TC 030.098/2017-3

Tipo: Relatório de Acompanhamento (Racom).

Unidades jurisdicionadas: Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).

Responsáveis: Mauricio Quintella Malta Lessa, Ministro dos Transportes, Portos e Aviação Civil; Adalberto Tokarski, Diretor-Geral da Antaq.

Procurador: Não há

Proposta: preliminar

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de Relatório de Acompanhamento (Racom), previsto nos termos dos arts. 241 e 242 do Regimento Interno do TCU, dos atos e procedimentos adotados pelo MTPA e pela Antaq, decorrentes das alterações normativas introduzidas pelo Decreto 9.048, de 10 de maio de 2017, que alterou o Decreto 8.033/2013 e regulamentou a Lei 12.815/2013, que regulam a exploração de portos organizados e instalações portuárias.

HISTÓRICO

2. O marco regulatório do setor portuário brasileiro tem sofrido alterações significativas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em meados da década de 1990, seguindo uma tendência mundial, o Brasil implementou um amplo programa de desestatizações e vivenciou um processo de reforma institucional. No setor portuário, a iniciativa objetivou a atração de recursos para investimentos na infraestrutura portuária, mas também possibilitar um aumento de produtividade e eficiência na gestão.

3. Nesse sentido, foi promulgada a Lei 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, denominada a Lei de Modernização de Portos, que introduziu um caráter normativo mais privatista, na tentativa de induzir demanda por novos investimentos em equipamentos e instalações visando o ganho de eficiência em serviços portuários e a redução de custos, redução do tempo de espera e permanência de navios para atracação e desatracação, bem como criou organismos institucionais para enfrentar a desestatização almejada. A operação portuária passou para a iniciativa privada e houve a criação das figuras da Autoridade Portuária, do Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO), do Conselho de Autoridade Portuária (CAP) e dos Operadores Portuários.

4. Um objetivo importante da Lei de Modernização de Portos foi permitir a exploração de cargas de terceiros em terminais de uso privativo misto e a promoção da concorrência entre terminais e entre portos, por meio do arrendamento de instalações e terminais a empresas privadas, e estabeleceu a necessidade de licitação para a exploração de áreas localizadas no interior dos portos organizados (art. 4º, inciso I), e ainda elencou as cláusulas essenciais nos contratos de arrendamento, como, por exemplo, as relativas a início, término e eventual prorrogação contratual, com o prazo total não excedente a cinquenta anos (art. 4º, § 4º, inciso XI).

5. Em sua vigência, alguns arrendamentos portuários foram contratados com a iniciativa privada, tendo sido possível avaliar os efeitos e externalidades positivas e negativas oriundas dessas desestatizações. Ocorre que, alguns gargalos permaneceram e o país ingressou no século XXI com a necessidade de lidar com novos desafios.

6. Nesse contexto, foi editada a Lei 12.815, de 5 de junho de 2013 (Nova Lei dos Portos), que revogou a Lei 8.630/1993, no claro intuito de solucionar os gargalos de eficiência do setor portuário brasileiro. O principal problema a ser superado pela nova norma consistia indubitavelmente em como

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58333733.

incrementar os investimentos em infraestrutura portuária, elevando a produtividade e a operação dos portos brasileiros.

7. No bojo das novas normas previstas na Nova Lei dos Portos, compreende-se a possibilidade de expansão da área arrendada para área contígua nos portos organizados quando comprovada a eficiência na operação portuária (art. 6º, § 6º) e a faculdade outorgada ao poder concedente para prorrogar antecipadamente contratos celebrados sob a égide da Lei anterior (art. 57).

8. Compreendeu-se, na Nova Lei dos Portos, um novo marco regulatório com novas formas de exploração de instalações portuárias, seja pela flexibilização da forma de exploração do porto organizado, de delegação por meio de convênio, ou ainda pela cessão onerosa, precedida de licitação, de área e infraestrutura pública dentro de porto organizado, ou pela exploração de instalação portuária fora do porto organizado via contrato de adesão.

9. Outro aspecto importante a ser ressaltado é o de que a Lei 12.815/2013 deixou de prever prazo máximo para os contratos de arrendamento e concessão, bem como a quantidade de prorrogações possíveis.

