

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 015.916/2009-0 [Apenso: TC 026.748/2010-0]

Natureza: Representação

Entidade: Agência Nacional de Transportes Aquaviários - MT

Responsáveis: Fernando Antônio Brito Fialho. (Diretor-Geral da Antaq até 17/2/2012), Tiago Pereira Lima (Diretor-Geral da Antaq em exercício)

Interessados: Federação Nacional dos Portuários; Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq; Secretaria Especial de Portos – SEP; Casa Civil da Presidência da República; Estado do Ceará; Portonave S. A. – Terminais Portuários de Navegantes; Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuários S.A.; Itapoá Terminais Portuários S.A.; Terminal Portuário Cotegipe S.A.; Abratec – Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público.

Advogado constituído nos autos:

Advogado do Estado do Ceará: Othávio Cardoso de Melo, OAB/CE 21.871-B; Advogados da Federação Nacional dos Portuários: Evandro Catunda de C. Pinto, OAB/DF 10.759; Felipe Adjuto de Melo, OAB/DF 19.752 e outros.

Advogados da Portonave S. A. – Terminais Portuários de Navegantes: Flávio Bettega, OAB/PR 20.657, e outros.

Advogados da Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuários S.A.: Egon Bockmann Moreira, OAB/PR 14.376, e outros.

Advogados da Itapoá Terminais Portuários S.A.: Fábio Viana Fernandes da Silveira, OAB/DF 20.757; Benjamin Gallotti Beserra, OAB/DF 13.568, e outros.

Advogados da Terminal Portuário Cotegipe S.A.: Cláudio Coelho de Souza Timm, OAB/DF 16.885, e outros.

Advogados da Abratec – Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público: Juarez Freitas, OAB/RS 52.563, Alexandre Pasqualini, OAB/RS 17.315, e outros.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. TERMINAIS PORTUÁRIOS DE USO PRIVATIVO MISTO. ALEGAÇÃO DA AUTORA DA REPRESENTAÇÃO DE IRREGULARIDADES NAS OUTORGAS DAS AUTORIZAÇÕES EMITIDAS PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES E, POSTERIORMENTE, PELA ANTAQ, E AINDA DE OFENSA À LEGISLAÇÃO PORTUÁRIA E RESPECTIVA REGULAMENTAÇÃO. CONHECIMENTO. LIMITES DA COMPETÊNCIA DO TCU PARA A MATÉRIA. QUESTÕES CONTROVERTIDAS ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PORTUÁRIA. QUESTIONAMENTOS ACERCA DA SUA CONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO SOBRE ESSA QUESTÃO. CONSTITUIÇÃO DE GRUPO DE TRABALHO. DETERMINAÇÃO PARA ANÁLISE DA CLASSIFICAÇÃO DE SERVIÇO DE MOVIMENTAÇÃO DE CARGAS EM PORTOS COMO SERVIÇO PÚBLICO PREVISTO NO ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DETERMINAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE ESTUDOS COMPARATIVOS ACERCA DOS CUSTOS DE MOVIMENTAÇÃO DE CARGA DE TERCEIROS EM PORTOS ORGANIZADOS E TERMINAIS DE USO PRIVADO.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Em análise a representação formulada pela Federação Nacional dos Portuários para apuração de supostas irregularidades envolvendo os terminais privativos de uso misto (TUPM), definidos na Lei 8.630/1993, e a atuação da Agência Nacional de Transporte Aquaviário (Antaq).

2. A minuta de acórdão trazida a este Plenário pelo eminente relator, Min. Raimundo Carreiro, propõe a improcedência da representação, conforme os fundamentos apresentados no voto condutor desta proposta, em discordância com a proposta de encaminhamento formulada pela então Sefid-1 em sua última manifestação nos autos.

3. Em relação às alegações apresentadas na representação, o nobre relator refutou-as uma a uma, conforme as conclusões sintetizadas a seguir:

3.1. Alegação: houve ofensa ao Decreto nº 6.620/2008, que regulamentou a Lei 8.630/1993 (Lei de Portos), e à Resolução/Antaq 517/2005, tendo em vista que os TUPM estariam movimentando predominantemente cargas de terceiros e não cargas próprias, como determina a referida legislação.

