

### 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:** cautelar/oitiva

## INTRODUÇÃO

1. Tratam os autos 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 (Decreto 9.048/2017), que alterou o Decreto 8.033/2013 e regulamentou a Lei 12.815/2013, que regulam a exploração de portos organizados e instalações portuárias.

2. Na presente instrução, será apresentada **proposta de medida cautelar**, em função da iminência da prática de atos com potenciais irregularidades graves pelo MTPA, consubstanciados na ameaça de celebração de termos aditivos de adaptação de contratos de arrendamento portuário que têm o condão de alterar significativamente suas cláusulas essenciais, com risco de afronta aos princípios que regem a Administração Pública e que podem trazer insegurança jurídica ao setor, consoante os fundamentos a seguir elencados.

## HISTÓRICO

3. 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, que também possibilitou um aumento de produtividade e eficiência na gestão.

4. 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.

5. 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).

6. 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.

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

8. No bojo das 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).

9. Compreendeu-se, na Lei 12.815/2013, um 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.

10. Outro aspecto importante a ser ressaltado é 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. Ressalte-se que, à época da edição da Lei 12.815/2013, coexistiam arrendamentos contratados sob a égide das normas previstas na Lei 8.630/1993 e arrendamentos firmados em período anterior, em geral contratos firmados diretamente entre o arrendatário e a Autoridade Portuária, que exercia então o Poder Concedente.

11. 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). Em linhas gerais, pode-se afirmar que o Decreto 8.033/2013 manteve as condições gerais vigentes desde a Lei 8.630/1993, no que tange ao prazo máximo possível dos contratos de arrendamento, já prorrogado, não excedente a cinquenta anos.

12. 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 contemplam, entre outras coisas, regras para expansão de áreas arrendadas, substituição de áreas dentro do mesmo porto organizado sem licitação prévia, extensão do prazo inicial de concessão para até 35 (trinta e cinco) anos, podendo ser prorrogado sucessivas vezes até o limite máximo de 70 (setenta) anos, autorização para realização de investimentos em infraestrutura comum, fora da área arrendada e com possibilidade de reequilíbrio financeiro, bem como direito de alteração de cronograma de investimentos para adequação ao interesse público em razão de evento superveniente e de aprovação de investimentos urgentes.

13. 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 as alterações promovidas pela via infralegal devem respeitar os princípios constitucionais que regem os contratos administrativos e os limites do poder de regulamentação das leis. E ainda, é cediço que a constante substituição de balizas legais e regulatórias aponta para um quadro de indefinição e insegurança jurídica no setor. Cabe ressaltar, 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.

14. Assim sendo, as frequentes alterações do arcabouço normativo do setor portuário, em contraponto ao que é apresentado para a sociedade, 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.

15. É de se destacar que o art. 2º do Decreto 9.048/2017 possibilita aos atuais arrendatários com contratos vigentes, desde que assinados após a vigência da Lei 8.630/1993, a adaptação de seus contratos aos termos das novas regras. A adaptação deverá ser precedida de manifestação do interessado e efetivada por meio da assinatura de termo aditivo contratual.

## **EXAME TÉCNICO**

### **I. Diligências realizadas**

16. Com o objetivo de instruir o presente processo, foram realizadas diligências no MTPA, Ofícios 526 e 557/2017-TCU/SeinfraPortoFerrovia (peças 8 e 18), para que encaminhasse cópias de processos administrativos que tenham analisado premissas e fundamentos das alterações pretendidas no novo marco normativo infralegal, processos administrativos e respectivos pareceres jurídicos relativos à assinatura de termos aditivos de adaptação, bem como o cronograma detalhado de análise dos pedidos de adaptações de contratos.

17. Por meio do Ofício 528/2017-TCU/SeinfraPortoFerrovia (peça 6), foi realizada diligência na Casa Civil da Presidência da República, para que encaminhasse os processos administrativos que tenham analisado os fundamentos técnicos e jurídicos envolvidos nas alterações trazidas pelo Decreto 9.048/2017, assim como documentos que tenham subsidiado as discussões do Grupo de Trabalho que tratou das alterações normativas.

18. A Antaq foi demandada, por meio da diligência contida no Ofício 527/2017-TCU/SeinfraPortoFerrovia (peça 7), a apresentar seus processos internos e documentos elaborados pela agência reguladora acerca das novas regras veiculadas no Decreto 9.048/2017.

### **II. Respostas recebidas**

19. O Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil apresentou sua resposta por meio do Ofício 220/2017/AECI (peça 15) e do Ofício 217/2017/AECI (peça 13), em que trouxe um CD, contendo cópia do processo administrativo 50000.021871/2017-91 (peça 22), do qual consta a “minuta padrão” (peça 22, p. 32) que será utilizada para realizar as adaptações dos interessados ao novo regime jurídico. No documento, especificamente no que tange aos termos aditivos de adaptação, o MTPA defende que o dispositivo em questão traz uma série de implicações para a gestão de contratos de arrendamento portuário, cuja grande maioria passa a ter o direito de migrar de seus regimes jurídicos originários para aquele instituído a partir da publicação do Decreto 9.048/2017 (peça 22, p. 20).

20. Entende que o caminho para a implementação da política de adaptações contratuais será via formalização dos aditamentos dos instrumentos de forma célere, haja vista a enorme demanda processual gerada pela ânsia do mercado em se adequar às novas condições regulamentadoras da Lei dos Portos, com vistas a organizar o trabalho administrativo da execução dessas adaptações e ao mesmo tempo resguardar os direitos dos arrendatários que manifestarem interesse na adaptação (peça 22, p. 22).

21. Por fim, aduz que com a adaptação contratual é possível que os instrumentos de arrendamento passem a incluir as novas condições da regulamentação da Lei 12.815/2013, com vistas a trazer segurança jurídica para as partes contratantes, buscando evitar a ocorrência de discussões administrativas e judiciais posteriores e permitir que o instrumento de arrendamento em questão contenha o direito de usufruir das condições do marco regulatório do setor (peça 22, p. 23).

22. A pasta ministerial também apresentou o Ofício 226/2017/AECI (peça 21), em que consta um rol de pedidos de adaptação sub judice, muitos deles com vigência já expirada em 2013, 2014, 2015 ou 2016, e ainda pedidos de adaptação já acompanhados de pedidos de prorrogação, todos celebrados até 2002, ou seja, em período anterior à vigência da Lei 12.815/2013, período em que a regra legal e contratual apenas permitia contratos com prazo de vigência não superior a 50 anos com uma prorrogação apenas.

23. Alega que ainda não há um cronograma previsto para a análise dos pedidos de adaptação já apresentados e que a tramitação das análises se dará na forma das respectivas instruções processuais, caso a caso, após a certificação de adimplência por parte da Antaq e da apreciação jurídica da Conjur/MTPA. Destaca ainda a pasta ministerial que serão considerados prioritários os contratos com prazo de vigência próximo de seus vencimentos (até 31 de dezembro de 2018) e a ordem de análise seguirá cronologicamente as datas de protocolização e do cumprimento das exigências legais.

