autorizações concedidas já na vigência da citada Lei nº 10.233, de 05.07.2001, a Antaq, de igual modo, passou a usar os dois documentos acima mencionados, ou seja, a resolução e o termo de autorização.

Apresento a seguir, por ordem cronológica, os casos mencionados pelo autor da representação e ainda o caso de Cotegipe, cujo processo foi apensado a este que ora se analisa.

Caso Cotegipe:

*- **Contrato de Adesão nº 62/98, de 10.09.1998**, celebrado pelo Ministério dos Transportes com a Cotegipe (celebrado após a edição da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, mas anterior à Lei nº 10.233, de 05.07.2001). Autorizou a Cotegipe a construir e explorar um TUPM, **com prazo até 15.07.2012**, prorrogável por igual período, para a movimentação e/ou armazenagem de cargas próprias e de terceiros. O item 3 da cláusula primeira desse contrato **autorizou a Cotegipe a movimentar e/ou armazenar contêineres. Não previu a obrigatoriedade de movimentação preponderante ou complementar de carga de terceiros** (fls. 109-121 do anexo 2 do TC-026.748/2010-0, apensado aos autos deste TC-015.916/2009-0).*

*- **Resolução Antaq nº 482, de 23.08.2005** (editada na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, e da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, mas anterior à entrada em vigor da Resolução/Antaq nº 517, de 18.10.2005). Autorizou a Cotegipe, **sem fazer referência a prazo**, a explorar o seu TUPM, para a movimentação e armazenagem de cargas próprias e, **complementarmente**, cargas de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário (fl. 25 do volume principal do TC-026.748/2010-0, apensado aos autos deste TC-015.916/2009-0).*

- Termo de Autorização Antaq nº 220, de 23.08.2005, (expedido na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, e da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, mas anterior à entrada em vigor da Resolução/Antaq nº 517, de 18.10.2005). Autorizou, por prazo indeterminado, a Cotegipe a explorar o seu TUPM, para a movimentação e armazenagem de cargas próprias e, complementarmente, cargas de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário. O item III do desse documento autorizou a Cotegipe a movimentar contêineres (fl. 26 do volume principal do TC-026.748/2010-0, apensado aos autos deste TC-015.916/2009-0).

Caso Portonave:

- Contrato de adesão celebrado pelo Ministério dos Transportes com a Portonave nº 98/2001, de 30.05.2001 (celebrado na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993 mas anterior à Lei nº 10.233, de 05.07.2001). Autorizou a Portonave a construir e explorar um TUPM, pelo prazo de 25 anos, prorrogável por igual período, na forma da lei, para a movimentação e/ou armazenagem de cargas próprias e de terceiros. Não previu a obrigatoriedade de movimentação preponderante ou complementar de carga de terceiros (fls. 25-37 do anexo 4).

- Resolução Antaq nº 190, de 22.03.2004 (editada na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, e da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, mas anterior à entrada em vigor da Resolução/Antaq nº 517, de 18.10.2005). Ratificou os termos do citado Contrato de Adesão nº 98/2001 (fl. 217 do anexo 6);

- Termo de Autorização Antaq nº 96, de 22.03.2004 (expedido na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, e da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, mas anterior à entrada em vigor da Resolução/Antaq nº 517, de 18.10.2005). Ratificou os termos do citado Contrato de Adesão nº 98/2001 e disciplinou as suas condições. No item V desse Termo de Autorização a Antaq autorizou o transporte das mercadorias especificadas no aludido item “de forma containerizada” (fl. 219 do anexo 6).

Caso Itapoá:

- Resolução Antaq nº 412, de 05.04.2005 (editada na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, e da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, mas anterior à entrada em vigor da Resolução/Antaq nº 517, de 18.10.2005). Autorizou a Itapoá, sem fazer referência a prazo, a construir e explorar um TUPM, para a movimentação e armazenagem de cargas próprias e, complementarmente, cargas de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, na forma e condições fixadas em Termo de Autorização pertinente (fl. 42 do anexo 12).