10. O Decreto 8.033, de 27 de junho de 2013, regulamentou inicialmente a Lei 12.815/2013, estipulando o prazo máximo de vinte e cinco anos para os contratos de arrendamento portuário, prorrogável uma única vez, por período não superior ao originalmente contratado (art. 19), e condicionou a expansão da área arrendada à comprovação da inviabilidade da licitação de novo arrendamento (art. 24).

11. Já o recém promulgado Decreto 9.048/2017, que alterou artigos do Decreto 8.033/2013, apresentou substanciais inovações no regramento do setor portuário. As inovações comtemplam, dentre outras coisas, regras para expansão de áreas arrendadas, substituição de áreas dentro do mesmo porto organizado, extensão do prazo de concessão para até 35 (trinta e cinco) anos, podendo ser prorrogado sucessivas vezes até o limite máximo de 70 (setenta) anos, bem como autorização para realização de investimentos em infraestrutura comum, fora da área arrendada e possibilidade de alteração de cronograma de investimentos para adequação ao interesse público em razão de evento superveniente e de aprovação de investimentos urgentes.

12. Embora tais mudanças sejam invariavelmente apresentadas à sociedade sob o argumento de necessidade de "modernização" e flexibilização do arcabouço normativo para atração de novos investimentos, o fato é que a constante substituição de balizas legais e regulatórias aponta para um quadro de indefinição e insegurança jurídica no setor. Cabe destacar, por exemplo, que a antiga Lei dos Portos (Lei 8.630/1993) foi revogada antes mesmo de que os primeiros contratos de concessão firmados sob a sua égide chegassem a termo.

13. Assim sendo, as frequentes alterações do arcabouço normativo do setor portuário, em contraponto ao que é apresentado para a sociedade pelo governo federal, têm potencial de afastar investimentos por parte dos agentes privados e de dificultar o planejamento de longo prazo do poder público, face ao caráter de imprevisibilidade jurídica e da precariedade das avenças já firmadas.

EXAME TÉCNICO

14. Segundo apresentação feita por técnicos do MTPA em reunião com servidores desta Unidade Técnica em 18/10/2017, as alterações implementadas pelo Decreto 9.048/2017 tiveram por objetivo fomentar a atração de novos investimentos privados e promover a adaptação do marco regulatório infralegal, oferecendo mais segurança jurídica e regulatória e desburocratizando a exploração das atividades portuárias.

15. Ainda na apresentação realizada pelos gestores, foi declarado que a edição da nova norma encontra suas balizas notadamente na Lei 12.815/2013 e que foi precedida por diversas discussões junto a investidores privados, representantes do setor, bem como foi embasada em análises jurídicas da

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58333733.

procuradoria junto ao MTPA e da Antaq, e ainda passou pelo crivo de um grupo de trabalho montado e coordenado pelo MTPA, nos termos da Portaria GM/MT 435, de 2 de setembro de 2016.

16. Também na apresentação, foi declarado que já há um processo administrativo em curso (50500.021871/2017-91) no MTPA, tratando da análise dos pleitos de adaptação contratual dos arrendatários interessados, nos termos do art. 2º do Decreto 9.048/2017. Noticia-se, na imprensa, que já há mais de 80 pedidos de adaptação em análise (disponível em: https://www.portosenavios.com.br/noticias/portos-e-logistica/40869-decreto-dos-portos-ja-tem-80-pedidos-de-enquadramento).

17. Nesse sentido, de forma a dar início ao acompanhamento da implementação e aplicação das novas normas estipuladas pelo Decreto 9.048/2017, deve-se **analisar os fundamentos que justificaram a adoção das inovações normativas e as premissas técnicas e jurídicas que fomentaram as discussões eventualmente ocorridas no âmbito no grupo de trabalho em referência e também as que embasaram a redação final do novo decreto.**

18. Mostra-se oportuno, assim, **avaliar quais os fundamentos utilizados pelo Grupo de Trabalho para propor as alterações promovidas pelo Decreto 9.048/2017, a exemplo da alteração de prazo de contratos de concessão e de arrendamento que passaram a ter prazos de concessão de até 35 anos, prorrogável sucessivas vezes até o limite máximo de 70 anos, e das novas regras acerca da expansão (adensamento) de área, bem como da possibilidade de substituição de área sem licitação prévia.**

19. Os pontos acima citados e também outros tratados no Decreto 9.048/2017 merecem maiores esclarecimentos e uma maior compreensão por parte do controle externo no que se refere aos seus fundamentos técnicos e jurídicos para a alteração do marco normativo, notadamente por envolver os limites de atuação do poder regulamentar do chefe do Poder Executivo em face da autorização abstrata e genérica conferida pela normal legal em sentido estrito.