24. A Casa Civil da Presidência da República encaminhou o Ofício-SEI 1.684/2017/SE/CC-PR (peça 20), em que afirma que não dispõe de notas técnicas, pareceres e outros documentos 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 para a redação final do Decreto 9.048/2017. Encaminhou Exposição de Motivos Interministerial 00038/2017-MTPA-MP, a minuta de Decreto e demais documentos que a acompanharam; Nota SAJ (Subchefia para Assuntos Jurídicos) 34/2017, que concluiu pela viabilidade jurídica da proposta, juntamente com seu anexo; fotocópia das diversas correspondências eletrônicas entre os agentes públicos envolvidos na discussão da matéria; atas de reunião e apresentações feitas sobre o tema quando das discussões internas; e demais documentos que constavam dos arquivos eletrônicos da SAJ.

25. A Antaq respondeu à diligência por meio do Ofício 419/2017/DG-Antaq (peça 12), que encaminhou processos administrativos destinados a propor alterações normativas ou edições de novas regulamentações versando sobre as matérias que tenham sido impactadas pelas novas disposições advindas do Decreto 9.048/2017. Aduziu que as análises de alternativas e de custo benefício afetas ao estudo de impacto regulatório são elaboradas no âmbito dos processos que tratam dessas proposições normativas, bem como que durante os trabalhos de discussão no âmbito do Grupo de Trabalho estabelecido pela Portaria GM/MT 435, de 2 de setembro de 2016, não foram produzidos documentos técnicos pela Antaq e que as atas de reuniões no âmbito do citado grupo de trabalho foram elaboradas pelo MTPA.

### **III. Análise dos indícios de irregularidades na adaptação de contratos de arrendamento vigentes**

26. Ao contrário do entendimento apresentado pelo MTPA, a assinatura do termo aditivo de adaptação aos contratos de arrendamento vigentes não tem o condão de trazer segurança jurídica ao mercado. Isso porque o termo de adaptação busca cristalizar nos contratos celebrados as novas regras previstas pelo Decreto 9.048/2017 sem o devido suporte constitucional e legal cabido. Senão vejamos.

#### **III.1. Possibilidade de extensão de vigência do contrato sem amparo legal**

27. O primeiro ponto a ser destacado diz respeito ao forte indício de infração aos princípios da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório e da seleção da proposta mais vantajosa pelo Decreto 9.048/2017 ao permitir a ampliação de prazo dos contratos de arrendamento portuário já celebrados e vigentes para até 70 anos e, conseqüentemente, à iminência da prática de atos potencialmente irregulares pelo MTPA, que está em vias de assinar diversos termos aditivos com base na nova regra.

28. A Lei 8.630, de 25/2/1993, que esteve em vigor até a edição da MP 595/2012, trazia no art. 4º, § 4º, inciso XI o limite de prazo dos contratos de arrendamentos portuários:

§ 4º São cláusulas essenciais no contrato a que se refere o inciso I do caput deste artigo, as relativas:

XI - ao início, término e, se for o caso, às condições de prorrogação do contrato, que poderá ser feita uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, desde que prevista no edital de licitação e que o prazo total, incluído o da prorrogação, não exceda a cinquenta anos;

29. A Medida Provisória 595 foi instituída em 6/12/2012 mantendo o mesmo limite, no seu art. 5º, § 1º:

§ 1º Os contratos de concessão e arrendamento terão prazo de até vinte e cinco anos, contado da data da assinatura, prorrogável por no máximo igual período, uma única vez, a critério do poder concedente.

30. Como consequência das discussões legislativas que se seguiram no Congresso Nacional sobre a referida MP, o dispositivo foi alterado no Projeto de Lei de Conversão:

§ 1º Os contratos de concessão e arrendamento terão prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, contado da data da assinatura, prorrogável uma única vez, até atingir o prazo máximo de 50 (cinquenta) anos, desde que o concessionário ou arrendatário, conforme o caso, promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias.”

31. No entanto, conforme Mensagem 222, de 5/6/2013, a então Presidente da República vetou o referido parágrafo na conversão da MP na Lei 12.815, sob o seguinte argumento:

A alteração realizada no texto excluiu a expressão ‘a critério do Poder Concedente’. Assim, pretendeu criar um mecanismo de prorrogação automática das concessões e dos arrendamentos, que dependeria apenas da realização dos investimentos previstos em contrato. Tal modificação retira do Poder Executivo a prerrogativa de avaliar a conveniência e a oportunidade de cada prorrogação, prejudicando a sua capacidade de planejamento e gestão do setor portuário e violando o princípio constitucional da Separação de Poderes.

32. Com a edição do Decreto 8.033, em 27/6/2013, a limitação de vigência temporal dos contratos foi prevista no art. 19 do normativo:

Art. 19. Os contratos de concessão e de arrendamento terão prazo de até vinte e cinco anos, prorrogável uma única vez, por período não superior ao originalmente contratado, a critério do poder concedente.

33. No entanto, 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.

34. No que diz respeito à adaptação dos contratos de arrendamento às novas regras, tratado no art. 2º do Decreto 9.048/2017, a norma dispõe o seguinte:

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.

35. Vê-se, portanto, que o Decreto 9.048/2017 possibilita que os arrendatários, por meio de adaptação às novas regras a ser pleiteada perante o MTPA, detentores de contratos firmados com base nas regras da Lei 8.630/1993, que previa um limite máximo de prazo contratual para até 50 anos, passem a ter direito a um prazo mais alongado.

36. Com base nas novas regras, o MTPA elaborou uma “minuta padrão” (peça 22, p. 33), que trata, dentre outras coisas, da possibilidade de majoração do prazo máximo do contrato para 70 (setenta) anos com múltiplas prorrogações. Vejamos:

#### CLÁUSULA SEGUNDA – DO PRAZO DE VIGÊNCIA

O contrato de arrendamento poderá ter a sua vigência prorrogada, ordinária ou antecipadamente, a critério do poder concedente, desde que preenchidos os requisitos legais e regulamentares, por sucessivas vezes, até o limite máximo de 70 (setenta) anos, incluídos o prazo de vigência original e todas as prorrogações, inclusive aquelas já realizadas.

37. O termo aditivo de adaptação, portanto, traz para dentro do contrato de arrendamento o direito de ampliação de prazo dos contratos de arrendamento portuário já celebrados e vigentes para até 70 anos.

38. A consultoria jurídica do Ministério dos Transportes (Conjur), no parecer 20/2017/Conjur-MT/CGU/AGU (peça 23, p. 5), que teceu considerações sobre a minuta do novo Decreto 9.048/2017, entende que a Lei 12.815, de 2013, deixou aos gestores públicos uma ampla margem de discricionariedade para definir, em cada caso concreto, o prazo mais adequado a ser previsto nos contratos de concessão de portos organizados ou de arrendamento de instalações portuárias, observada a regra de que o prazo deve ser suficiente à devida amortização dos investimentos.

39. Além disso, entende que não vislumbra óbice à possibilidade de sucessivas prorrogações, desde que cada contrato contenha a previsão de um prazo máximo que inclua todas as prorrogações e observe eventual limite legal ou regulamentar **existente à época da sua celebração**. Aduz que a maior flexibilidade permite ao gestor público adotar a medida mais adequada às circunstâncias do momento, o que tende a gerar melhores resultados, concretizando assim o princípio da eficiência, de modo a permitir a amortização e a adequada remuneração dos investimentos previstos no contrato, conforme estudo de viabilidade, o que encontra pleno amparo na lei.