- Termo de Autorização Antaq nº 202, de 05.04.2005 (expedido na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, e da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, mas anterior à entrada em vigor da Resolução/Antaq nº 517, de 18.10.2005). Autorizou a Itapoá, por prazo indeterminado, a construir e explorar um TUPM, para a movimentação e armazenagem de cargas próprias e, complementarmente, cargas de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário (fls. 43-45 do anexo 12).

O item III do citado Termo de Autorização apresenta a seguinte redação, com os meus grifos:

III. A autorização compreende movimentação de contêineres e graneis sólidos, especificamente, laminados de madeira, madeira proveniente de cultivo próprio, produtos manufaturados de madeira cavacos de madeira e carga geral para movimentação e armazenagem de cargas próprias e, complementarmente, cargas de terceiros, destinadas e provenientes de transporte aquaviário.

Como se vê, referido item incluiu a autorização para a movimentação de contêineres, embora a Resolução Antaq nº 412, de 05.04.2005, que autorizou a Itapoá a construir e explorar um TUPM não tenha feito qualquer menção a este assunto.

Caso Embraport:

- Resolução Antaq nº 550, de 1º.08.2006 (editada na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, e da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, e também da Resolução/Antaq nº 517, de 18.10.2005). Autorizou, **por prazo indeterminado**, a construção e exploração de TUPM, “para a movimentação e armazenagem de cargas próprias e, **complementarmente**, cargas de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, na forma e condições fixadas em Termo de Autorização pertinente” (grifei) (fl. 162 do anexo 17).

- Termo de Autorização Antaq nº 246, de 1º.08.2006 (expedido na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, e da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, e também da Resolução/Antaq nº 517, de 18.10.2005). Autorizou, **por prazo indeterminado**, a construção e exploração de TUPM, “para a movimentação e armazenagem de cargas próprias e, **complementarmente**, cargas de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário” (grifei) (fls. 164-166 do anexo 17).

O referido Termo de Autorização Antaq nº 246, de 1º.08.2006, que autorizou a Embraport a criar e explorar um TUPM, contrariou, expressamente, o disposto no art. 2º, §2º, da Resolução/Antaq nº 517, de 18.10.2005, que, portanto, na data da edição do citado Termo de Autorização já estava em vigor. Aludido dispositivo estabelece expressamente o seguinte:

§ 2º Não se considera como carga própria o seu meio de embalagem e de transporte, tais como contêineres e veículos transportadores.

Não obstante a clareza do texto normativo, o Termo de Autorização da Antaq nº 246, de 1º.08.2006, que autorizou a Embraport a criar e explorar um TUPM, assim dispôs em seu item III, com grifos meus:

III. A autorização compreende a movimentação de cargas próprias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário que serão movimentadas no terminal, a saber: soja em grãos; açúcar a granel; veículos; graneis líquidos; **contêineres** e papel e complementarmente de cargas de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, que serão movimentadas no terminal, a saber: soja em grãos; açúcar a granel; veículos; graneis líquidos; **contêineres** e papel.

Conclusão sobre as autorizações acima mencionadas

Para facilitar a análise reproduzo, abaixo, tabela que consta da instrução da Sefid (fls. 736/737):

Empresa	Investimento (Reais)	Contrato de Adesão (CA)	Termo de Autorização (TA)	Data de emissão	Legislação aplicável
Cotegipe	435 milhões	Contrato de Adesão MT/DPORT 062/98	Termo de Autorização 220/2005-Antaq	10/9/1998 (CA) 23/8/2005 (TA)	Lei 8.630/1993
Portonave	420 milhões	Contrato de Adesão MT/DP 98/2001	Termo de Autorização 096/2004-Antaq	30/5/2001 (CA) 22/3/2004 (TA)	Lei 8.630/1993
Itapoá	500 milhões	-	Termo de Autorização 202/2005-Antaq	5/4/2005	Lei 8.630/1993
Embraport	2,3 bilhões	-	Termo de Autorização 246/2006-Antaq	1/8/2006	Resolução - Antaq 517/2005

Também para facilitar elaborei a tabela abaixo que resume as informações relativas às autorizações das empresas citadas neste processo, quanto ao que constou dos citados documentos sobre a proporcionalidade na movimentação de cargas próprias e de terceiros e ainda sobre a

existência de autorização para a movimentação de contêineres e sobre o prazo da referida autorização.

