

## RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO

### Fiscalização dos atos decorrentes do Decreto 9.048/2017

**TC 030.098/2017-3**

**Relator:** Ministro Bruno Dantas

**Modalidade:** Relatório de Acompanhamento

**Ato originário:** Despacho do Ministro Relator (TC 028.914/2017-1)

**Objeto da Fiscalização:** acompanhamento dos atos e procedimentos adotados pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (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.

**Atos de designação:** Portarias de Fiscalização 1.167/2017 (peça 3) e 336/2018 (peça 48)

**Unidades Fiscalizadas:** Casa Civil da Presidência da República, Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).

**Vinculação ministerial:** Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

**Vinculação no TCU:** Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária.

**Responsáveis:** Eliseu Lemos Padilha, Ministro-Chefe da Casa Civil/PR; Valter Casimiro Silveira, Ministro dos Transportes, Portos e Aviação Civil; Mário Povia, Diretor-Geral da Antaq.

#### Composição da equipe:

Auditor	Matrícula	Lotação
Jairo Misson Cordeiro (supervisor)	9445-5	SeinfraPortoFerrovia
Rafael Lapa Santos Bezerra (coordenador)	10220-2	SeinfraPortoFerrovia
José Arthur Bezerra Silva	6546-3	SeinfraPortoFerrovia

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>4</b>
<b>HISTÓRICO .....</b>	<b>4</b>
<i>Evolução do marco legal e infralegal do setor portuário.....</i>	<i>4</i>
<i>Grupo de Trabalho – propostas para alteração do Decreto 8.033/2013 e análise da Conjur/MTPA e da Casa Civil/PR.....</i>	<i>5</i>
<i>Início do acompanhamento do TCU – proposta de fiscalização e diligências iniciais.....</i>	<i>6</i>
<i>Proposta de cautelar e seu indeferimento.....</i>	<i>6</i>
<i>Oitivas e novos documentos apresentados pela Casa Civil/PR e pelo MTPA.....</i>	<i>7</i>
<i>Pedido de ingresso nos autos .....</i>	<i>7</i>
<i>Estruturação da presente instrução .....</i>	<i>8</i>
<b>EXAME TÉCNICO .....</b>	<b>8</b>
<b>PEDIDO DE HABILITAÇÃO NOS AUTOS DAS ENTIDADES DO SETOR PORTUÁRIO .....</b>	<b>8</b>
<i>Argumentos apresentados pelas associações .....</i>	<i>8</i>
<i>Análise dos pedidos .....</i>	<i>9</i>
<b>QUESTÃO PRELIMINAR - NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO PELO TCU.....</b>	<b>11</b>
<b>POSSÍVEIS ILEGALIDADES VEICULADAS PELO DECRETO 9.048/2017 .....</b>	<b>15</b>
<b>I. AMPLIAÇÃO DO PRAZO MÁXIMO DO ARRENDAMENTO PORTUÁRIO EM CONTRATOS VIGENTES .....</b>	<b>15</b>
<i>I.1. Contextualização.....</i>	<i>15</i>
<i>I.2. Argumentos apresentados pela Casa Civil da Presidência da República .....</i>	<i>16</i>
<i>I.3. Argumentos apresentados pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil .....</i>	<i>19</i>
<i>I.4. Análise da SeinfraPortoFerrovia.....</i>	<i>20</i>
<i>I.4.1. Observância dos princípios do direito das concessões .....</i>	<i>21</i>
<i>I.4.1.1. Princípio do dever de licitar e o regime jurídico do serviço portuário .....</i>	<i>21</i>
<i>I.4.1.2. Princípio da isonomia .....</i>	<i>22</i>
<i>I.4.1.3. Princípio da escolha da proposta mais vantajosa para a Administração.....</i>	<i>23</i>
<i>I.4.1.4. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.....</i>	<i>24</i>
<i>I.4.1.5. Princípio do prazo determinado dos contratos de concessão de serviço público .....</i>	<i>25</i>
<i>I.4.1.6. Princípio da segurança jurídica .....</i>	<i>27</i>
<i>I.4.1.7. Princípio do pacta sunt servanda e respeito ao ato jurídico perfeito .....</i>	<i>28</i>
<i>I.4.2. Mutabilidade dos contratos de concessão.....</i>	<i>28</i>
<i>I.4.2.1. Princípio da atualidade, eficiência e continuidade do serviço público.....</i>	<i>29</i>
<i>I.4.2.2. Limites da mutabilidade – Alteração legítima.....</i>	<i>31</i>
<i>I.4.2.3. Limites da mutabilidade – Superveniência de fato imprevisível.....</i>	<i>31</i>
<i>I.4.2.4. Limites da mutabilidade – Inviabilidade de licitação.....</i>	<i>32</i>
<i>I.4.2.5. Limites da mutabilidade – Vedação à desnaturação do contrato original.....</i>	<i>32</i>
<i>I.4.2.6. Limites da mutabilidade – Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.....</i>	<i>32</i>
<i>I.4.3. Distinção entre os tipos de prorrogação em contratos de concessão e a vinculação ao instrumento convocatório .....</i>	<i>35</i>

<i>I.4.4. Alterações de regras nos contratos vigentes demandam análise de cada caso concreto</i> .....	39
<i>I.4.5. Necessidade de motivação da análise do caso concreto</i> .....	42
<i>I.4.6. Extensão de prazo contratual como mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento</i> .....	48
<i>I.5. Conclusão em relação aos indícios de ilegalidade</i> .....	50
<i>I.6. Outras considerações</i> .....	51
<b>II. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS FORA DA ÁREA ARRENDADA COM OBRIGAÇÃO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO</b> .....	<b>52</b>
<i>II.1. Contextualização</i> .....	52
<i>II.2. Argumentos apresentados pela Casa Civil/PR e pelo MTPA</i> .....	53
<i>II.3. Análise da SeinfraPortoFerrovia</i> .....	54
<i>II.3.1. Legalidade da realização de investimento fora da área arrendada</i> .....	55
<i>II.3.2. Obrigação de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato – análise somente cabível no caso concreto</i> .....	59
<i>II.3.3. Requisitos para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento</i> .....	60
<b>III. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE ÁREA PÚBLICA ARRENDADA SEM LICITAÇÃO PRÉVIA</b> .....	<b>66</b>
<i>III.1. Argumentos apresentados pela Casa Civil/PR e pelo MTPA</i> .....	67
<i>III.2. Análise da SeinfraPortoFerrovia</i> .....	68
<i>III.2.1. Substituição de área como instrumento de gestão de áreas no porto organizado</i> .....	70
<i>III.2.1.1. Considerações iniciais sobre a extrapolação do poder regulamentar</i> .....	71
<i>III.2.1.2. Diferença entre expansão e substituição da área de arrendamento portuário</i> .....	72
<i>III.2.1.3. Afronta ao dever de licitar</i> .....	74
<i>III.2.2. Substituição de área como consectário da mutabilidade dos contratos</i> .....	75
<i>III.2.3. Outras considerações</i> .....	78
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>79</b>
<b>INFORMAÇÕES ADICIONAIS</b> .....	<b>82</b>
<b>PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO</b> .....	<b>84</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>86</b>

## INTRODUÇÃO

1. Tratam os autos de Relatório de Acompanhamento (Racom), previsto nos termos do art. 41 da Lei 8.443/1992 c/c os 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. Este processo originou-se de proposta de fiscalização formulada por esta Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia) e autorizada pelo Exmo. Ministro Relator, conforme Despacho de 27 de outubro de 2017 (peça 1).

3. Na presente instrução, será apresentada a análise de mérito desta Unidade Técnica em relação aos apontamentos de indícios de ilegalidades no Decreto 9.048/2017, conforme instrução precedente (peça 25) e após a oitiva da Casa Civil da Presidência da República e do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA).