40. É verdade que, embora a Medida Provisória 595/2012 tratasse da limitação da vigência dos contratos de concessão de portos organizados ou de arrendamento de instalações portuárias, ao ser convertida na Lei 12.815/2013 deixou de estabelecer o prazo máximo, que também não é previsto na Lei 8.987/1995 (Lei de Concessões).

41. Entretanto, o fato de não prever a limitação de vigência não apaga as normas anteriores (Lei 8.630/1993 e Decreto 8.033/2013 original) no que se refere ao prazo máximo dos contratos que foram assinados entre 1993 e a edição do Decreto 9.048/2017 e não significa que a fixação de um prazo máximo por decreto possa ser feita segundo o livre arbítrio dos gestores ou mesmo à revelia da observância de outras normas e princípios constitucional e legalmente insculpidos, como os princípios da isonomia e da vinculação do contrato administrativo ao seu instrumento convocatório.

42. Ocorre que, apesar de o Decreto 9.048/2017, em seu art. 2º, prever que a prorrogação é possível para os contratos vigentes celebrados após a Lei 8.630/1993, deve se ressaltar que a nova regra não pode valer para promover a alteração dos prazos de vigência previstos nos contratos já celebrados e em vigor, de maneira que o prazo máximo de 70 anos, poderá ser aplicado apenas aos novos contratos, cujo processo licitatório tenha ocorrido sob a novel regulamentação da Lei 12.815/2013.

43. Com efeito, os contratos de arrendamento celebrados na vigência da Lei 8.630/1993, e antes da vigência da Lei 12.815/2013, estavam, no momento de sua celebração, sujeitos à regra constante do art. 4º, §4º, inciso XI, da Lei 8.630/93, que previa a possibilidade de uma única

prorrogação por prazo máximo igual ao originalmente contratado, desde que o período total não excedesse a cinquenta anos.

44. Assim sendo, a possibilidade de prorrogação contratual aventada pelo novo Decreto 9.048/2017 deve respeitar o prazo máximo previsto na avença original, sob pena de infração à Constituição Federal, que em seu art. 37, inciso XXI, exige que os contratos administrativos obedeçam ao processo de licitação com a promoção de igualdade de condições aos concorrentes e com a previsão de cláusulas que mantenham as condições efetivas da proposta (edital), e em seu art. 175, exige licitação nos casos de concessão de serviços públicos, bem como ao princípio legal das licitações previsto na Lei 8.666/1993, segundo o qual o contrato administrativo (e seus posteriores aditivos) vincula-se ao edital convocatório, cujas normas obedeceram à legislação vigente à época.

45. *A contrario sensu*, aceitar que regulamentações vindouras possam alterar cláusulas essenciais de contratos administrativos em vigor pode levar a um quadro de total insegurança jurídica e regulatória no setor portuário. Considerando que, em tese, sobrevenha novo Decreto que reduza o prazo máximo permitido da concessão, é esperado que os detentores de contratos já firmados aleguem o princípio do *pacta sunt servanda* para não se submeterem à limitação.

46. Continuando o exercício hipotético, nada obstaria futuros alargamentos de vigência contratual via edição de atos unipessoais do chefe do Poder Executivo, o que acarretaria, na prática, a existência de contratos administrativos com prazo indeterminado, o que é vedado pela legislação. No mesmo raciocínio, também não haveria óbice para que as extensões de prazo fossem autorizadas aos arrendatários de terminais concedidos antes da Lei 8.630/1993.

47. Nesse contexto, insta salientar que a alteração dos contratos de arrendamento portuário para majorar o prazo máximo de vigência após a assinatura das avenças pode causar infringência ao princípio da isonomia da licitação e vai de encontro às condições do edital de convocação dos contratos já celebrados, havendo, portanto, no caso concreto, indícios graves de inconstitucionalidade do Decreto 9.048/2017 no que tange à possibilidade de majoração dos prazos máximos de vigência das contratações em apreço.

48. Deve-se salientar, ainda, que a análise da constitucionalidade da norma em questão por esta Corte de Contas está amparada pelos poderes implícitos de que se reveste este Tribunal, que pode apreciar a constitucionalidade de normas jurídicas e atos do Poder Público em sede de controle difuso envolvendo matérias de sua competência (Súmula STF 347) e este entendimento está consolidado na jurisprudência do TCU (Acórdão 2.463/2017-TCU-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler; Acórdão 1.181/2010-TCU-Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz; Acórdão 574/2006-TCU-Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha).

49. Por fim, consoante a documentação encaminhada pelo MTPA, com o rol de pedidos de adaptação apresentados ao Ministério (peça 24), verifica-se que a imensa maioria dos contratos a serem adaptados foram celebrados ainda sob a vigência da Lei 8.630/1993 e da redação original do Decreto 8.033/2013 e, assim, não podem ter o prazo prorrogado por limite máximo superior a cinquenta anos. O mesmo se aplica em relação aos contratos celebrados e que já foram prorrogados antes do início da vigência do Decreto 9.048/2017.

50. Denota-se que a Lei 12.815/2013 não autoriza a alteração de cláusulas essenciais de contratos de arrendamento já firmados, portanto entende-se que o Decreto 9.048/2017 operou *ultra legem*, e ainda, na medida em que possibilita a extrapolação dos prazos máximos originalmente desses contratos, atua *contra legem*.

### III.2 Possibilidade de realização de investimentos fora da área arrendada

51. Em outro momento do Decreto, verifica-se indícios de que o ato normativo infringe novamente os princípios da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório, e da seleção da proposta mais vantajosa, em função de autorização para realização de investimentos fora da área

arrendada, na infraestrutura comum do porto organizado, com imposição de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos seguintes termos:

Art. 42-A. Nos casos de arrendamento portuário, o poder concedente poderá autorizar investimentos, fora da área arrendada, na infraestrutura comum do porto organizado, desde que haja anuência da administração do porto.

Parágrafo único. Os investimentos novos de que trata o caput ensejarão recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato do proponente.

52. Em função dos dispositivos acima, o MTPA informa que foi formulada a minuta padrão para a adaptação contratual, nos seguintes termos:

#### CLÁUSULA SEXTA – DA AUTORIZAÇÃO PARA NOVOS INVESTIMENTOS

A realização de investimentos não previstos no Contrato de Arrendamento ou em seus aditivos já firmados deverá ser precedida de aprovação do Poder Concedente, mediante prévia análise da ANTAQ.

Parágrafo primeiro.

Investimentos novos realizados sem aprovação do Poder Concedente não serão indenizados ao fim do Contrato, ainda que não tenham sido amortizados, sem prejuízo da possibilidade de obrigar a Arrendatária a desfazer de alterações realizadas na área arrendada sem o consentimento do Poder Concedente.