<i>Empresa</i>	<i>Movimentação de cargas</i>	<i>Movimentação de contêineres</i>	<i>Prazo da autorização</i>
Cotegipe	<i>O contrato de adesão não previa proporcionalidade entre cargas próprias e cargas de terceiros. Depois, o Termo de Autorização da Antaq passou a prever a movimentação de cargas de terceiros de forma complementar.</i>	<i>Autorizou a movimentação de contêineres.</i>	<i>O contrato de adesão previa prazo até 15.07.2012. Depois, o Termo de Autorização da Antaq passou a prever prazo indeterminado.</i>
Portonave	<i>O contrato de adesão não previu proporcionalidade entre cargas próprias e cargas de terceiros. Depois, o Termo de Autorização da Antaq foi silente quanto ao assunto.</i>	<i>Não autorizou a movimentação de contêineres, mas apenas a movimentação, de forma containerizada, da carga especificada no contrato.</i>	<i>Prazo de 25 anos, prorrogável por igual período.</i>
Itapoá	<i>Previu a movimentação de cargas de terceiros de forma complementar.</i>	<i>Autorizou a movimentação de contêineres.</i>	<i>Prazo indeterminado.</i>
Embraport	<i>Previu a movimentação de cargas de terceiros de forma complementar.</i>	<i>Autorizou a movimentação de contêineres.</i>	<i>Prazo indeterminado.</i>

No tocante à proporcionalidade entre cargas próprias e cargas de terceiros:

É de se constatar das autorizações acima mencionadas que os contratos de adesão celebrados com a Cotegipe e com a Portonave ocorreram antes da criação da Antaq, ou seja, na vigência apenas da Lei dos Portos e, assim como a referida lei, não estabeleceram qualquer proporcionalidade entre as cargas próprias e as cargas de terceiros.

No caso da Portonave a Antaq, nos atos de ratificação do aludido contrato de adesão, de igual modo nada dispôs sobre a proporcionalidade entre cargas próprias e cargas de terceiros (Resolução/Antaq nº 190/2004 e Termo de Autorização Antaq nº 96/2004).

No caso da Cotegipe, porém, a Antaq, nos atos de ratificação do aludido contrato de adesão, inseriu a previsão de que a movimentação de cargas de terceiros se daria de forma complementar (Resolução/Antaq nº 482/2005 e Termo de Autorização Antaq nº 220/2005).

Por outro lado, as autorizações deferidas para a Itapoá e a Embraport ocorreram após a criação da Antaq (que se deu com a Lei nº 10.233/2001) e previram o caráter complementar das cargas de terceiros.

Portanto, das quatro autorizações apenas a da Portonave atualmente não especifica a proporcionalidade das cargas próprias com as de terceiros.

Neste caso, porém, considerando que tanto o contrato de adesão quanto os atos de ratificação desse contrato expedidos pela Antaq são anteriores à Resolução/Antaq nº 517/2005, é forçoso admitir que, ao menos **formalmente**, esse contrato de adesão assim como os atos de ratificação baixados pela Antaq relativos à autorização da Portonave não contrariaram o **texto expresso** dos dispositivos legais que, à época, disciplinavam a matéria, que eram as Leis nºs 8.630/1993 e 10.233/2001, ambas silentes quanto à proporcionalidade entre as cargas próprias e as de terceiros.