## HISTÓRICO

### Evolução do marco legal e infralegal do setor portuário

4. 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 aumento de produtividade e de eficiência na gestão.

5. Nesse sentido, foi promulgada a Lei 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, denominada Lei de Modernização de Portos, que introduziu um caráter normativo mais privatista, na tentativa de induzir novos investimentos em equipamentos e instalações visando o ganho de eficiência em serviços portuários, a redução de custos, a diminuição dos tempos de espera e de 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 separação das figuras da Autoridade Portuária, do Órgão Gestor de Mão de Obra (Ogmo), do Conselho de Autoridade Portuária (CAP) e dos Operadores Portuários.

6. Um dos objetivos da Lei de Modernização de Portos foi regular a exploração de serviços portuários nos portos públicos por agentes privados, por meio do arrendamento de instalações e terminais a empresas interessadas. Para alcançar esse fim, a Lei 8.630/1993 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).

7. 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. Entretanto, alguns gargalos logísticos permaneceram e o país ingressou no século XXI com a necessidade de lidar com novos desafios.

8. Nesse contexto, em 6 de dezembro de 2012, foi publicada pelo Poder Executivo a Medida Provisória 595/2012, que viria a ser convertida na Lei 12.815, de 5 de junho de 2013 (Nova Lei dos Portos), em substituição à Lei 8.630/1993, no intuito de solucionar os gargalos do setor portuário. O principal problema a ser superado pela nova norma consistia em como incrementar os investimentos em infraestrutura portuária, elevando a produtividade e a eficiência dos portos brasileiros.

9. No bojo das alterações previstas na Nova Lei dos Portos, compreendeu-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).

10. A Lei 12.815/2013 estabeleceu um marco regulatório com novas formas de exploração de instalações portuárias, seja pela delegação de exploração do porto organizado por meio de convênio, ou ainda pela cessão onerosa, precedida de licitação, de área e infraestrutura pública dentro da poligonal do porto, ou pela exploração de terminal privado fora do porto organizado via contrato de adesão.

11. 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 (obrigatoriamente a partir de licitação) e arrendamentos firmados em período anterior, em geral contratos firmados diretamente entre o arrendatário e a Autoridade Portuária local, que exercia o Poder Concedente.

12. O Decreto 8.033, de 27 de junho de 2013, regulamentou 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 e também à possibilidade de uma única prorrogação.

#### Grupo de Trabalho – propostas para alteração do Decreto 8.033/2013 e análise da Conjur/MTPA e da Casa Civil/PR

13. Decorridos três anos da edição da Lei 12.815/2013 e do Decreto 8.033/2013, o Governo Federal fomentou discussões travadas por meio de um Grupo de Trabalho formalmente estabelecido por meio da Portaria GM 435/2016 (peça 50, p. 2), com contribuições de entidades que representam as principais empresas do setor (ABTP – Associação Brasileira de Terminais Portuários, Abratec – Associação Brasileira de Terminais de Contêineres de Uso Público, ABTL – Associação Brasileira de Terminais de Líquidos, Abtra – Associação Brasileira de Terminais e Recintos Alfandegados, ATP – Associação de Terminais Portuários Privados), com vistas a reavaliar os ritos e mecanismos previstos nos normativos do setor e propor novos procedimentos ou adequar os mecanismos instituídos. As análises do Grupo de Trabalho, bem como as reuniões realizadas, foram formalizadas e consolidadas em Relatório Final (peça 50).

14. Em 18 de janeiro de 2017, a Consultoria Jurídica junto ao MTPA fez a análise jurídica de uma primeira proposta de ato normativo que visava realizar ampla revisão do Decreto 8.033/2013, por meio do Parecer 020/2017/CONJUR-MT/CGU/AGU (peça 50, p. 64-101), tendo opinado pela regularidade jurídica com ressalvas do ato normativo proposto.

15. Promovidas algumas alterações na proposta original, a Conjur/MTPA manifestou-se novamente, por meio da Nota 1.079/2017/Conjur-MTPA/CGU/AGU (peça 50, p. 221-222), mantendo todas as observações e ressalvas quanto aos dispositivos que não haviam sido alterados.

16. Por meio da Exposição de Motivos EMI 38/2017-MTPA-MP, de 5/5/2017 (anexo à peça 20, p. 262-263), a proposta de normativo, juntamente com suas razões justificadoras, foram encaminhadas ao Presidente da República. Em parecer jurídico consubstanciado na Nota SAJ 34/2017/CGAI/SAINST/SAJ/CC-PR (peça 54), a Subchefia de Assuntos Jurídicos (SAJ) junto à Casa Civil da Presidência da República concluiu pela viabilidade jurídica da proposta de normativo anexa ao parecer.

17. Desse modo, as extensas e bem documentadas discussões e análises realizadas no Grupo de Trabalho acima mencionado culminaram na edição do Decreto 9.048/2017, que alterou artigos do Decreto 8.033/2013 e apresentou substanciais inovações no regramento do setor portuário.

18. As inovações contemplam regras concernentes a expansão de áreas arrendadas, substituição de áreas dentro do mesmo porto organizado sem licitação prévia, extensão do prazo inicial de concessão para até 35 anos, podendo ser prorrogado sucessivas vezes até o limite máximo de 70 anos, autorização para realização de investimentos em infraestrutura comum, fora da área arrendada e com obrigatoriedade de reequilíbrio financeiro, entre outras.

19. É de se destacar ainda 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 às novas regras veiculadas no próprio normativo. Segundo os termos do Decreto, a adaptação deverá ser precedida de manifestação do interessado e efetivada por meio da assinatura de termo aditivo contratual.

#### Início do acompanhamento do TCU – proposta de fiscalização e diligências iniciais

20. 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, além de desburocratizar a exploração das atividades portuárias.

21. Na apresentação, além de ter sido esclarecido o trâmite e a abrangência das discussões que antecederam a edição do Decreto, foi declarado que já se encontrava em curso um processo administrativo (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.

22. Diante desse quadro, esta Unidade Técnica propôs a realização desta fiscalização, com o objetivo de dar início ao acompanhamento da implementação e aplicação das novas normas estipuladas pelo Decreto 9.048/2017. Buscava-se, adicionalmente, analisar os fundamentos que justificaram a adoção das inovações normativas, as premissas técnicas e jurídicas que fomentaram as discussões eventualmente ocorridas no âmbito do referido Grupo de Trabalho e também as análises que embasaram a redação final do novo decreto. A fiscalização proposta pela SeinfraPortoFerrovia foi, então, autorizada pelo Exmo. Sr. Ministro Relator, por meio de Despacho proferido em 27/10/2017 (peça 1).

23. Com o objetivo de coletar documentos para a instrução inicial dos autos, foram encaminhadas diligências à Casa Civil da Presidência da República (peça 6), à Antaq (peça 7) e ao MTPA (peças 8). A Antaq respondeu por meio do Ofício 419/2017/DG (peça 12), o MTPA por meio dos Ofícios 217/2017 e 220/2017 (peças 13 e 15), e a Casa Civil/PR encaminhou o Ofício-SEI 1.684/2017/SE (peça 20).

24. Em 14/11/2017, a Unidade Técnica diligenciou o MTPA (peça 18) para angariar informações sobre a situação de análise dos pedidos de adaptação dos contratos de arrendamento portuário. A resposta do MTPA foi encaminhada em 21/11/2017 por meio do Ofício 226/2017/AECI (peça 21).

#### Proposta de cautelar e seu indeferimento

25. A partir de análise sumária da documentação e das informações enviadas pelos gestores, esta Unidade Técnica emitiu pronunciamento preliminar com proposta de adoção de medida cautelar, em 30/11/2017 (peças 25 a 27).