Parágrafo segundo

O Poder Concedente poderá, mediante requerimento da Arrendatária, autorizar a realização de investimentos imediatos e urgentes necessários para, dentre outros:

I – cumprir as exigências de órgãos ou entidades integrantes da administração pública com competência para intervir nas operações portuárias;

II – restaurar a operacionalidade da instalação portuária em razão de fato superveniente que impeça ou dificulte a oferta de serviços portuários; ou

III – aumentar a eficiência operacional ou ampliação de capacidade da instalação portuária.

Parágrafo terceiro.

O Poder Concedente poderá autorizar que a Arrendatária realize investimentos na infraestrutura comum do porto, fora da área arrendada, desde que haja anuência da Administração do Porto, assegurada a recomposição do equilíbrio econômico-financeira do Contrato.

53. A inclusão de um direito de realização de investimentos na infraestrutura comum do porto no contrato pode acarretar a desnaturação do objeto contratado, em função de uma alteração da matriz de risco do contrato, podendo fazer com que o contratado deixe de se dedicar a prestar o serviço portuário na área arrendada, para contemplar também serviços outros que, inclusive, podem não dizer respeito à expertise técnica e aos requisitos técnicos e econômicos do contratado, averiguados no momento da disputa havida na licitação do contrato de arrendamento.

54. Em uma análise preliminar, sumária, própria desse momento de um juízo de verossimilhança, observa-se que, a princípio, a responsabilidade por tais obras nas áreas públicas e comuns dentro do porto organizado seria da Administração Portuária, caso sejam de manutenção da infraestrutura ou, no caso de intervenções mais significativas, do próprio poder concedente. Então, se adotada uma concepção mais rígida da obrigatoriedade de licitação, seria possível alegar que a autorização de realização de tais investimentos diretamente pelo arrendatário, mediante reequilíbrio contratual, seria uma forma de contornar a obrigatoriedade de licitação, infringindo a Constituição Federal, nos já citados arts. 37, inciso XXI e art. 175, bem como o art. 2º, da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993).

55. Além disso, corre-se o risco de que a arrendatária que pretende realizar o investimento na área comum não seja a pessoa mais eficiente para realizar tal investimento e não tenha os incentivos apropriados para que obtenha a melhor contratação possível, transferindo assim um custo adicional ao poder público por via do reequilíbrio contratual, sem a devida transparência.

56. Destaca-se que no caso de doação, pelos operadores portuários titulares de um contrato de arrendamento, de obras em infraestrutura de uso público de responsabilidade da administração do porto, o Tribunal de Contas da União entendeu, no Acórdão 1.317/2009-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Marcos Vinícios Vilaça, que essa hipótese estaria circunscrita aos casos em que não haja “qualquer tipo de contrapartida ao doador” ou que lhe gere algum benefício não extensível aos demais usuários do porto. Vejamos:

CONSULTA. POSSIBILIDADE DE O OPERADOR PORTUÁRIO, ARRENDATÁRIO, REALIZAR DOAÇÃO AO PODER PÚBLICO, SOB FORMA DE OBRAS DE ADEQUAÇÃO DA INFRAESTRUTURA DE PORTOS. RESPOSTA. ARQUIVAMENTO.

9.2. responder ao interessado que:

9.2.1. não há óbice que o operador portuário, titular de um contrato de arrendamento, faça doação ao poder público, instrumento previsto no art. 538 do Código Civil, na forma de obras de adequação da infra-estrutura dos berços de atracação de uso público, sem que haja qualquer tipo de contrapartida ao doador ou que tenha como consequência algum benefício direto a este, não extensível aos demais usuários do porto, tal como exclusividade pela utilização da área reformada, observadas as competências da autoridade portuária definidas no art. 33, § 1º, inciso VI, da Lei nº 8.630/1993;

9.2.2. sendo ato de liberalidade do doador, cabe à autoridade portuária aceitar ou não a doação, nos termos do art. 539 do Código Civil, e, se aceitar, firmar escritura pública, como ditado pelo art. 541 do Código Civil.

57. Portanto, o compulsório “pagamento” ao arrendatário, mediante reequilíbrio contratual (previsto no art. 42-A, § único da nova redação do Decreto), por obra realizada em infraestrutura administrada pela autoridade portuária carrega indícios de burla ao dever de licitar inerente à Administração Pública.

### III.3 Possibilidade de substituição de área pública arrendada sem licitação prévia

58. O terceiro indício de irregularidade identificado, *a priori*, no Decreto 9.048/2017 é relativo à possibilidade de substituição de área arrendada, não prevista na Lei 12.815/2013 e 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.

§1º O poder concedente e o arrendatário são partes competentes para iniciar o processo de substituição de área previsto no caput.

§2º Caso não esteja de acordo com a decisão do poder concedente, o arrendatário poderá:

I - solicitar a rescisão do contrato, quando a iniciativa do processo for do poder concedente; ou

II - desistir do pedido de substituição de área, quando a iniciativa do processo for do próprio arrendatário.

§3º Na hipótese prevista no inciso I do § 2º, o arrendatário não se sujeitará à penalidade por rescisão antecipada do contrato.

§4º A substituição das áreas de que trata o caput deverá ser precedida de:

I - consulta à autoridade aduaneira;

II - consulta ao respectivo poder público municipal;

III - consulta pública;

IV - emissão, pelo órgão licenciador, do termo de referência para os estudos ambientais com vistas ao licenciamento; e

V - manifestação sobre os possíveis impactos concorrenciais do remanejamento.” (NR)

59. Com base no dispositivo em apreço, o MTPA formulou a minuta padrão dos termos aditivos (peça 22, p. 34), contendo a seguinte cláusula:

#### CLÁUSULA QUINTA – DA SUBSTITUIÇÃO DE ÁREA

A área do arrendamento poderá ser substituída, com a anuência da Arrendatária, no todo ou em parte, por área, por área não arrendada no mesmo porto organizado, desde que observadas as condições estabelecidas na legislação.

Parágrafo Único. Caso não esteja de acordo com a decisão do Poder Concedente acerca da substituição de área, o arrendatário poderá:

I – solicitar a rescisão do Contrato, quando a iniciativa do processo for do Poder Concedente, caso em que não lhe será aplicada penalidade por rescisão antecipada; ou

II – desistir do pedido de substituição de área, quando a iniciativa do processo for da própria Arrendatária.

60. A norma em apreço trata de duas situações de substituição de área original do arrendamento: quando a medida trouxer comprovadamente ganhos operacionais à atividade portuária ou quando houver empecilho superveniente à exploração da área original. Ambas as hipóteses tratam de inovações do Decreto 9.048/2017 que não foram previstas na Lei 12.815/2013.

61. A teor do que leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “no sistema jurídico brasileiro, o emprego do poder estatal para restringir e condicionar liberdades e direitos individuais é uma exceção às suas correspectivas afirmações constitucionais, daí porque somente possa ser exercido sob reserva legal (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal)” (*in* Curso de Direito Administrativo, Parte Geral e Parte Especial, 2005, pg. 396). De fato, apenas as leis, organicamente consideradas, podem delinear o perfil dos direitos, elastecendo ou reduzindo o seu conteúdo.

62. O poder regulamentar de que dispõe o chefe do Poder Executivo se limita a promover a fiel execução da lei em sentido estrito. Vejamos o texto constitucional:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

63. No inciso IV citado, está prevista a competência do chefe do Poder Executivo para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Trata-se de competência para edição de atos normativos secundários, que não podem, portanto, inovar no ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações.