20. Quanto à extensão do prazo máximo de contratos de concessão e arrendamento para 35 anos, prorrogáveis sucessivas vezes até o limite de 70 anos, o Decreto 9.048/2017 alterou a redação do Decreto 8.033/2013, que agora dispõe o seguinte:

> Art. 19. Os contratos de concessão e de arrendamento terão prazo determinado de até trinta e cinco anos, prorrogável por sucessivas vezes, a critério do poder concedente, até o limite máximo de setenta anos, incluídos o prazo de vigência original e todas as prorrogações.

21. Denota-se que é uma previsão que não está autorizada, em princípio, pela Lei 12.815/2017 e, por isso, é importante compreender o entendimento adotado pelos órgãos competentes do Poder Executivo para tanto. A análise dos fundamentos contidos em documentos, notas técnicas ou pareceres jurídicos sobre o assunto é necessária para elucidar essa questão.

22. Outro ponto importante a ser analisado diz respeito às novas condições para expansão da área arrendada para área contígua nos portos organizados. A nova redação do Decreto 8.033/2013, com a alteração promovida pelo Decreto 9.048/2017, dispõe o seguinte:

> Art. 24. O poder concedente poderá autorizar, mediante requerimento do arrendatário, a expansão da área arrendada para área contígua dentro da poligonal do porto organizado, quando:
>
> I - a medida trouxer comprovadamente ganhos de eficiência à operação portuária; ou
>
> II - quando comprovada a inviabilidade técnica, operacional ou econômica de realização de licitação de novo arrendamento portuário.

23. A análise do citado dispositivo é crucial no acompanhamento dos atos a serem praticados na implementação das novas regras, principalmente porque o art. 6º, § 6º da Lei 12.815/2017, que a princípio serve como o fundamento primário de validade da norma infralegal em questão, determina

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58333733.

que a expansão é permitida apenas quando se comprovar que a medida traz comprovada eficiência na operação portuária. Assim, também se faz oportuna a análise de fundamentos técnicos que demonstrem os motivos da alteração a nível infralegal.

24. Um terceiro ponto ora destacado é relativo à possibilidade de substituição de área arrendada, tratada na nova redação do Decreto 8.033/2013, com a alteração promovida pelo Decreto 9.048/2017, da seguinte forma:

> Art. 24-A. A área dos arrendamentos portuários poderá ser substituída, no todo ou em parte, por área não arrendada dentro do mesmo porto organizado, conforme o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto, ouvida previamente a autoridade portuária, e desde que:
>
> I - a medida comprovadamente traga ganhos operacionais à atividade portuária ou, no caso de empecilho superveniente, ao uso da área original; e
>
> II - seja recomposto o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

25. A princípio, dita norma infralegal não encontra suporte normativo na Lei 12.815/2013 e por isso seus embasamentos devem ser melhor esclarecidos a partir da fundamentação eventualmente formalizada em documentos, notas técnicas ou pareceres jurídicos por ventura expedidos pelos atores governamentais envolvidos nas discussões sobre o novo decreto.

26. Um último ponto também destacado na presente instrução diz respeito à adaptação dos contratos de arrendamento, tratado no art. 2º do Decreto 9.048/2017:

> Art. 2º Os arrendatários cujos contratos estejam em vigor na data de publicação deste Decreto poderão, no prazo de cento e oitenta dias, manifestar seu interesse na adaptação de seus contratos aos termos da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e de seus regulamentos, por meio de termo aditivo ao contratual.
>
> § 1º A adaptação de que trata o caput permitirá a adoção de cláusulas contratuais que estabeleçam, entre outras disposições, a possibilidade de prorrogação da outorga, nos termos estabelecidos pelo art. 19 do Decreto nº 8.033, de 2013, inclusive para os arrendatários que tenham prorrogado os seus contratos nos termos da Lei nº 12.815, de 2013.
>
> § 2º O disposto no art. 19-A do Decreto nº 8.033, de 2013, se aplica às prorrogações de contratos adaptados na forma do § 1º, ainda que a prorrogação seja feita no último quinquênio de vigência dos contratos.
>
> § 3º O disposto neste artigo não se aplica aos contratos firmados antes da vigência da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993.