3.1.1. Conclusões: as autorizações da Portonave, Cotegipe, Itapoá e Embraport não contrariaram a Lei nº 8.630/1993 (Lei dos Portos) e a Lei nº 10.233/2001 (Lei de criação da Antaq) relativamente à movimentação de cargas, vigentes à época das autorizações, ambas silentes quanto à proporcionalidade entre as cargas próprias e as de terceiros. O ato de autorização da Embraport contrariou a Resolução/Antaq nº 517/2005 por prever a autorização para movimentação de contêineres, vedada por aquela norma. Contudo, essa questão foi considerada de menor relevância, em face dos entendimentos que prevaleciam à época dos fatos. Não houve descumprimento ao Decreto nº 6.620/2008, porquanto as mencionadas autorizações são anteriores à vigência desse regulamento.

3.2. Alegação: estaria havendo ofensa ao art. 21, inciso XII, alínea “f”, c/c o art. 175, ambos da Constituição Federal, pois os Terminais de Uso Privativo Misto (TUPM) estariam realizando prestação de serviço público em regime de direito privado e sem prévia licitação, tendo em vista exatamente o fato de que os TUPM estariam movimentando predominantemente cargas de terceiros e não cargas próprias, como determina a referida legislação.

3.2.1. Conclusão: para o deslinde deste processo, a controvérsia envolvendo a constitucionalidade ou não das normas fundamentadoras das autorizações foi considerado que a matéria não é decisiva, ante o entendimento do relator no sentido de que o Ministério dos Transportes e, posteriormente, a Antaq agiram estritamente dentro do que previa a legislação, particularmente o art. 6º da Lei nº 8.630/93 e os arts. 13, inciso V, e 14, inciso III, alínea c, da Lei nº 10.233/2001, quanto ao uso da autorização como sendo o instrumento jurídico adequado para a outorga dos Terminais de Uso Privativo Misto.

3.3. Alegação: estaria havendo concorrência assimétrica dos terminais privativos de uso misto em relação aos terminais de uso público (localizados dentro das áreas dos portos organizados), o que estaria causando para estes últimos desequilíbrio econômico-financeiro e perda de competitividade, uma vez que aqueles operam sob condições legais mais flexíveis.

3.3.1. Conclusão: o relator rejeita essa alegação com base em conclusão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que concluiu no sentido da inexistência da alegada concorrência assimétrica ao analisar a matéria no âmbito de suas competências. Considerou, ainda, salutar a concorrência entre os Terminais Públicos e os Privados, como forma de incrementar a eficiência do setor portuário.

3.4. Alegação: estaria havendo prejuízos para os trabalhadores portuários, já que os terminais privativos de uso misto, ao contrário dos terminais de uso público, não são obrigados a contratar trabalhadores por intermédio do Órgão de Gestor de Mão-de-Obra (OGMO), que preza por melhores condições de trabalho e maior remuneração do pessoal.

3.4.1. Conclusão: também com base nas conclusões do CADE, foi considerado que restringir a concorrência para sustentar um regime de contratação claramente ineficiente, que aumenta de forma desnecessária a quantidade e o custo do fator trabalho não parece algo minimamente razoável. Reduz a competitividade de nossas exportações e aumenta o custo de nossas importações, que ou aumentam custos dos insumos para as empresas ou dos bens finais para os consumidores.

4. Em face dessas conclusões, e considerando, ainda, a recente Medida Provisória 595, de 6/12/2012, que introduz o novo marco regulatório da exploração dos portos, o eminente relator analisou a proposta de encaminhamento formulada pela então Sefid-1 nos autos. Para melhor contextualização da matéria, transcrevo abaixo essa proposta da unidade técnica especializada:

“a) nos termos do art. 74, § 2º, da Constituição Federal de 1988 e do art. 53 da Lei 8.443/1992, conhecer da presente representação para, no mérito, dar-lhe provimento;

b) determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, e em observância ao disposto no art. 175 da Constituição Federal de 1988 e na Lei 8.630/1993 (arts. 1º, §2º, e 4º, §2º, inciso I e inciso II, alínea “b”), à Secretaria Especial de Portos (SEP) e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) que regularizem a atuação e os instrumentos de outorga dos terminais pertencentes às empresas Portonave S.A. – Terminais Portuários de Navegantes, Itapoá Terminais Portuários S.A., Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuárias S.A e Terminal Portuário de Cotegipe à legislação:

b.1) caso optem por regularizar a movimentação de carga a fim de caracterizá-los como terminais privativos de uso misto, demonstrem, no prazo de 90 dias, em observância ao art. 4º, §2º, inciso II, alínea “b” da Lei 8.630/1993, o equilíbrio entre a movimentação de cargas próprias e de terceiros;