64. Há que se ressaltar, ainda, que a redação do art. 84, inciso VI, da Constituição Federal não trata da possibilidade de que o chefe do Poder Executivo, via Decreto, crie novos direitos e obrigações, ou seja, mantém intocado o princípio da legalidade. Sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho teceu os seguintes comentários (*in* Manual de Direito Administrativo, 2009, pgs. 59 e 60):

Realmente, não conseguimos encontrar no vigente quadro constitucional respaldo para admitir-se a edição de regulamentos autônomos. Está à mostra em nosso sistema político que ao Executivo foi apenas conferido o poder regulamentar derivado, ou seja, aquele que pressupõe a edição de lei anteriormente promulgada, que necessite do seu exercício para viabilizar a efetiva aplicação de suas normas.

(...) Não obstante, mesmo diante da alteração processada na Constituição, permanecemos fiéis ao pensamento que expressamos acima.

(...) Atos dessa natureza não podem existir em nosso ordenamento porque a tanto se opõe o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, que fixa o postulado da reserva legal para a exigibilidade de obrigações. Para que fossem admitidos, seria impositivo que a Constituição deixasse clara, nítida, indubitável, a viabilidade jurídica de sua edição por agentes da Administração, como o fez, por exemplo, ao atribuir ao Presidente da República o poder constitucional de legislar através de medidas provisórias (art. 62 da Constituição Federal). Aqui, sim, o poder legiferante é direto e primário, mas os atos são efetivamente legislativos, e não regulamentares. Ao contrário, decretos e regulamentos autônomos estampariam poder legiferante indireto e simulado, e este não encontra suporte na Constituição.

Os atos de organização e funcionamento da Administração Federal, ainda que tenham conteúdo normativo, são meros atos ordinatórios, ou seja, atos que se preordenam basicamente ao setor interno da Administração para dispor sobre seus serviços e órgãos, de modo que só reflexamente afetam a esfera jurídica de terceiros, e assim mesmo mediante imposições derivadas ou subsidiárias, mas nunca originárias.

65. É importante destacar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da finalidade do poder regulamentar de que dispõe o chefe do Poder Executivo, no seguinte sentido:

É cediço na doutrina que "a finalidade da competência regulamentar é a de produzir normas requeridas para a execução de leis quando estas demandem uma atuação administrativa a ser desenvolvida dentro de um espaço de liberdade exigente de regulação ulterior, a bem de uma aplicação uniforme da lei, isto é, respeitosa do princípio da igualdade de todos os administrados" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 336). [ADI 4.218 AgR, rel. min. Luiz Fux, DJE de 19-2-2013.]

66. Insta salientar, nesse ponto, que o STF tem entendido que a análise da extrapolação do poder regulamentador deve ser feita na via da análise de legalidade e não da constitucionalidade, uma vez que o excesso do poder regulamentar configura uma matéria infraconstitucional e uma ofensa tão somente indireta, reflexa, da Constituição Federal. Vejamos:

Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado ultra legem, quer porque tenha permanecido citra legem, quer, ainda, porque tenha investido contra legem, a questão caracterizará, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. Mesmo que, a partir desse vício jurídico, se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada. (ADI 996 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 11-3-1994, P, DJ de 6-5-1994).

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 4º DO ART. 6º-A DO DECRETO N. 4.376/2002: NORMA DE CARÁTER SECUNDÁRIO QUE SE PRESTA A REGULAMENTAR O DISPOSTO NA LEI N. 9.883/1999. 1. Os atos regulamentares, cujo

conteúdo ultrapasse o que na lei regulamentada se contém, podem estar eivados de ilegalidade. Precedentes. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ADI 4176 AgR, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012)

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Obrigação acessória. Portaria MPS 133/06; IN/MPS nº 15/06 e Lei nº 8.213/91. Poder regulamentar. Princípio da legalidade. Afronta reflexa. 1. A questão debatida no recurso extraordinário não extrapola o âmbito da legalidade. A afronta ao texto constitucional, caso ocorresse, seria meramente reflexa ou indireta. 2. Agravo regimental não provido. (ARE 921130 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 26-02-2016 PUBLIC 29-02-2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. DECRETO N. 332/1991. EXCESSO DO PODER REGULAMENTAR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.(AI 738739 AgR-AgR, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 18/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 18-02-2013 PUBLIC 19-02-2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DEBATE ACERCA DO ALCANCE DO PODER REGULAMENTAR. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DO CARÁTER DE ATO NORMATIVO PRIMÁRIO. DEBATE QUE SE ENCERRA NO ÂMBITO DA LEGALIDADE. A alegada violação ao princípio da moralidade, levando-se em conta o afastamento da Resolução CG/REFIS nº 19/2001, não foi abordada pelo Tribunal de origem ou pela decisão agravada. Mostra-se aplicável ao caso a Súmula 282/STF. A pretensa exorbitância do poder regulamentar com relação à lei que regula o Refis revela uma suposta crise de legalidade, a qual não encontra repercussão constitucional imediata (cotejo entre a Lei nº 9.964/00 e o CG/REFIS nº 19/2001). Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 587795 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 20/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 16-06-2014 PUBLIC 17-06-2014)

67. Dessa maneira, cumpre destacar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto no seguinte sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ATO ADMINISTRATIVO. DECRETO REGULAMENTAR. ESTIPULAÇÃO DE EXIGÊNCIA NÃO PREVISTA EM LEI. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Os atos normativos de natureza administrativa que visam regulamentar normas gerais e abstratas têm como função a complementação da disciplina contida em lei strictu sensu, sendo vedado extrapolar os limites da legislação em sede de decreto regulamentar, sob pena de ofensa ao princípio da reserva legal.

Precedentes do STF: AgRg no RE. 583.785, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 22.2.2013; AgRg no RE. 458.735, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 3.2.2006.

2. Na hipótese, o Decreto regulamentador impõe condição não prevista em lei para o cadastramento de associações no SIAPE, restringindo por meio de ato administrativo a atuação de órgão representativo, que tem legitimidade atribuída no art. 5o., XXI da CF/88 (as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente).

3. A imposição pelo art. 10, II, b do Decreto 6.386/08 de exigência não prevista no diploma legal para fins de cadastramento no SIAPE, qual seja, número mínimo de quinhentos associados ou o equivalente a 80% da categoria, carreira, quadro de pessoal ou base territorial que representam, extrapola o poder regulamentador conferido à Presidência da República pelo art. 84, IV da CF/88, não servindo o apontado art. 45 da Lei 8.112/90 como norma autorizativa.

4. Agravo Regimental da UNIÃO a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 231.652/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 21/03/2017)

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE DE PRATICAGEM. LIMITES DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA. FIXAÇÃO DE PREÇOS MÁXIMOS PELA AUTORIDADE MARÍTIMA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA.

(...)

10. O limite de um decreto regulamentar é dar efetividade ou aplicabilidade a uma norma já existente, não lhe sendo possível a ampliação ou restrição de conteúdo, sob pena de ofensa à ordem constitucional.