26. Naquela ocasião, verificou-se o preenchimento dos pressupostos processuais de adoção de medidas cautelares no âmbito do TCU, pois restaram caracterizados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

27. A fumaça do bom direito decorreria de disposições normativas contendo indícios de ilegalidade. De acordo com a análise inicial desta SeinfraPortoFerrovia, a assinatura de termos aditivos de adaptação com base no Decreto 9.048/2017 poderia criar 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.

28. Em relação ao *periculum in mora*, esta Unidade Técnica apontou os riscos de dano ao patrimônio e ao erário públicos e de lesão ao interesse público, tendo em vista que o MTPA já havia elaborado as minutas padrão de termos aditivos, que estariam na iminência de serem assinados.

29. No que se refere ao *periculum in mora* reverso, foi demonstrada a sua inexistência, pois eventual medida liminar adotada pelo TCU não impediria a celebração de prorrogações dos contratos de arrendamento. A decisão proposta também não obstaría a adaptação de contratos aos ditames do novo Decreto, à exceção dos três dispositivos contestados preliminarmente por esta Unidade Técnica.

30. Todavia, em face de compromisso formalmente assumido pelo MTPA, por meio do Ofício 1/2018/GM/MTPA, de 4 de janeiro de 2018 (peça 32), colacionado aos autos deste processo, no sentido de não realizar os atos tendentes à assinatura dos termos aditivos de adaptação contratual até que haja o julgamento de mérito do caso pelo TCU, o Exmo. Sr. Ministro Relator indeferiu a cautelar proposta, conforme Despacho datado de 8/1/2018 (peça 34).

#### Oitivas e novos documentos apresentados pela Casa Civil/PR e pelo MTPA

31. Em 26/12/2017, ou seja, posteriormente à análise perfunctória feita por esta SeinfraPortoFerrovia, e antes mesmo do mencionado despacho monocrático de 8/1/2018, foi juntado ao processo documento apresentado pela Casa Civil da Presidência da República, colacionando aos autos a Nota SAJ 239/2017 (peça 31), a fim de defender a juridicidade do Decreto 9.048/2017.

32. Em 5/1/2018, foram apresentados pelo MTPA os Ofícios 1/2018/GM/MTPA e 5/2018/ASSAD/GM (peças 32 e 33, respectivamente), com o objetivo de prestar novos esclarecimentos e fundamentar juridicamente o Decreto sob análise.

33. Em seu despacho de 8/1/2018 (peça 34), o Exmo. Sr. Ministro Relator determinou a realização de oitiva do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e da Casa Civil da Presidência da República para que, caso entendessem pertinente, apresentassem manifestações acerca dos indícios de irregularidades levantados. Esta Unidade Técnica, então, realizou a oitiva da Casa Civil da Presidência da República, por meio do Ofício 3/2018-TCU/SeinfraPortoFerrovia (peça 35), e do MTPA, por meio do Ofício 2/2018-TCU/SeinfraPortoFerrovia (peça 36).

34. As respostas dos órgãos foram apresentadas por meio de petição colacionada pela Casa Civil da Presidência da República (peça 43) e pelo Ofício 20/2018/AECI apresentado pelo MTPA (peça 45).

#### Pedido de ingresso nos autos

35. Conforme documento juntado à peça 53, as entidades Associação Brasileira dos Terminais Portuários (ABTP), Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público (Abratec), Associação Brasileira de Terminais e Recintos Alfandegados (Abtra) e Associação Brasileira se Terminais Líquidos (ABTL) solicitam, conjuntamente, a habilitação como parte interessada nos presentes autos, ou, subsidiariamente, a habilitação como *amicus curiae*.

### Estruturação da presente instrução

36. A presente instrução, portanto, tem por finalidade apresentar a análise feita pela SeinfraPortoFerrovia acerca das respostas e documentos encaminhados pelos gestores. Esta instrução encontra-se dividida da seguinte maneira: (1) Análise da habilitação das entidades privadas do setor portuário; (2) Questão preliminar – não caracterização de controle de constitucionalidade abstrato pelo TCU no caso; (3) Análise das ilegalidades do Decreto 9.048/2017; (4) Conclusão; e (5) Proposta de encaminhamento.

## **EXAME TÉCNICO**

### **Pedido de habilitação nos autos das entidades do setor portuário**

#### Argumentos apresentados pelas associações

37. Na peça 53, as citadas associações ABTP, Abratec, Astra e ABTL alegam que possuem, tanto em seus quadros como em seus dispositivos estatutários, todas as qualificações necessárias para serem consideradas legítimas representantes dos interesses de terminais portuários brasileiros. Em particular, consideram que têm o dever institucional de defender os interesses de empresas detentoras de contratos de arrendamento que submeteram ao Poder Público pedidos de adaptação aos termos do Decreto 9.048/2017, em linha com o que dispõe seu artigo 2º.

38. Consideram, assim, que haveria uma clara especificação da relação jurídica das pleiteantes com o processo em exame, o qual possuiria impacto direto sobre 114 pedidos de adaptação que se encontram sob análise do Poder Concedente. Ponderam que eventual deliberação desse Tribunal de Contas atingiria direitos de diversas empresas que encontram nessas Associações a vocalização institucional de seus interesses, quer sejam elas arrendatárias ou autorizadas.

39. Adicionalmente, pugnam pela aplicação do entendimento consolidado no Novo Código de Processo Civil acerca da intervenção de terceiros também a processos em curso perante o TCU, em atenção ao art. 298 do Regimento Interno. Em linha com o art. 119 do CPC e seu parágrafo único, a participação se dá de modo que o terceiro receba o processo "no estado em que se encontre". Relatam, inclusive, que esta foi a recente opção do Supremo Tribunal Federal ao acolher pedidos tanto da Astra como da ABTP em processos do interesse das associações.

40. Asseveram que existiria fundamento jurídico sólido para que sejam admitidas como terceiro, na forma do art. 144 do RITCU, com todas as prerrogativas processuais necessárias para a defesa de interesses concretos de suas associadas, inclusive mediante a apresentação de manifestação e outros elementos de prova, além da prerrogativa de interposição de recursos e de produção de sustentação oral.

41. Solicitam ainda que, caso o TCU entenda que o pleito de ingresso como terceiro não mereça ser acolhido, seja admitido o ingresso das entidades como *amicus curiae*. Citam que no Acórdão 1.659/2016-TCU-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes, por exemplo, que trata justamente de temática de interesse do setor portuário, restou fixado enunciado no sentido de que "é possível admitir o ingresso de associação em processo do TCU na condição de *amicus curiae*".

42. Consideram que, em linha com o art. 298 do RITCU, deve-se recorrer, subsidiariamente, a outras normas processuais para regradar o funcionamento dessa Corte de Contas, desde que não haja conflito com a LOTCU. Na ausência de normativos próprios dessa Corte de Contas, poder-se-ia socorrer das regras estabelecidas no Novo Código de Processo Civil, que reconhece expressamente a figura do *amicus curiae* e, por isso, mereceria aplicação subsidiária no âmbito desse Tribunal.

43. Alegam que poderiam ter papel decisivo na criação de uma pluralidade de visões em permanente diálogo perante o Tribunal de Contas da União. Asseveram que o intuito das Associações, conjuntamente, seria o de fornecer informações atinentes a subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica aptas a contribuir com o delicado papel dessa Corte na

apreciação de normas que possuem elevado impacto sobre o setor portuário brasileiro e sobre a cadeia logística de infraestrutura de transporte como um todo.

44. Consideram que as entidades pleiteantes possuiriam todas as credenciais necessárias para submeter relevantes subsídios técnicos acerca da controvérsia instaurada. Cada uma das entidades contaria com amplo quadro de associados e, em conjunto, agregariam agentes econômicos nas mais diferentes atividades abrangidas por terminais portuários, incluindo variados perfis de carga e diferentes naturezas jurídicas (terminais privados e públicos).