b.2) caso optem por manter o perfil atual de movimentação de carga desses terminais, nos termos do art. 175 da Constituição Federal de 1988 e dos art. 4º, §2º, inciso I, c/c art. 1º, §2º, ambos da Lei 8.630/1993:

b.2.1.) enviem à este Tribunal de Contas da União, no prazo de 45 dias, **cronograma de ações** para elaboração de proposta de prazo razoável e fundamentado para que os referidos terminais continuem operando, **em caráter excepcional**, tendo em vista o interesse público e o princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos, sendo que, ao término desse prazo, a ser proposto pela SEP e Antaq, deverá ocorrer a concessão desses empreendimentos, precedida de licitação;

b.2.2) a fundamentação do prazo a que se refere o item anterior deve considerar, no mínimo, os seguintes aspectos:

b.2.2.1) levantamento dos custos e despesas operacionais, da demanda pelos serviços prestados por esses terminais, por perfil de carga, e suas correspondentes receitas operacionais e acessórias;

b.2.2.2) forma de equacionamento do domínio útil das áreas desses terminais, considerando a possibilidade de amortização do valor das áreas no prazo a ser proposto ou, ainda, de indenização desse valor pelo futuro concessionário, conforme previsto nos arts. 21 e 22 do Decreto 6.620/2008; e

b.2.2.3) forma de equacionamento dos investimentos realizados pelos proprietários dos terminais em razão dos bens móveis e imóveis, considerando a possibilidade de amortização no prazo a ser proposto ou a indenização dos valores pelo futuro concessionário.

d) comunicar a decisão que vier a ser adotada à denunciante e às sociedades Portonave S.A. – Terminais Portuários de Navegantes, Itapoá Terminais Portuários S.A., Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuárias S.A. e Terminal Portuário de Cotegipe; e

e) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inciso IV, do Regimento Interno do TCU, já que as medidas propostas podem ser fiscalizadas em sede de processo de monitoramento, nos termos da Portaria - Segecex 27/2009.”

5. Ante o novo marco regulatório introduzido pela MP 595/2012, o relator considerou prejudicados, à exceção do item “a” da proposta de encaminhamento da unidade técnica, todos os demais itens dessa proposta.

5.1. Em relação ao item “b” da mencionada proposta, foi apontado que “A MP 595/2012 revogou a Lei 8.630/1993 e em relação aos termos de autorização e aos contratos de adesão assinados antes da citada medida provisória e ainda em execução, a aludida norma, no seu art. 50,

estabeleceu que eles deverão ser adaptados ao disposto na Medida Provisória, em especial ao previsto no art. 8º, no prazo de um ano, contado da data de sua publicação.”

5.2. No tocante aos demais itens da proposta, foi considerado que “A MP 595/2012 revogou a Lei 8.630/1993 e eliminou a distinção anteriormente existente entre Terminais de Uso Privativo Exclusivo (para movimentação de carga própria) e Terminais de Uso Privativo Misto (para movimentação de carga própria e de terceiros). Pela MP 595/2012, há apenas os Terminais de Uso Privado (arts. 2º, inciso IV, e 8º, inciso I), que podem movimentar livremente tanto cargas próprias quanto de terceiros.”

6. O revisor, eminente Ministro Aroldo Cedraz, por sua vez, apresentou voto no qual, em essência acolhe a proposta de mérito formulada pelo relator.

- II -

7. Inicialmente, louvo os votos apresentados pelo Relator, eminente Ministro Raimundo Carreiro, e pelo Revisor, eminente Ministro Aroldo Cedraz. Entendo que esses votos estão à altura da questão que está sendo tratada neste Tribunal. Reputo que essa questão da reestruturação do sistema portuário brasileiro é uma das mais importantes já enfrentadas por esta Corte de Contas.

8. Lamento divergir, entretanto, das propostas que estão sendo apresentadas. Fundamento essa divergência nas considerações que faço a seguir.

9. Temos um conjunto de terminais portuários que receberam autorização para funcionar sem passar, no meu entender, pelo necessário procedimento licitatório. Contudo, verifico que, quando o Estado transfere rodovias ao setor privado, ele o faz por meio de licitação; quando transfere ferrovias, também o faz por meio de licitação. Recentemente, no plano de transferência de aeroportos para o setor privado, também foi previsto o procedimento licitatório. No caso de geração e transmissão de energia elétrica, em regra a transferência para o setor privado também se faz por meio de licitação.