(REsp 1662196/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 25/09/2017)

68. Cabe destacar que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Acórdão 2.896/2009-TCU-Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues) e a doutrina majoritária consideram a exploração da atividade portuária como serviço público, face às características da atividade. A Constituição de 1988 atribuiu competência à União para legislar sobre a matéria (art. 22, inciso X), bem como para explorar os portos marítimos, fluviais e lacustres diretamente ou por meio de concessão, permissão ou autorização (art. 21, inciso XII, alínea 'f').

69. Por sua vez, a Lei 12.815/2013 regula a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos, instalações portuárias e atividades desempenhadas pelos operadores portuários. A política legislativa, assim, não dá margem para interpretação distinta, fazendo com que o ordenamento jurídico brasileiro considere a atividade portuária de movimentação e armazenagem de cargas como serviço público, em consonância com a interpretação jurisprudencial e doutrinária dominante. Ademais, o art. 4º da Lei 12.815/2013 já previa que as outorgas de prestação de serviços de transporte associados à exploração de infraestrutura ocorreriam por meio de concessão.

70. A Lei 12.815/2013 prevê que são essenciais aos contratos de concessão e arrendamento cláusulas relacionadas a necessidades futuras de expansão da atividade e consequente ampliação das instalações, conforme o disposto no seu art. 5º, inciso IX:

Art. 5º São essenciais aos contratos de concessão e arrendamento as cláusulas relativas:

(...)

IX - aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive os relacionados a necessidades futuras de suplementação, alteração e expansão da atividade e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações;

71. Todavia, a necessidade de alteração e expansão da atividade ou da modernização das instalações não podem implicar nenhuma hipótese de descaracterização do objeto licitado, que é a prestação de um serviço público em uma área específica. O fato de as atividades desenvolvidas nas instalações portuárias pelo arrendatário serem caracterizadas como serviço público não pode ensejar o entendimento de que qualquer área possa ser utilizada para a prestação do serviço. Ou seja, a exploração de serviço público mediante concessão ou arrendamento vincula-se às atividades e à área concedidas.

72. Uma coisa é a possibilidade de expansão e/ou unificação de áreas já arrendadas dentro do porto organizado, como já foi objeto de análises em casos concretos pelo TCU. Nesses casos, a

expansão tem correlação direta com a prestação do serviço de maneira adequada e permite o aproveitamento de uma área conexas ao terminal arrendado que, por si só, não poderia ser licitada.

73. Entretanto, a criação de um direito à substituição de uma área arrendada por outra, não prevista no instrumento convocatório da licitação, a critério do poder concedente, mesmo que ouvida a administração portuária, tem o condão de permitir situações irregulares, que põem em xeque o dever de licitar previsto constitucionalmente, no art. 175, *caput*, da nossa Carta Magna.

74. Ao possibilitar a troca de áreas dentro do porto organizado sem licitação prévia, o Decreto 9.048/2017 extrapolou sua função de regulamentar a Lei 12.815/2013 e criou a possibilidade de burla ao dever de licitar previsto na Constituição Federal, em seu já citado art. 37, inciso XXI e art. 175, e na Lei de Portos (Lei 12.815/2013), art. 4º, que prevê que “A concessão e o arrendamento de bem público destinado à atividade portuária serão realizados mediante a celebração de contrato, **sempre precedida de licitação**, em conformidade com o disposto nesta Lei e no seu regulamento”.

75. Some-se a isso o fato de que na minuta padrão do termo aditivo de adaptação encaminhada pelo MTPA há previsão de hipótese de rescisão do contrato nos casos em que o arrendatário não concordar com a decisão da autoridade portuária acerca de substituição de área arrendada quando a iniciativa do processo for do Poder Concedente. Assim, vê-se que a nova cláusula, com base em uma previsão normativa infralegal irregular, cria ainda uma nova hipótese de rescisão contratual não prevista na avença original. *In verbis*:

#### CLÁUSULA QUINTA – DA SUBSTITUIÇÃO DE ÁREA

A área do arrendamento poderá ser substituída, com a anuência da Arrendatária, no todo ou em parte, por área, por área não arrendada no mesmo porto organizado, desde que a medida comprovadamente traga ganhos operacionais à atividade portuária, ou no caso de empecilho superveniente, ao uso da área original; e desde que seja recomposto o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

Parágrafo Único. Caso não esteja de acordo com a decisão do Poder Concedente acerca da substituição de área, a Arrendatária poderá:

**I – solicitar a rescisão do Contrato, quando a iniciativa do processo for do Poder Concedente, caso em que não lhe será aplicada penalidade por rescisão antecipada;** ou (grifo nosso)

#### IV. Da presença dos requisitos processuais da medida cautelar

76. Consoante o art. 276 do RI/TCU, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* e ausente o *periculum in mora* reverso.

##### IV.1. *Fumus boni iuris*

77. Primeiramente, cumpre destacar a existência do pressuposto do *fumus boni iuris* no caso concreto, uma vez que o Decreto 9.048/2017 contempla disposições normativas com fortes indícios de ilegalidade, conforme detalhado nesta instrução, e com base nas novas regras trazidas pela norma infralegal poderão ser assinados mais de cem termos aditivos a contratos de arrendamento portuário, cristalizando direitos e trazendo novas relações jurídicas viciadas do ponto de vista da legalidade.

78. É o caso da ampliação de prazos para contratos já celebrados, cuja vigência pode alcançar 70 anos, extrapolando o poder regulamentar e infringindo os princípios da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. É também o caso da nova regra criada pelo Decreto, e que não é prevista nas leis em sentido estrito, que permite a

substituição de área. O mesmo entendimento também diz respeito à possibilidade de realização de investimentos em área fora do arrendamento, que pode implicar na completa descaracterização do objeto contratado, tendo em vista o risco de burla à licitação na hipótese de pagamentos mediante reequilíbrio contratual.

79. É de se destacar, nesse ponto, que a Lei 12.815/2013 prevê quais são as cláusulas essenciais aos contratos de concessão e arrendamento do setor portuário. Vejamos:

Art. 5º São essenciais aos contratos de concessão e arrendamento as cláusulas relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo;

80. A Lei, portanto, elenca que prazo, área e objeto são cláusulas essenciais no primeiro dos dezoito incisos do art. 5º. Como visto acima, as disposições do novo Decreto 9.048/2017, notadamente no que se refere à majoração do prazo máximo, à substituição de área e à possibilidade de investimentos fora da área arrendada, alteram substancialmente as cláusulas que tratam da essência do serviço concedido.

81. A assinatura dos termos aditivos de adaptação, que pode ocorrer a qualquer momento, incorpora aos contratos direitos introduzidos no ordenamento jurídico por um instrumento precário, infralegal, que, conforme detalhado acima, infringe princípios caros à Administração, extrapola os limites da Lei que rege o setor e também da legislação pátria acerca de licitações e contratações públicas.

82. Ditos termos aditivos, após assinados, farão parte do contrato administrativo do qual fazem parte os arrendatários de terminais, e mesmo que o decreto venha a ser posteriormente revogado, anulado ou tenha a sua eficácia suspensa por decisão judicial, os contratos e seus respectivos aditivos permanecerão vigentes, gerando ainda mais insegurança jurídica ao setor.