45. No tocante às implicações político-jurídicas, alegam que poderiam contribuir com o TCU na tarefa de se considerar as consequências práticas da decisão, tal qual disposto pelo artigo 20 do Decreto-Lei 4.657/1942, introduzido pela Lei 13.655/2018.

46. Por fim, pleiteiam que caso não seja acolhido o pedido de ingresso como terceiro, deve-se aceitar a participação das entidades na condição de *amicus curiae*, com as necessárias prerrogativas processuais para apresentar elementos, informações e documentos que possam robustecer a decisão do TCU, além da possibilidade de interpor recursos e produzir sustentação oral.

#### Análise dos pedidos

47. O procedimento para ingresso de interessado em processo é definido no art. 146 do Regimento Interno do TCU:

Art. 146. A habilitação de interessado em processo será efetivada mediante o deferimento, pelo relator, de pedido de ingresso formulado por escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º O interessado deverá demonstrar em seu pedido, de forma clara e objetiva, razão legítima para intervir no processo.

§ 2º O relator indeferirá o pedido que não preencher os requisitos do parágrafo anterior.

48. Dessa feita, o interessado deve demonstrar em seu pedido a razão legítima para intervir no processo. Essa razão legítima foi melhor detalhada na Resolução TCU 36/1995, a qual expõe no § 2º do art. 2º:

§ 2º Interessado é aquele que, em qualquer etapa do processo, seja assim reconhecido pelo Relator ou pelo Tribunal, **em virtude da possibilidade de ter direito subjetivo próprio prejudicado pela decisão a ser exarada pelo Tribunal ou da existência de outra razão legítima para intervir no processo.** (NR) (Resolução nº 213, de 6/8/2008, BTCU nº 30/2008) (grifo nosso)

49. Assim, o direito subjetivo alegado pelas Associações, que poderia ser prejudicado por decisão do TCU, estaria configurado nos 114 pedidos de adaptação que se encontram sob análise do Poder Concedente.

50. Os pedidos de adaptação dos contratos de arrendamento estão previstos no art. 2º do Decreto 9.048/2017, *in verbis*:

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.

Art. 3º Fica assegurada a **possibilidade de adaptação** aos termos deste Decreto dos atuais contratos de adesão mediante **solicitação** do interessado ou de ofício.

Parágrafo único. Competirá à Antaq promover a adaptação de que trata o caput, observadas as diretrizes que venham a ser estabelecidas pelo poder concedente. (grifos nossos)

51. Ressalta-se que, na atual etapa do processo, não se está examinando nenhum caso concreto, mas tão somente analisa-se a legalidade de pontos do Decreto 9.048/2017, em tese. Dessa forma, a decisão do TCU pode atingir, de maneira reflexa e não direta, apenas a pretensão das arrendatárias, e não seus contratos vigentes.

52. Quanto a esse ponto, o voto condutor do Acórdão 2.460/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, trouxe importante lição:

11. (...) comente-se que não se confunde o não favorecimento com um prejuízo. Não bastaria à empresa demonstrar que o processo desta Corte envolve um direito subjetivo seu para que pudesse tornar-se parte nos autos; seria necessário deixar claro que o resultado do processo poderia efetivamente prejudicá-lo.

(...)

13. Não é demais lembrar que a **intervenção de particulares nos processos do TCU se dá exclusivamente como fenômeno derivado do direito de defesa, objetivando a preservação de situação jurídica já constituída**, o que, aliás, tem lugar em qualquer processo, independentemente da natureza da jurisdição.

14. Assim, nos processos do TCU, não há espaço para a participação de terceiro cuja pretensão seja a de obter a satisfação de direito subjetivo - seara exclusiva do Poder Judiciário -, e não apenas de conservar os que já tem reconhecidos. (grifo nosso)

53. Com base no exposto, não restou caracterizada a possibilidade concreta de lesão a direito subjetivo das arrendatárias, requisito para ingresso de terceiros como interessado em processo de controle externo. Assim, será proposto indeferir o pedido das Associações para habilitação como interessadas no presente processo, por ausência dos pressupostos do art. 146, § 1º, do Regimento Interno do TCU.

54. Quanto ao pedido subsequente das entidades, cabe lembrar que não existe disciplinamento da figura do *amicus curiae* nas normas que regulam o processo no âmbito do TCU. Não obstante, o Tribunal tem admitido, em processos específicos, a critério do Relator, nos termos do art. 138 do CPC, de aplicação subsidiária no TCU, o ingresso de determinados entes na condição de “amigo da corte”. Esse entendimento está exposto no enunciado do Acórdão 1.550/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues:

Não há direito subjetivo de órgão ou entidade, estatal ou não, de participar do processo na qualidade de *amicus curiae*. A convocação ou a aceitação de entidade para auxiliar o TCU, nessa condição jurídica, fornecendo subsídios técnicos para a formação do juízo de mérito, **é faculdade exclusiva do relator**, que preside o processo. (grifo nosso)

55. O grande objetivo do instituto do *amicus curiae*, como trazido pelas próprias Associações, é trazer ao processo maior pluralidade de visões, de maneira a contribuir com o debate da matéria perante esta Corte.

56. No precedente trazido, Acórdão 1.659/2016-TCU-Plenário, esse foi justamente um dos fundamentos utilizados pela eminente relatora, Ministra Ana Arraes, conforme depreende-se do voto condutor:

10. Assim, a existência de múltiplos interessados depõe, via de regra, contra a razoável duração do processo. Por esse motivo, a habilitação de interessados em processos deste Tribunal deve ser examinada com reservas. Tal aspecto ganha relevo no caso em epígrafe, tendo em vista que existem

no Brasil centenas de empresas que atuam com transporte e armazenagem de contêineres, que devem buscar junto a Antaq dirimir o conflito de interesses acerca da THC2.

11. Por isso, **ao admitir como *amicus curiae* associações, procurei ampliar o escopo da discussão** e mitigar o risco de constantes interrupções no desenvolvimento regular do processo, que em nada contribuiriam para a solução definitiva da lide.

12. O mesmo não ocorre em relação à agravante, que litiga interesse limitado quando comparado àqueles materializados pelas associações, que defendem direitos coletivos. Sob tais fundamentos, suficientes para deferir a participação das associações como *amicus curiae*, rejeitei a solicitação da empresa [empresa] para habilitação na referida condição.

13. **Ademais, ao habilitar como *amicus curiae* a [associação 2] e a [associação 3] objetivei agregar visão contrária à interpretação** que considera ilegal a cobrança da THC2, defendida pela unidade técnica deste Tribunal, **de modo a conferir pluralidade ao debate.**

14. O exercício de atividade comercial na área de Instalação Portuária Alfandegária é elemento distante para configurar razão legítima para intervir neste processo. Juízo diverso em outros processos, a exemplo do recurso extraordinário (RE 590.415/SC, relator o ministro Roberto Barroso, DJe 24.3.2015), citado na peça recursal, não é fator que vincule esta deliberação.

15. Assim, no caso em exame, em que se discute, em tese, a legalidade da Resolução 2.389/2012-Antaq, que autoriza a cobrança da THC2, não há sequer situação concreta que atraia o imediato interesse da agravante.

16. Também não restou configurado interesse público na atuação processual da requerente, cabendo destacar que **esta Corte tem como missão constitucional zelar pela observância do interesse público, e não tutelar interesses privados.** (grifo nosso)

57. No presente caso, cabe ressaltar que já foram ouvidos a Casa Civil da Presidência da República, o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, todas favoráveis à manutenção dos dispositivos questionados do Decreto 9.048/2017.