10. Questiono, portanto, por que o setor portuário deveria ter tratamento diferenciado em relação a esses outros serviços, uma vez que o mencionado setor é também essencial para o desenvolvimento do Estado brasileiro?

11. Há que ser observado que a Medida Provisória 595/2012 cria para portos semelhantes regimes jurídicos díspares. Um terminal de uso privado (TUP), conforme consta da medida provisória, pode ser da mesma dimensão e prestar os mesmos serviços que um porto organizado; mais ainda, pode estar ao lado do porto organizado, porque a tendência é se aproveitar os canais e as dragagens que o governo faz para os portos organizados, conforme previsto na mencionada medida provisória.

12. Ocorre que o porto organizado estará sob o regime público, havendo uma série de normas e obrigações de ordem pública a que os concessionários devem obediência, incorrendo nos custos inerentes a essas obrigações. Por outro lado, os terminais de uso privado, em princípio autorizados sem licitação, estão livres dessas obrigações e dos custos associados ao regime público, a exemplo de obrigação de contratação de mão de obra por meio do órgão gestor de mão de obra (OGMO) e submissão a regime de tarifa regulada.

13. Concordo que isso poderia estimular a concorrência entre os portos. Mas a questão é: e se a diferença de custo entre esses dois regimes de portos for muito grande? Essa questão decorre do fato de não existir estudos acerca da diferença dos custos incorridos por portos geridos sob ambos os regimes. Assim, em vez de estimular a competição, estaríamos a estimular a extinção dos portos públicos. Isso porque se, com o tempo, for demonstrado que os custos dos TUPs são muito menores que os do porto organizado, haverá inexoravelmente a migração da clientela do porto público para o porto privado, uma vez que, conforme já mencionado, esses portos muitas vezes estarão localizados lado a lado.

14. Essa é uma questão que eu gostaria de ver esclarecida, uma vez que pode acontecer, conforme apontado na representação, a concorrência assimétrica entre esses dois regimes de portos. Penso ser conveniente que se identifique qual a diferença de custos na administração e operação de portos nos dois regimes, público e privado. Mais especificamente, considerando dois portos semelhantes, com a

mesma produtividade e eficiência, um em cada regime, qual seria a diferença de custo entre eles? Se a diferença for significativa, poderá estar havendo, sim, concorrência assimétrica, como alega o representante.

15. Outra questão que trago a esse Plenário é de ordem jurídica. Ora, os serviços portuários têm sido tratados até então no Brasil como serviços públicos. Com efeito, temos a constituição de diversos portos sob o regime público, a exemplo dos portos de Rio Grande, de Santos, de Itaquí, de Itajaí, etc. Em todos esses portos, seus serviços são tratados como serviços públicos, ou seja, para operar esses portos foi necessário que seus operadores passassem por um processo licitatório e, em decorrência, receber a concessão, por parte do Estado, da exploração do serviço portuário. A partir daí, devem cumprir as obrigações que o Estado lhes impõe. Isso tudo está de pleno acordo com os arts. 175 e 21, inciso XII, letra “f”, da Constituição Federal. A Constituição Federal estabelece no seu art. 175 que os serviços públicos devem ser concedidos “sempre” mediante licitação. Sempre, significa que não deveria haver exceções, ou pelo menos que as exceções deveriam ser raras e justificáveis. Além disso, no seu art. 21, inciso XII, alínea “f”, estão definidos como serviços públicos “*os portos marítimos, fluviais e lacustres*”. A conclusão imediata, portanto, é de que a concessão de portos deve ser necessariamente licitada porque são serviços públicos.

16. Ocorre que, de repente, instaura-se esse entendimento, como sustenta o nobre Relator, a partir da MP 595/2012, de que esse serviço já não é mais público, ou seja, que possibilita a instalação, ao lado de portos públicos, de terminais sob o regime privado concedidos a terceiros sem procedimento licitatório. Por mais que se diga que o marco regulatório anterior à MP 595/2012 foi revogado, não creio que se possa defender que a Constituição Federal, nos artigos mencionados, foi revogada.