83. A adaptação dos contratos aos termos do novo Decreto 9.048/2017, assim, configura um risco de dano ao patrimônio e ao erário públicos, uma vez que o direito de substituição de áreas arrendadas sem prévia licitação coloca em risco o regular uso e exploração de bens públicos (terminais em portos públicos), que poderão ser explorados por arrendatários que não necessariamente serão os mais eficientes em explorar a área que poderia ser licitada e entregue a um novo *player* no mercado.

84. Já o novo direito, tratado no Decreto, de realização de investimentos em áreas comuns do porto com a imposição de reequilíbrio contratual pode trazer sérios danos ao erário público, uma vez que a possibilidade de alteração da matriz de risco dos contratos e o consequente reequilíbrio contratual podem não traduzir a melhor alternativa de enfrentamento das dificuldades de gestão pelas Autoridades Portuárias e pelo poder concedente, e ainda gerar obrigações novas para a administração pública no futuro.

85. Em síntese: a assinatura de termos aditivos de adaptação com base no Decreto 9.048/2017 cria alterações nas relações jurídicas já existentes, possibilitando a permanência de arrendatários por prazo majorado e incompatível com as regras contratuais vigentes quando de sua celebração, inclusive com direitos não autorizados pela legislação. Além disso, cria insegurança jurídica no setor portuário devido à possibilidade de questionamentos acerca da legalidade da aplicação do Decreto aos contratos hoje existentes.

#### IV.2. *Periculum in mora*

86. Em relação ao *periculum in mora*, caracteriza-se no caso concreto o risco iminente de dano ao patrimônio e ao erário públicos e de lesão ao interesse público, tendo em vista que o MTPA já elaborou as minutas padrão de termos aditivos que estão em via imediata de serem assinados. Com a assinatura, serão alteradas irregularmente as relações jurídicas contratuais vigentes, uma vez que seu fundamento normativo é sustentado no Decreto 9.048/2017, que contém disposições que

possivelmente extrapolam os ditames da lei e do poder de regulamentação de que dispõe o Poder Executivo.

87. Em ofício apresentado a esta Unidade Técnica (peça 21), como resposta a diligência efetuada, o MTPA alega que ainda não há um cronograma previsto para a análise dos pedidos de adaptação já apresentados e que a tramitação das análises se dará na forma das respectivas instruções processuais, caso a caso, após a certificação de adimplência por parte da Antaq e da apreciação jurídica da Conjur/MTPA.

88. Destaca ainda a pasta ministerial que serão considerados prioritários os contratos com prazo de vigência próximo de seus vencimentos (até 31 de dezembro de 2018) e a ordem de análise seguirá cronologicamente as datas de protocolização e do cumprimento das exigências legais.

89. Dentre esses contratos prioritários, o MTPA informa haver oito contratos, sendo que um deles (TERMARES TERMINAIS MARITIMOS ESPECIALIZADOS LTDA – contrato 005/1991) foi celebrado antes da vigência da Lei 8.630/1993. Sua adaptação, pela regra do novo Decreto estaria vedada, pois o seu artigo 2º, § 3º, impediria que contratos celebrados antes de 1993 sejam alcançados pelo novo regime jurídico.

90. Destacam-se neste grupo também quatro contratos firmados em 1998 e um celebrado em 2003. Para estes, além do risco de incorporação de novos direitos indevidos, face aos indícios de ilegalidade presentes no Decreto 9.048/2017, há ainda a possibilidade de majoração do prazo de vigência até 70 anos, o que também seria irregular, uma vez que, conforme demonstrado acima, o novo prazo máximo deve se aplicar apenas aos novos contratos firmados no setor.

91. Também na resposta do MTPA (peça 21, p. 7) consta um rol de pedidos de adaptação sub judice, muitos deles com vigência já expirada em 2013, 2014, 2015 ou 2016, e ainda pedidos de adaptação já acompanhados de pedidos de prorrogação, todos celebrados até 2002, ou seja, em período anterior à vigência da Lei 12.815/2013, período em que a regra legal e contratual apenas permitia contratos com prazo de vigência não superior a 50 anos com uma prorrogação apenas.

92. No que se refere ao *periculum in mora reverso*, demonstrou-se a sua inexistência, tendo em vista que não se trata de proposta visando impedir prorrogações previstas nos contratos de arrendamento, mas tão somente da assinatura de termos de adaptação às novas regras até que o Tribunal aprecie no mérito o enfrentamento das questões jurídicas que serão trazidas à tona ao longo do presente processo de acompanhamento. As normas que tratam do direito à prorrogação dos contratos permanecerão vigentes e eficazes e as análises dos pedidos de prorrogação apresentados ao poder concedente poderão ser tramitadas normalmente, obedecidos os ditames legais e as determinações deste Tribunal eventualmente vigentes.

93. O prazo de cento e oitenta dias para a apresentação dos pleitos, a contar da vigência do novo decreto, expirou em 12/11/2017, ou seja, todos os pleitos possíveis já foram apresentados. Caso a cautelar venha a ser revogada no futuro, as adaptações poderão ser analisadas em momento posterior.

94. No que tange à necessidade de medida cautelar *inaudita altera pars*, entende-se que tal medida deve ser adotada por estarem presentes nos autos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, bem assim por não se ter configurado *periculum in mora* ao reverso capaz de trazer prejuízos significativos ao interesse público. A cautelar ora proposta deve ser adotada sem a oitiva prévia do responsável, prevista no art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU, tendo em vista a iminência da assinatura de termos aditivos de adaptação pelo MTPA.

## CONCLUSÃO

95. Ao longo da presente instrução, foi demonstrado que o recém-promulgado Decreto 9.048/2017, que alterou artigos do Decreto 8.033/2013, apresentou substanciais inovações no regimento do setor portuário.

96. As inovações contemplam, entre outras coisas, regras para expansão de áreas arrendadas, substituição de áreas dentro do mesmo porto organizado sem licitação prévia, extensão do prazo inicial de concessão para até 35 (trinta e cinco) anos, podendo ser prorrogado sucessivas vezes até o limite máximo de 70 (setenta) anos, autorização para realização de investimentos em infraestrutura comum, fora da área arrendada e com imposição de reequilíbrio financeiro, bem como direito de alteração de cronograma de investimentos para adequação ao interesse público em razão de evento superveniente e de aprovação de investimentos urgentes.

97. 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 as alterações promovidas pela via infralegal devem respeitar os princípios constitucionais que regem os contratos administrativos e os limites do poder de regulamentação das leis. E ainda, é cediço que a constante substituição de balizas legais e regulatórias aponta para um quadro de indefinição e insegurança jurídica no setor.

98. O art. 2º do Decreto 9.048/2017 possibilita aos atuais arrendatários com contratos vigentes, desde que assinados após a vigência da Lei 8.630/1993, a adaptação de seus contratos aos termos das novas regras. A adaptação deverá ser precedida de manifestação do interessado e efetivada por meio da assinatura de termo aditivo contratual.

99. Ocorre que, a assinatura do termo aditivo de adaptação aos contratos de arrendamento vigentes não tem o condão de trazer segurança jurídica ao mercado. Isso porque o termo de adaptação busca cristalizar nos contratos celebrados as novas regras previstas pelo Decreto 9.048/2017, sem o devido suporte constitucional e legal cabido.