58. Vale lembrar também que as Associações, ora demandantes, também participaram das discussões do Grupo de Trabalho que formulou a minuta do Decreto 9.048/2017, estando seus pontos de vistas considerados nos documentos analisados ao longo deste processo.

59. Nesse sentido, entende-se que a perspectiva a ser apresentada pelas Associações não teria o efeito agregador de visão contrária, portanto os benefícios de sua admissão na condição de *amicus curiae* seriam limitados.

60. Em conclusão, na atual etapa do processo, não ficou caracterizada a possibilidade concreta de lesão a direito subjetivo das arrendatárias, bem como, não se vislumbrou necessidade de maiores subsídios para que o Tribunal forme juízo sobre o deslinde da matéria. Assim, será proposto **indeferir os pleitos das associações ABTP, Abratec, Abtra e ABTL para habilitação no presente processo, como interessadas e como *amicus curiae*.**

#### **Questão preliminar - Não caracterização de controle de constitucionalidade abstrato pelo TCU**

61. Tendo em vista as manifestações apresentadas pela Casa Civil da Presidência da República (peça 31, p. 24 e peça 43, p. 6), que suscitam que é o Supremo Tribunal Federal (STF) a sede própria para a fiscalização abstrata de controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público Federal, entende-se pertinente a análise preliminar do tema.

62. Cumpre destacar que, no presente caso, a atuação do TCU não objetiva promover controle de constitucionalidade abstrato de ato normativo federal, mesmo porque não caberia a esta Corte de Contas tal competência. Pelo contrário, a atuação do Tribunal nesta fiscalização restringe-se à observância dos critérios legais, para fins de fiscalizar a aplicação da nova norma (Decreto 9.048/2017) pelo MTPA, que se encontra em vias de implementar alterações substanciais em contratos de

arrendamento portuário vigentes. Trata-se, portanto, de um controle de legalidade e não de constitucionalidade.

63. Trata-se, dessa maneira, de típico caso de controle de legalidade efetuado pelo TCU no âmbito de sua competência de atuação, que exige verificação comparativa entre o conteúdo da norma infralegal (Decreto 9.048/2017) com as leis que regulamenta, com as normas que regem o setor portuário e os contratos administrativos (Lei 8.666/1993, Lei 8.987/1995, Lei 10.233/2001 e Lei 12.815/2013), tudo isso com a finalidade de verificar a aderência dos ditames da mencionada norma infralegal ao princípio do poder regulamentar.

64. No caso concreto, é importante mencionar que a atuação do TCU ocorre em matéria que está inserida no âmbito de sua competência, em conformidade com o disposto no art. 21, inciso XII, alínea 'f', da Constituição Federal, que outorga à União a competência para exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres, bem como em atenção ao art. 71, inciso IV, da CF/1988 c/c o art. 41 da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) c/c os arts. 1º, incisos II e XV, e 241 do Regimento Interno (RITCU).

65. A natureza jurídica de serviço público atribuída à exploração de portos marítimos, além de atrair a incidência do Direito Administrativo, coloca as questões tratadas nestes autos no âmbito da competência do Tribunal. Devem ser considerados ainda os impactos econômicos e financeiros decorrentes dessa exploração, os quais, a par de serem relevantes para entidades da Administração Pública Federal Indireta, como as Companhias Docas, afetam consideravelmente a cadeia de comércio exterior e a logística brasileira.

66. Importa consignar que os regulamentos emitidos pelo Poder Executivo não podem contrariar nem inovar em relação à Lei, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Ditos atos normativos se sujeitam ao controle de legalidade, tanto pelo Congresso Nacional – que pode sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa –, como pelo Tribunal de Contas da União, no exercício de sua função fiscalizatória e com respeito aos ditames do art. 70, *caput*, da CF/1988, que confere à Corte de Contas mandato constitucional no que tange ao controle de legalidade dos atos da administração direta e indireta.

67. Nesse sentido, 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).

68. 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, portanto, 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. CÁRMEN 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 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)

69. Assim, não há que se falar em controle de constitucionalidade abstrato de normas, no presente caso, tendo em vista que o exercício de verificação da extrapolação de ato normativo infralegal quanto ao poder regulamentar, conforme o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal, é matéria de cunho infraconstitucional.

70. No mesmo sentido, 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)

71. No âmbito do TCU, há entendimento nesse sentido em precedente paradigmático consubstanciado no Acórdão 2.062/2006-TCU-Plenário:

RELATÓRIO DE AUDITORIA. CONSOLIDAÇÃO DE TRABALHOS REALIZADOS NA ÁREA DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA, NO EXERCÍCIO DE 2005, EM ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL, EM VISTA DE DENÚNCIAS VEICULADAS NA IMPRENSA. FALHAS E IRREGULARIDADES. ILEGALIDADE DE DECRETO E DE INSTRUÇÃO NORMATIVA. DETERMINAÇÕES.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se orientado no sentido de repelir a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade, por via de ação, nas situações em que a impugnação *in abstracto* incide sobre atos que, inobstante veiculadores de conteúdo normativo, ostentam caráter meramente auxiliar ou secundário, em função das leis (...) a que aderem e cujo texto pretendem regulamentar. Em tais casos, o eventual extravasamento dos limites impostos pela lei (...) caracterizará situação de mera ilegalidade, inapreciável em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Crises de legalidade, que irrompem no âmbito do sistema de direito positivo, caracterizadas por inobservância, pela autoridade administrativa, do seu dever jurídico de subordinação normativa à lei, revelam-se, por sua natureza mesma, insuscetíveis do controle jurisdicional concentrado, cuja finalidade exclusiva restringe-o, tão somente, à aferição de situação configuradora de inconstitucionalidade.

72. Esse entendimento de que a análise de extravasamento dos limites impostos por lei caracteriza situação de mera ilegalidade, afastando o controle concentrado de constitucionalidade, deve decorrer do raciocínio segundo o qual onde há jurisdição, há o poder-dever de analisar a aderência de um ato infralegal com o seu suporte legal.

73. Cabe ainda assentar que, diferentemente do controle de constitucionalidade exercido privativamente pelo STF, de modo concentrado e abstrato, com efeitos *erga omnes*, previsto no art. 102, inciso I, alínea 'a', da CF/1988, o controle difuso realizado pelo TCU advém de suas atribuições constitucionais para fiscalizar a legalidade de atos e contratos praticados pela Administração Pública.

74. Dessa forma, na verificação da legalidade, a ação fiscalizatória do TCU busca analisar se o conteúdo de determinado ato ou contrato guarda compatibilidade com as leis que regulamentam a matéria. O confronto desses atos com a Lei Suprema do Estado é analisado de maneira meramente reflexa.

## Possíveis ilegalidades veiculadas pelo Decreto 9.048/2017

75. Na instrução anterior desta Unidade Técnica, datada de 30/11/2017 (peça 25), foram apontados três indícios de ilegalidades, que fundamentaram a proposta de adoção de medida cautelar, quais sejam: (i) adaptação de contratos vigentes para promover-se a ampliação do prazo máximo possível do arrendamento; (ii) a possibilidade de realização de investimentos fora da área arrendada com obrigatoriedade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato; e (iii) a possibilidade de substituição de área arrendada.

76. Em face de compromisso formalmente assumido pelo MTPA, por meio do Ofício 1/2018/GM/MTPA, de 4 de janeiro de 2018 (peça 32), no sentido de não realizar os atos tendentes à assinatura dos termos aditivos de adaptação contratual até que haja o julgamento de mérito do caso pelo TCU, bem como do indeferimento, pelo Exmo. Sr. Ministro Relator (peça 34), da cautelar proposta, esta Unidade Técnica realizou a oitiva da Casa Civil da Presidência da República por meio do Ofício 0003/2018-TCU/SeinfraPortoFerrovia (peça 35), e do MTPA por meio do Ofício 0002/2018-TCU/SeinfraPortoFerrovia (peça 36), para que as entidades apresentassem manifestações adicionais acerca dos indícios de irregularidade apontados.