27. A análise das justificativas da inserção da previsão normativa em apreço, notadamente quanto à necessidade de celebração de um termo aditivo de adaptação será um ponto crucial para a compreensão da regularidade do novo decreto e também da atuação da Antaq e do MTPA no processo.

28. Nesse contexto, para que esta Unidade Técnica possa iniciar a execução do presente acompanhamento, é imprescindível que se tenha acesso, por meio da requisição do envio de cópias de documentos, atas de registro de reuniões, notas técnicas e/ou pareceres jurídicos que contenham as motivações e entendimentos do MTPA e da Antaq no curso do processo de elaboração do novo Decreto 9.048/2017. Por essa razão, entende-se necessário diligenciar os responsáveis para que forneçam as referidas cópias ou quaisquer outros documentos que as explicitem.

29. Assim, faz-se necessário **diligenciar ao MTPA e à Antaq para que encaminhem cópias de processos administrativos que tenham tido por objeto a análise de premissas e fundamentos das alterações pretendidas no novo marco normativo infralegal, bem como de notas técnicas, pareceres e outros documentos relevantes elaborados pelo Grupo de Trabalho estabelecido na Portaria GM/MT 435, de 2 de setembro de 2016**.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58333733.

30. Ao MTPA será solicitado ainda que se encaminhe cópia do mencionado processo administrativo 50500.021871/2017-91, bem como as análises dos pleitos dos arrendatários de adequação de seus contratos às novas regras, com as respectivas minutas de adaptação a serem assinadas ou já assinadas e os respectivos pareceres jurídicos da consultoria jurídica acerca da celebração dos termos aditivos. Serão ainda solicitados os subsídios técnicos ofertados pela Antaq e Autoridades Portuárias relevantes para a análise dos pedidos de adaptação contratual. Ainda sobre o assunto, será feita diligência à Antaq, para que apresente eventuais documentos, notas técnicas ou pareceres e subsídios técnicos ofertados para a análise dos pedidos de adaptação em referência.

31. Por outro lado, tendo em vista a sua competência prevista no art. 34, do Decreto 4.176/2002, para examinar a legalidade de propostas de projeto de ato normativo, entende-se oportuno diligenciar a Casa Civil da Presidência da República para que **encaminhe cópias de processos administrativos que tenham tido por objeto a análise de premissas e fundamentos das alterações pretendidas no novo marco normativo infralegal, bem como de notas técnicas, pareceres e outros documentos relevantes que tenham servido de fundamento para subsidiar as discussões do Grupo de Trabalho estabelecido na Portaria GM/MT 435, de 2 de setembro de 2016, ou mesmo servido de fundamento para a redação final do Decreto 9.048/2017**.

CONCLUSÃO

32. O recém promulgado Decreto 9.048/2017, que alterou artigos do Decreto 8.033/2013, apresentou substanciais inovações no regramento do setor portuário. As inovações comtemplam, dentre outras coisas, regras para expansão de áreas arrendadas, substituição de áreas dentro do mesmo porto organizado, extensão do prazo de concessão para até 35 (trinta e cinco) anos, podendo ser prorrogado sucessivas vezes até o limite máximo de 70 (setenta) anos, bem como autorização para realização de investimentos em infraestrutura comum, fora da área arrendada e possibilidade de alteração de cronograma de investimentos para adequação ao interesse público em razão de evento superveniente e de aprovação de investimentos urgentes.

33. Embora tais mudanças sejam invariavelmente apresentadas à sociedade sob o argumento de necessidade de "modernização" e flexibilização do arcabouço normativo para atração de novos investimentos, o fato é que a constante substituição de balizas legais e regulatórias aponta para um quadro de indefinição e insegurança jurídica no setor.

34. Assim sendo, as frequentes alterações do arcabouço normativo do setor portuário, em contraponto ao que é apresentado para a sociedade pelo governo federal, têm potencial de afastar investimentos por parte dos agentes privados e de dificultar o planejamento de longo prazo do poder público, face ao caráter de imprevisibilidade jurídica e da precariedade das avenças já firmadas.