Quanto às outras três empresas, quais sejam, Cotegipe, Itapoá e Embraport, considerando que os Termos de Autorização expressamente previram que as cargas de terceiros devem ser movimentadas em caráter complementar, de igual modo é forçoso admitir que, ao menos **formalmente**, essas autorizações deferidas pela Antaq não contrariaram o **texto expresso** dos

dispositivos legais que, à época, disciplinavam a matéria, que eram as Leis n°s 8.630/1993 e 10.233/2001, ambas silentes quanto à proporcionalidade entre as cargas próprias e as de terceiros.

Sem dúvida que, quanto a essas três empresas, essa conclusão apontaria para duas providências que caberiam à Antaq, que seriam:

Primeira: definir o que deveria ser entendido como “complementarmente”, para fins de movimentação de cargas de terceiros;

Segundo: fiscalizar o cumprimento desses Termos de Autorização, no que concerne ao respeito à movimentação em caráter complementar de cargas de terceiros.

Todavia, consoante se verá mais adiante, essa questão passou a ser tratada pela recente Medida Provisória n° 595/2012 que, conforme afirmado anteriormente, extinguiu a figura do Terminal de Uso Privativo Misto e, com isso, também a exigência de movimentação de cargas de terceiros a título complementar.

Portanto, a título de conclusão dessa análise quanto à conformidade dos atos de autorização dessas três empresas e também da Portonave à legislação da época dos fatos, é de se concluir que, no tocante à proporcionalidade entre carga própria e carga de terceiros, referidos atos não ofenderam a citada legislação.

Quanto à autorização para movimentação de contêineres:

*Não obstante o que se afirmou acima, há outra questão que precisa ser considerada. É o fato de que, à exceção da autorização deferida para a Portonave, todas as outras três autorizações mencionaram expressamente a possibilidade de **movimentação de contêineres**.*

No caso das autorizações da Cotegipe e da Itapoá, ainda não estava em vigor a Resolução/Antaq n° 517/2005 que previu que “não se considera como carga própria o seu meio de embalagem e de transporte, tais como contêineres e veículos transportadores”. Na data da autorização da Embraport, por sua vez, referida Resolução já estava em vigor.

De qualquer modo, independentemente de a Resolução/Antaq n° 517/2005 estar ou não em vigor na data da autorização, parece claro que, à época dos fatos, não era razoável admitir a previsão de movimentação de contêineres como carga própria nem como carga de terceiros, pela simples razão de que contêiner é um meio de embalagem e não uma carga propriamente dita.

Apesar de todas essas considerações, não se pode negar que o tema comporta considerações divergentes. Tramita atualmente no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – n° 139, na qual se alega que os serviços portuários são serviços públicos e, portanto, qualquer terminal portuário que movimente carga de terceiros somente pode ser explorado mediante contrato de concessão precedido de licitação.

Segundo consta às fls. 28-29 do anexo 26, a Antaq, nas informações que prestou na aludida ADPF, sustentou, com base em parecer de sua procuradoria-geral, que a Lei dos Portos, ao contrário do que afirmaram os autores da ADPF, teria tido o objetivo de permitir a movimentação indiscriminada de cargas de terceiros em TUPM, tudo, segundo a Antaq, dentro da política de modernização dos portos e de incentivo à concorrência.

Portanto, o que se percebe é que, à época dos fatos, esse era realmente o entendimento da Antaq, o que talvez explique a razão pela qual fez contar nas referidas autorizações a previsão para movimentação de contêineres.

De qualquer modo, com a edição da Medida Provisória n° 595/2012, esta questão ficou equacionada, porquanto referida norma extinguiu a figura do Terminal de Uso Privativo Misto e, conseqüentemente, não mais exige que a movimentação de cargas de terceiros ocorra apenas a título complementar.

Por essas razões, os presentes embargos merecem ser conhecidos, para, no mérito, ser-lhes negado provimento.

Em face do exposto, voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à consideração do Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 27 de janeiro de 2016.

RAIMUNDO CARREIRO
Relator