77. As respostas dos órgãos foram apresentadas por meio de petição colacionada pela Casa Civil da Presidência da República (peça 43) e pelo Ofício 20/2018/AECI, apresentado pelo MTPA (peça 45). Além dessas respostas, a Casa Civil e o MTPA já haviam remetido ao TCU a Nota Jurídica SAINF/SAJ 239/2017 (peça 31) e os Ofícios 1/2018/GM/MTPA e 5/2018/ASSAD/GM (peças 32 e 33). A seguir passa-se à análise das respostas e dos documentos encaminhados pelos gestores. Para cada um dos três pontos questionados no Decreto 9.048/2017, será apresentado um breve resumo do questionamento, os argumentos aduzidos pela Casa Civil/PR e pelo MTPA, e na sequência, o posicionamento de mérito desta Unidade Técnica.

## I. Ampliação do prazo máximo do arrendamento portuário em contratos vigentes

### I.1. Contextualização

78. O primeiro indício de irregularidade detectado no Decreto 9.048/2017 e apontado por esta Unidade Técnica na instrução da proposta de cautelar (peça 25) diz respeito à infração ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, à isonomia e à 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.

79. Esta Unidade Técnica sustentou que 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, cujo prazo total, incluído o da prorrogação, não excedia cinquenta anos. Sustentou-se também que a Medida Provisória 595, publicada em 6/12/2012, manteve o limite em questão, segundo a previsão do seu art. 5º, § 1º.

80. Apontou-se igualmente que, como consequência das discussões legislativas que se seguiram no Congresso Nacional sobre a referida MP, o dispositivo foi alterado:

§ 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.

81. Foi destacado na instrução que, conforme Mensagem 222, de 5/6/2013, a então Presidente da República vetou o referido parágrafo no projeto de lei de conversão da MP na Lei 12.815/2013, 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.

82. A aludida instrução demonstrou também que 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, em consonância com as balizas deliberadas pelo Poder Legislativo, bem como com a reinserção da expressão “a critério do poder concedente”, conforme a exposição de motivos para o veto do § 1º do art. 5º do projeto de lei de conversão da MP 595/2012:

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.

83. Foi ressaltado, ademais, que o Decreto 9.048/2017 alterou substancialmente a redação do art. 19 do Decreto 8.033/2013, que passou a dispor 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.

84. No que diz respeito à adaptação dos contratos de arrendamento vigentes às novas regras, tratada 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.

85. Diante da constatação acima, a instrução desta Unidade Técnica apontou que o Decreto 9.048/2017 possibilita que contratos de arrendamento portuário firmados com base nas regras da Lei 8.630/1993, que previa o limite máximo de prazo contratual para até 50 anos, sejam adaptados de maneira a tornar possível sua vigência por até 70 anos, e tal alteração afrontaria limites estabelecidos nas avenças firmadas originalmente.

86. Haveria, em razão disso, possível infringência do art. 2º, § 1º, do Decreto ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao princípio da isonomia e, conseqüentemente, ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa pela administração.

87. O prazo máximo previsto pela novel redação do art. 19 do Decreto 8.033/2013 seria aplicável, segundo a aludida instrução, apenas a novos contratos, não sendo possível a alteração pretendida em contratos vigentes.

## **I.2. Argumentos apresentados pela Casa Civil da Presidência da República**

88. Após o exame perfunctório realizado por esta Unidade Técnica em 30/11/2017, a Casa Civil da Presidência da República manifestou-se nos autos em duas ocasiões.

89. Na primeira delas, em 26/12/2017, por meio de documento acostado à peça 31, foram apresentados argumentos para defender a juridicidade do Decreto 9.048/2017, apresentando a Nota Jurídica SAINF/SAJ 239/2017. No documento, alega a Casa Civil da Presidência da República que a extensão de prazo dos contratos já era prevista na legislação administrativa geral (Leis 8.666/1993, 8.987/1995, 8.630/1993 e 12.815/2013) e que a adaptação por extensão de prazo é diuturnamente empregada em diversos setores de serviço e infraestrutura, bem como que a edição do Decreto 9.048/2017 apenas conformou o instrumento da prorrogação por extensão de prazo ao setor portuário, nos limites do poder regulamentar (p. 6).

90. Aduz que a prorrogação contratual só será realizada quando possível e caberá ao órgão competente o dever de fundamentar a vantagem das prorrogações em relação à realização de nova licitação. Afirma, também, que lei superveniente não constitui violação ao ato jurídico perfeito, não fere o princípio da isonomia, tampouco viola a segurança jurídica dos licitantes ou dos atuais usuários (peça 31, p. 7).

91. Defende que contratos administrativos são relações jurídicas bilaterais de natureza contratual e regulamentar e que a mutabilidade das avenças não desnatura o objeto contratual e sua equação econômico-financeira. Adiciona que a alteração de prazo dos contratos administrativos seria de natureza regulamentar, o que significa que o prazo do contrato poderia ser alterado unilateralmente pela Administração, para mais ou para menos, sempre que o interesse público o exigir (peça 31, p. 8).

92. Entende o órgão que, embora o prazo seja cláusula essencial (art. 5º, inciso I, da Lei 12.815/2013), isso não significaria sua imutabilidade, mas tão somente uma solenidade de forma. Logo, o Decreto em comento nada teria criado quanto à possibilidade de adaptação contratual via extensão de prazo, que já preexistiria, tendo em vista as normas da Lei 8.666/1993 e da Lei 8.987/1995, que permitem alteração dos contratos para adequação ao interesse público (peça 31, p. 9).

93. Alega, ainda, que prazo não se confundiria com objeto do contrato, ainda que alterações de prazo possam projetar efeitos sobre a exploração do objeto, tanto que a alteração de prazo seria empregada como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro. Defende também que a legislação não vincula quais elementos, cláusulas ou fundamentos poderiam ser objeto de alteração, bem como que a Lei de Concessões estabeleceria a prerrogativa discricionária do poder concedente em envidar os expedientes necessários ao reestabelecimento do equilíbrio do contrato (peça 31, p. 10).

94. Sustenta que os atos unipessoais do chefe do Poder Executivo sempre necessitariam de base em lei formal e compatibilidade constitucional com os motivos expostos pelas pastas ministeriais para a edição do Ato, e que não haveria nenhum número, cálculo ou gráfico a quantificar custos e benefícios da proposta de medida cautelar proposta pela Unidade Técnica. Não haveria violação nem aos direitos do contratado, pois seria mantida a intangibilidade de seu equilíbrio econômico-financeiro, nem aos direitos dos usuários efetivos, pois seriam exigidos novos investimentos que compensariam a ampliação do prazo (peça 31, p. 12).

95. Defende que contratos administrativos de infraestrutura seriam contratos incompletos e, portanto, demandariam providências regulatórias que lhes permitam incentivos e que existiriam diferenças entre os contratos administrativos regidos pelas Leis 8.666/1993 e 8.987/1995, o que impediria transplantar os conceitos de isonomia e vinculação ao instrumento convocatório para os contratos de concessão (peça 31, p. 13-14 e 19).

96. Assim, em sua visão, se é competência da União explorar os portos, a Administração Pública deveria envidar esforços à máxima efetividade e à concordância prática desse dever de exploração, e não embaraçar sua efetividade para satisfazer um suposto interesse de um hipotético licitante cuja expectativa nem sequer poderia antever toda sorte de mudanças (peça 31, p. 17).