35. Nesse sentido, de forma a dar início ao acompanhamento da implementação e aplicação das novas normas estipuladas pelo Decreto 9.048/2017 pelo MTPA e pela Antaq, deve-se analisar os fundamentos que justificaram a adoção das inovações normativas e as premissas técnicas e jurídicas que fomentaram as discussões eventualmente ocorridas entre os entes governamentais envolvidos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

36. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior propondo encaminhar diligência, nos termos do art. 157, § 1º, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 1º, inciso II, da Portaria-MIN-BD 1/2014, para que:

I) o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MPTA) encaminhe, no prazo de 5 (cinco) dias, cópia em meio digital:

i. o(s) processo(s) administrativo(s) que analisa(m) os fundamentos técnicos e jurídicos envolvidos na alterações promovidas pelo Decreto 9.048/2017 no marco normativo do setor portuário;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58333733.

ii. o(s) processo(s) administrativo(s) que contemple(m) análise de alternativas, de custo benefício, de impacto regulatório ou outro tipo de análise *ex ante* sobre a adoção das novas regras contidas no Decreto 9.048/2017;

iii. as notas, pareceres e outros documentos relevantes elaborados pelo Grupo de Trabalho estabelecido pela Portaria GM/MT 435, de 2 de setembro de 2016;

iv. o Relatório final do Grupo de Trabalho constituído pela Portaria GM/MT 435, de 2 de setembro de 2016;

v. o processo administrativo 50500.021871/2017-91 e outros processos administrativos que tratem de procedimento de adaptação contratual dos arrendatários interessados;

vi. o Parecer 20/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU de 18 de janeiro de 2017;

vii. a Nota Técnica 1.079/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU de 4 de maio de 2017;

viii. a Exposição de Motivos 38/2017/MTPA-MP de 5 de maio de 2017;

ix. de atas de reuniões havidas com a Casa Civil envolvendo discussões sobre o Decreto 9.048/2017;

x. de cada processo(s) administrativo(s) que analisa(m) o(s) pleito(s) dos arrendatários de adequação de seus contratos às novas regras, com as respectivas minutas de adaptação a serem assinadas ou já assinadas e os respectivos pareceres jurídicos da consultoria jurídica acerca da celebração dos termos aditivos, bem como subsídios técnicos ofertados pela Antaq e Autoridades Portuárias relevantes para a análise dos pedidos de adaptação contratual; e

xi. os pareceres jurídicos premissas e novas cláusulas contratuais a serem incluídas no termo aditivo de adaptação dos contratos de arrendamento portuário.

II) a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), no prazo de 5 (cinco) dias, encaminhe cópia em meio digital:

i. o(s) processo(s) administrativo(s) que analisa(m) a necessidade de adoção das novas regras veiculadas no Decreto 9.048/2017 ou os fundamentos técnicos contrários à adoção das novas regras;

ii. o(s) processo(s) administrativo(s) que contemple(m) análise de alternativas, de custo benefício, de impacto regulatório ou outro tipo de análise ex ante sobre a adoção das novas regras contidas no Decreto 9.048/2017;

iii. as notas, pareceres e outros documentos relevantes elaborados pela Agência visando fornecer elementos técnicos para discussão no Grupo de Trabalho estabelecido pela Portaria GM/MT 435, de 2 de setembro de 2016;

iv. atas de reuniões havidas com o MTPA e/ou com a Casa Civil envolvendo discussões sobre o Decreto 9.048/2017; e

v. documentos, notas técnicas e/ou pareceres jurídicos formulados pela Agência a respeito da adoção das novas regras veiculadas no Decreto 9.048/2017.

III) a Casa Civil da Presidência da República, no prazo de 10 (dez) dias, encaminhe cópia em meio digital:

i. o(s) processo(s) administrativo(s) que analisa(m) os fundamentos técnicos e jurídicos envolvidos na alterações promovidas pelo Decreto 9.048/2017 no marco normativo do setor portuário; e

ii. notas técnicas, pareceres e outros documentos relevantes que tenham servido de fundamento para subsidiar as discussões do Grupo de Trabalho estabelecido na Portaria GM/MT 435, de 2 de setembro de 2016, ou mesmo servido de fundamento para a redação final do Decreto 9.048/2017.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58333733.

SeinfraPortoFerrovia, 2ª DT, em 30 de outubro de 2017.

(*assinado eletronicamente*)
Rafael Lapa Santos Bezerra
AUFC – Mat. 10220-2

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58333733.