100. Demonstrou-se que a possibilidade de prorrogação contratual aventada pelo Decreto 9.048/2017 deve respeitar o prazo máximo previsto na avença original, sob pena de infração à Constituição Federal, que em seu art. 37, inciso XXI, exige que os contratos administrativos obedeçam ao processo de licitação com a promoção de igualdade de condições aos concorrentes e com a previsão de cláusulas que mantenham as condições efetivas da proposta (edital), ao seu art. 175, que exige licitação nos casos de concessão de serviços públicos, bem como ao princípio legal das licitações previsto na Lei 8.666/1993, segundo o qual o contrato administrativo (e seus posteriores aditivos) vincula-se ao edital convocatório, cujas normas obedeceram à legislação vigente à época.

101. Assim, há indícios graves de que a previsão normativa veiculada pelo Decreto 9.048/2017 seja inconstitucional e também extrapola os poderes de regulamentação de que dispõe o Poder Executivo, de modo que a alteração dos contratos de arrendamento portuário para majorar o prazo máximo de vigência após a assinatura das avenças infringe o princípio da isonomia da licitação e vai de encontro às condições do edital de convocação dos contratos já celebrados.

102. Verificou-se ainda que, ao possibilitar a troca de áreas dentro do porto organizado sem licitação prévia, o Decreto 9.048/2017 extrapola sua função de regulamentar a Lei 12.815/2013 e criou a possibilidade de burla ao dever de licitar previsto na Constituição Federal, em seu já citado art. 37, inciso XXI, e art. 175, e na Lei de Portos (Lei 12.815/2013), art. 4º, que prevê que “A concessão e o arrendamento de bem público destinado à atividade portuária serão realizados mediante a celebração de contrato, **sempre precedida de licitação**, em conformidade com o disposto nesta Lei e no seu regulamento”.

103. A inclusão de um direito de realização de investimentos na infraestrutura comum do porto no contrato pode acarretar a desnaturação do objeto contratado, em função de uma alteração da matriz de risco do contrato, podendo fazer com que o contratado deixe de se dedicar a prestar o serviço portuário na área arrendada, para contemplar também serviços outros que, inclusive, podem não dizer respeito à expertise técnica e aos requisitos técnicos e econômicos do contratado, averiguados no momento da disputa havida na licitação do contrato de arrendamento.

104. A responsabilidade por tais obras nas áreas públicas e comuns dentro do porto organizado seria da Administração Portuária, quer sejam de manutenção da infraestrutura ou, no caso de intervenções mais significativas, do próprio poder concedente. Então, se adotada uma concepção mais rígida da obrigatoriedade de licitação, seria possível alegar que a autorização de realização de tais investimentos diretamente pelo arrendatário, mediante reequilíbrio contratual, seria uma forma de contornar a obrigatoriedade de licitação, infringindo a Constituição Federal, nos já citados arts. 37, inciso XXI, e art. 175, bem como o art. 2º da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993).

105. Demonstrou-se o preenchimento dos pressupostos processuais de concessão de medidas cautelares no âmbito do TCU, pois resta caracterizado o *fumus boni iuris* no caso concreto, uma vez que o Decreto 9.048/2017 contempla disposições normativas com fortes indícios de ilegalidade, conforme detalhado nesta instrução, e com base nas novas regras trazidas pela norma infralegal poderão ser assinados mais de cem termos aditivos a contratos de arrendamentos portuários, cristalizando direitos e trazendo novas relações jurídicas viciadas do ponto de vista da legalidade.

106. A assinatura de termos aditivos de adaptação com base no Decreto 9.048/2017 cria novas relações jurídicas, possibilitando a permanência de arrendatários por prazo majorado e incompatível com as regras contratuais vigentes quando de sua celebração, inclusive com direitos não autorizados pela legislação, e cria mais insegurança jurídica devido a grande chance de questionamentos acerca da legalidade da aplicação do Decreto aos contratos hoje existentes.

107. Em relação ao *periculum in mora*, caracteriza-se no caso concreto o risco de dano ao patrimônio e ao erário públicos e de lesão ao interesse público, tendo em vista que o MTPA já elaborou as minutas padrão de termos aditivos que estão na iminência de serem assinados. Com a assinatura, serão criadas relações jurídicas contratuais com indícios de irregularidades, uma vez que seu fundamento normativo é sustentado no Decreto 9.048/2017, cujas disposições extrapolam os ditames da lei e do poder de regulamentação de que dispõe o Poder Executivo.

108. No que se refere ao *periculum in mora reverso*, demonstrou-se a sua inexistência, tendo em vista que não se trata de proposta visando impedir prorrogações previstas nos contratos de arrendamento, mas tão somente da assinatura de termos de adaptação às novas regras até que o tribunal aprecie no mérito o enfrentamento das questões jurídicas que serão trazidas à tona ao longo do presente processo de acompanhamento. As normas que tratam do direito à prorrogação dos contratos permanecerão vigentes e eficazes e as análises dos pedidos de prorrogação apresentados ao poder concedente poderão ser tramitadas normalmente.

109. O prazo de cento e oitenta dias para a apresentação dos pleitos, a contar da vigência do novo decreto, expirou em 12/11/2017, ou seja, todos os pleitos possíveis já foram apresentados. Caso a cautelar venha a ser revogada no futuro, as adaptações poderão ser analisadas em momento posterior.

## PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

110. Ante todo o exposto, com fundamento no item 95.1 do Manual de Acompanhamento do TCU, aprovado pela Portaria Segecex 27, de 9 de dezembro de 2016, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

- I) determinar cautelarmente, com fulcro no art. 276, *caput*, do Regimento Interno do TCU, ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil que se abstenha, até que o TCU aprecie o mérito do presente Relatório de Acompanhamento:
  - a) de assinar termos aditivos de adaptação dos contratos de arrendamento portuário às regras do Decreto 9.048/2017, que contenham cláusulas que contemplem possibilidade de:
    - i) majoração do prazo de vigência contratual, nos termos do art. 19 do Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017; ii) substituição da área arrendada, nos termos do art. 24-A do Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017; e iii) realização de investimento fora da área arrendada com imposição de reequilíbrio

econômico-financeiro do contrato, nos termos do art. 42-A do Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017; e

b) de assinar termos aditivos aos contratos de arrendamento portuário que contenham cláusulas que contemplem possibilidade de: i) majoração do prazo de vigência contratual, nos termos do art. 19 do Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017; ii) substituição da área arrendada, nos termos do art. 24-A do Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017; e iii) realização de investimento fora da área arrendada com imposição de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos do art. 42-A do Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017;

- II) realizar, com fulcro no art. 276, § 3º, do Regimento Interno do TCU, a oitiva do MTPA para que se pronuncie no prazo de quinze dias acerca dos indícios de irregularidade contidos na presente instrução;
- III) encaminhar cópia da presente instrução ao MTPA a fim de subsidiar a manifestação requerida; e
- IV) encaminhar cópia da decisão que vier a ser adotada à Antaq.

SeinfraPortoFerrovia, 1ª Diretoria, em 30 de novembro de 2017.

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