97. Afirma que haveria impossibilidade de intercâmbio do paradigma da Lei 8.666/1993 à interpretação e à aplicação dos contratos de concessão, tendo em vista que a modelagem desses contratos

seria distinta, citando o doutrinador Marçal Justen Filho. Aduz que, enquanto os contratos da Lei 8.666/1993 teriam extensão de, no máximo, cinco anos, os contratos regidos pela Lei 8.987/1995 e pelas leis setoriais perpassariam décadas.

98. Salienta também que não se poderia engessar os contratos de concessão com cláusulas inadequadas, sob o argumento de proteção da vinculação ao instrumento convocatório (peça 31, p. 20).

99. Em seguida, a Casa Civil da Presidência da República apresenta precedentes de alterações normativas que repercutiram nas cláusulas de vigência de contratos de concessão. Informa que em outros setores já se teria autorizado prorrogação de prazo de contratos em vigor, como no caso da Lei 9.074/1995. A norma tratou da prorrogação de contratos de concessão de geração e de distribuição de energia elétrica vigentes na data de sua publicação. Alguns anos mais tarde a MP 579 teria também autorizado nova prorrogação.

100. No setor elétrico, acrescenta a Casa Civil/PR, o assunto seria ainda mais sensível, pois trataria de concessões que não foram originalmente licitadas. O TCU teria considerado que a prorrogação imprópria dos contratos de distribuição de energia estaria em conformidade com a ordem constitucional vigente, desde que o Poder Concedente fundamentasse a excepcionalidade da medida (Acórdão 3.379/2015-TCU-Plenário) (peça 31, p. 23).

101. Notícia que, no setor de telecomunicações, foi permitida a adaptação dos instrumentos de concessão com prorrogação de prazo (arts. 99 e 214 da Lei 9.472/1997). Alega também que, no setor de transportes terrestres, o art. 94 do Decreto 952/1993 determinou que fossem mantidas outorgas de permissão e autorização para exploração de serviços de transporte, e o STF não teria declarado sua inconstitucionalidade (peça 31, p. 25).

102. Aventa ainda que a Lei 13.448/2017 estabeleceu a possibilidade de prorrogação, desde que atendida a obrigação de inclusão de investimentos não previstos, no instrumento contratual vigente (peça 31, p. 26).

103. Defende que a expressão “lei” referida no art. 175 da Constituição adquire conotação mais abrangente e não apenas lei em sentido estrito. Traz doutrina de José Jair Marques Júnior, no sentido de que a expressão abarcaria também decretos regulamentares editados pelo Chefe do Poder Executivo (peça 31, p. 28).

104. No caso do setor portuário, segundo a manifestante, seria o art. 19 do Decreto 8.033/1993 a norma que estabelece as regras de vigência e as condições de prorrogação dos contratos de arrendamento portuário, logo sua alteração tratar-se-ia de uma mudança de política pública. Exigir lei em sentido estrito alijaria o Poder Executivo de estabelecer diretrizes, objetivos, metas setoriais e políticas públicas. Sendo possível a modificação contratual via extensão de prazo de contrato em curso, nem sequer se poderia cogitar violação ao instrumento convocatório (peça 31, p. 28-29).

105. Aduz, por fim, que o comando constitucional segundo o qual “a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito” não poderia servir para negar a natureza mutável do contrato administrativo e não poderia operar efeitos modificativos prejudiciais ao contratado. Afirma que a interpretação conferida pela área técnica do TCU à norma é que acarretaria risco de insegurança jurídica, e não a norma em si (peça 31, p. 31).

106. Em nova manifestação (peça 43), protocolada no TCU em 25/1/2018, desta feita em resposta à oitiva determinada pelo Ministro Relator, a Casa Civil da Presidência da República reitera os fundamentos e conclusões jurídicas lançadas na Nota Jurídica SAINF/SAJ 0239/2017 e traz ponderações adicionais.

107. Afirma que houve revogação do dispositivo legal da Lei 8.630/1993 (art. 4º, inciso XI) que estabelecia o prazo máximo e veto presidencial à pretendida regra de renovação automática na Lei 12.815/2013. O objetivo seria preservar a conveniência e oportunidade de cada prorrogação. Além disso,

aduz que prazo seria elemento formal essencial nos contratos, mas de caráter regulamentar e que não ensejaria direito subjetivo ao contratado (peça 43, p. 2-3).

108. Por fim, alega que a possibilidade de alteração unilateral do prazo contratual para satisfação do interesse público, para mais ou para menos, seria plenamente possível, desde que mantido o equilíbrio econômico-financeiro. O contratado não teria “pretensão” (direito) de manter-se no objeto nem sequer no prazo original, dadas as possibilidades de extinção unilateral, como a encampação. Repisa que o princípio da especialidade das leis ensejaria âmbitos de vigência distintos (Lei 8.666/1993 x Lei 8.987/1995) (peça 43, p. 2-3).

109. A Casa Civil/PR assevera ainda que o exame de regularidade do Decreto 9.048/2017 deve ser feito sem se olvidar dos efeitos administrativos, econômicos e sociais da decisão, e que a pretensão de exame abstrato de constitucionalidade pretendido pelo Tribunal se afastaria da jurisprudência do próprio TCU (peça 43, p. 6).

### **I.3. Argumentos apresentados pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil**

110. O Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA), assim como fez a Casa Civil/PR, se manifestou nos autos antes mesmo do despacho do Ministro Relator que determinou a realização de oitivas.

111. Por meio do Ofício 1/2018/GM/MTPA, de 4/1/2018 (peça 32), o órgão ministerial defende que os investimentos previstos para os contratos a serem aditivados representariam um valor médio de 150 milhões por contrato, totalizando 1,3 bilhões, e que seriam considerados prioritários os contratos com vigência até 31 de dezembro de 2018 (peça 32, p. 5).

112. O Ministério tece considerações sobre a insuficiência da infraestrutura portuária brasileira e perdas de eficiência dela decorrentes, que poderiam ser mitigadas no curto prazo pelos investimentos fomentados pelo Decreto 9.048/2017 (peça 32, p. 6-7)

113. Já o Ofício 5/2018/ASSAD/GM, também de 4/1/2018, encaminha a Nota 3.734/2017/Conjur/MTPA/CHU/AGU, que busca fundamentar juridicamente os esclarecimentos apresentados pelo Ofício 1/2018/GM/MTPA (peça 32). Nesse sentido, traz considerações sobre a mutabilidade dos contratos de arrendamento de instalações portuárias, apoiando-se na doutrina administrativista (peça 33, p. 7).

114. Argumenta que os serviços prestados no âmbito dos portos são serviços públicos de competência privativa da União (STF 172.816, RE 253.472 e Acórdão 2.896/2009-TCU-Plenário) e que, por serem os contratos de arrendamento de longo prazo, seria importante que tivessem maior flexibilidade para permitir que se adaptem às circunstâncias supervenientes. Defende que o TCU já teria reconhecido que as características dos contratos administrativos comuns divergem dos contratos firmados para fins de desestatização de serviços públicos (peça 33, p. 8).

115. Transcreve a doutrina de Marçal Justen Filho para reiterar considerações sobre a mutabilidade dos contratos de arrendamento, ainda que isso importe alteração significativa das condições contempladas na licitação, e que, ainda segundo o doutrinador, o que não se admitiria é a “transmutação do objeto da concessão”.

116. Destaca que a Administração Pública incorreria em altos custos de transação para rescindir antecipadamente um contrato de arrendamento portuário que tenha se tornado incompatível com as novas circunstâncias fáticas (peça 33, p. 8).

117. Quanto à adaptação dos contratos vigentes aos dispositivos do Decreto 9.048/2017, a Nota da AGU menciona que os contratos firmados antes da Lei 8.630/1993 estariam impedidos de tal possibilidade. Aduz que as adaptações obedeceriam aos atuais marcos regulatórios, com manutenção do

equilíbrio econômico-financeiro, e que essas adaptações atrairiam investimentos no setor portuário (peça 33, p. 17).