17. No mesmo inciso XII há outras cinco alíneas, colocando sob a tutela pública os serviços de infraestrutura aeroportuária, navegação aérea, transporte ferroviário e aquaviário, etc. Não são mais públicos esses serviços? Na alínea “e” do inciso XII, por exemplo, consta “*os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros*”. O Tribunal, nos últimos anos, travou uma grande batalha no sentido de definir que esses serviços são públicos e que devem ser licitados. Questiono-me, então, se for editada uma medida provisória que passe a definir esses serviços como de natureza privada, de maneira a ser transferido ao setor privado mediante autorização e sem licitação, seria essa medida provisória constitucional? Tenho dúvidas. Elaborando um pouco mais a questão, se uma medida provisória definisse, como fez a MP 595/2012 em relação aos portos, que metade das linhas rodoviárias interestaduais e internacionais de transporte de passageiros seria licitada e a outra metade seria autorizada sem licitação, criando uma concorrência assimétrica entre os dois modelos de outorga, essa medida provisória estaria de acordo com a Constituição? Seria ela constitucional? Mais uma vez, tenho dúvidas.

18. Entendo que a Constituição não detalha em que situações os serviços constantes do art. 21, inciso XII, serão concedidos ao terceiro por meio de concessão, permissão ou autorização, cabendo então à lei definir tais formas de outorga. Considero, entretanto, que as normas legais devem obedecer a certos limites impostos pela própria Constituição, sob pena de desnaturar-lhe a vontade. Nesse sentido, penso não ser qualquer serviço e em qualquer circunstância que a lei poderá transferir para o setor privado sem o devido processo licitatório.

19. Então, em relação a essa dúvida acerca da constitucionalidade da MP 595/2012, no tocante aos terminais portuários de uso privado, apesar de tratar-se de questão absolutamente relevante, não me parece que se tenha feito sobre ela uma análise aprofundada, necessária ao proferimento de uma decisão devidamente fundamentada no presente caso. Penso então que o Tribunal deveria estudar melhor a questão da constitucionalidade da transferência dos TUPs ao setor privado sem licitação.

20. Pela relevância da questão, ela certamente será discutida no âmbito do Poder Legislativo, pois há notícias de grande número de emendas à MP 595/2012 a serem analisadas por aquele poder no processo legislativo acerca da mencionada medida provisória. É possível ainda que essa questão venha a ser judicializada e tratada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Por esses motivos, não vejo razão para que o Tribunal venha decidir hoje sobre a constitucionalidade da transferência dos TUPs ao setor privado sem licitação, sem que exista um estudo aprofundado acerca da constitucionalidade dessa forma de outorga.

21. Ademais, o art. 50 da MP 595/2012 estabelece que os termos de autorização e os contratos de adesão em vigor deverão ser adaptados ao disposto na medida provisória, a qual autoriza a constituição desses TUPs sem licitação. Ou seja, adaptar significa autorizar a continuidade desses terminais privativos, questionados nesta representação, indefinidamente, sem ter havido licitação.

22. Entendo que o Tribunal tem em seus quadros constitucionalistas de alto nível, tanto entre os senhores Ministros quanto entre os servidores da Casa. Dessa forma, penso que o Tribunal poderia constituir um grupo de trabalho, envolvendo esses profissionais, a fim de dirimir essa relevante questão acerca da constitucionalidade da MP 595/2012, no que se refere à regulação dos Terminais de Uso Privado.

23. Por certo, a modernização dos portos é uma necessidade premente para o desenvolvimento do país, sendo que essa modernização passa necessariamente por um processo de competitividade entre os regimes de exploração adotados. Mas considero que não é essa a questão que se discute nestes autos. Não imagino que esse processo de modernização tenha de ser feito ao custo até mesmo da inobservância dos ditames da nossa Constituição. Para não incorrer nesse risco, considero que o Tribunal deve esperar a evolução dos estudos sobre a MP 595/2012 tanto no âmbito do Poder Legislativo quanto, se for o caso, no Poder Judiciário. Enquanto isso, penso que o Tribunal poderia aprofundar seus estudos sobre a questão.

24. Feitas essas considerações, apresento a esse colegiado as seguintes propostas:

24.1. Primeiro, que o Tribunal não decida, neste momento, sobre o mérito desta representação.

24.2. Segundo, que se determine à Segecex que constitua um grupo de trabalho para promover um estudo, com a urgência que o caso requer, visando enquadrar, ou não, os serviços portuários nos terminais de uso privado, previstos na MP 595/2012, como sendo serviço público previsto nos arts. 175 e 21, XII, letra “F”, da CF/88.

24.3. E, terceiro, que se determine à Segecex que faça um estudo sobre a diferença de custo entre um porto organizado sob regime público e um TUP sob regime privado. Nesse estudo deve ser comparado o custo de dois portos semelhantes, um em cada regime, com a mesma eficiência e com a mesma produtividade.

Ante o exposto, essa é a proposta que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 6 de março de 2013.

Augusto Sherman Cavalcanti