118. Em nova manifestação (peça 45), carreada pelo Ofício 20/2018/AECI, de 31/1/2018, desta feita em resposta à oitiva determinada pelo Ministro Relator, o MTPA traz aos autos o Memorando 260/2018/DOUP/SNP. Segundo o documento, no dia a dia da setorial técnica da pasta, observar-se-ia, sem a menor dúvida, que a ampliação de prazo seria a forma mais vantajosa de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, e a forma que traria maior estabilidade na relação contratual entre as partes (peça 45, p. 14).

119. Aduz que os contratos de arrendamentos portuários, por serem de longo prazo e de natureza de concessão pública, teriam a necessidade constante de modernização e atualização tecnológica, para fazer frente à evolução do mercado. Para tanto, seria necessária a realização frequente de pesados investimentos. Que a isso se somaria a necessidade da busca pela competitividade, pela maior eficiência e pela manutenção de preços dentro dos limites admitidos pelo mercado.

120. Afirma que, nesse contexto, e diante do objetivo de prestação de serviço adequado, cresceria a necessidade de que os contratos se utilizem do mecanismo de ampliação do prazo contratual, como forma compensatória pela realização desses investimentos.

121. Salienta, ainda, que os investimentos de grande monta já teriam recebido ampla aprovação do mercado, o que se constataria nas 114 manifestações de interesse pela adaptação contratual aos novos termos do Decreto. Ressalta ainda que 93 dessas manifestações foram admitidas como aderentes às condições necessárias para a celebração de termo aditivo contratual e que estas adaptações gerariam a possibilidade de uma positiva revisão de todo o panorama de investimentos imediatos nas áreas atualmente arrendadas.

#### **I.4. Análise da SeinfraPortoFerrovia**

122. Inicialmente, é importante destacar que a discussão travada no presente processo correlaciona-se, em alguma medida, a tema amplo e de suma importância não apenas para o setor portuário, mas para os contratos de concessão de serviços públicos no Brasil como um todo, que é a discussão em torno dos limites legais à possibilidade de alterações nesses instrumentos, que permeiam todo o arcabouço de normas sobre concessões vigentes em nosso ordenamento jurídico.

123. Esta discussão vem à tona em um momento crucial da história das concessões de serviço público no Brasil, qual seja, momento em que já se tem a experiência de mais de duas décadas de prestação dos serviços pelos arrendatários e concessionários no modelo atual, alguns deles apresentando bons resultados, entretanto muitos ainda com fraco desempenho e baixo nível de investimentos nos objetos concedidos, particularmente nos setores ligados à infraestrutura de transportes e à logística.

124. Surgem daí as discussões em torno de como aperfeiçoar os contratos, em que duas opções principais se apresentam. Na primeira delas, tal aperfeiçoamento importa na extinção dos contratos fálhos para dar possibilidade à contratação de novos interessados no negócio, ou mesmo dos atuais concessionários, sob novos termos contratuais. A segunda opção diz respeito à alteração, por vezes substancial, dos contratos vigentes com vistas à inclusão de novas obrigações de investimento ou de novas condições de prestação do serviço. É preciso, entretanto, que essas alterações encontrem limites, respeitando os princípios aplicáveis ao direito das concessões e ao marco legal de cada setor regulado.

125. Nesse contexto, o escopo da análise feita nesta seção diz respeito à legalidade do art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017, que permite a adaptação de contratos de arrendamento portuário vigentes de forma a possibilitar-lhes um prazo máximo de vigência majorado para até 70 anos. Neste ponto, ressalta-se que o referido artigo, por meio do § 3º, exclui de sua incidência os contratos firmados antes da vigência da Lei 8.630/1993.

126. A fim de se efetuar a análise das respostas às oitivas feitas aos gestores, é necessária a prévia apresentação de princípios e diretrizes gerais do direito das concessões, que precisam ser ponderados em conjunto com o princípio da mutabilidade dos contratos de arrendamento portuário. Serão, portanto, apresentados inicialmente breves considerações sobre esses princípios e diretrizes.

#### I.4.1. Observância dos princípios do direito das concessões

127. A análise quanto à mutabilidade de contratos de concessão exige uma verificação robusta, por meio da ponderação entre dois grupos distintos de princípios e diretrizes aplicáveis às concessões.

128. De um lado, colocam-se normas garantidoras da lisura do procedimento de escolha do agente privado que irá desempenhar o serviço público concedido e garantidoras também da execução contratual: (i) princípio do dever de licitar; (ii) princípio da isonomia; (iii) princípio da escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública; (iv) princípio da vinculação ao instrumento convocatório; (v) princípio do prazo determinado dos contratos de concessão; (vi) princípio da segurança jurídica e (vii) princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).

129. De outro lado, apresentam-se princípios que orientam o aplicador do direito das concessões diante de casos de necessidade de flexibilização das regras contratuais, no curso da sua execução, em virtude da necessidade de adaptações a novas condições fáticas, em nome da continuidade do serviço público, da preservação da atualidade tecnológica dos contratos, busca da eficiência, entre outros.

130. Todos esses princípios elencados acima caminham em conjunto e estão ligados entre si. Diante de casos concretos, entretanto, exige-se a ponderação entre eles, com base na proporcionalidade, motivando a escolha a ser adotada, verificando-se, ainda, os limites legalmente impostos e o atendimento ao interesse público e à modicidade tarifária.

##### I.4.1.1. Princípio do dever de licitar e o regime jurídico do serviço portuário

131. A Constituição de 1988 alterou o tratamento reservado à atividade portuária, ao tratar, no art. 21, da exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres, incluindo-a no rol dos serviços públicos de competência da União, já tendo este Tribunal reconhecido tal característica no Acórdão 1.904/2009-TCU-Plenário (Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues).

132. Observa-se, dessa maneira, que houve uma evolução do tratamento constitucional conferido pela atual Carta Magna, em confronto com as Cartas Constitucionais de 1946 e de 1967, que se referiam tão somente à competência da União para legislar sobre o regime dos portos e da navegação de cabotagem, mas silenciavam sobre a exploração da atividade portuária pelo Estado.

133. A exploração dos portos brasileiros é, assim, caracterizada como serviço público, que consiste na exploração de uma infraestrutura específica acoplada com a prestação de serviços, como descarregamento e armazenamento de cargas e embarque e desembarque de passageiros.

134. Em decorrência de seu enquadramento constitucional, aplicam-se à disciplina dos contratos de concessão de portos organizados e de arrendamentos portuários as regras atinentes ao regime jurídico das concessões de serviços públicos no Brasil, cuja análise deve ser iniciada pela leitura e interpretação do art. 175 da Carta Magna, que prescreve:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e **de sua prorrogação**, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; (grifos acrescidos)

135. De sua leitura, infere-se que a delegação da prestação de serviço público a um particular deve ser feita na forma da lei e sempre por licitação, com o objetivo de se obter eficiência nas contratações públicas por meio da competição.

136. Por intermédio da igualdade de oportunidade a todos os particulares, especializam-se os princípios da isonomia e da impessoalidade e, pela ampla competição, busca-se alcançar a melhor proposta para a Administração.

#### I.4.1.2. Princípio da isonomia

137. O princípio da isonomia é uma norma jurídica orientadora do processo de escolha dos agentes interessados em assumir o serviço a ser concedido, de modo a garantir a impessoalidade do processo licitatório, permitindo que todos os interessados em participar do certame tenham condições de receber um tratamento justo e igualitário.

138. Em respeito a esse princípio, os contratos de arrendamento portuário (que são contratos de concessão) devem ser firmados após regular processo licitatório (art. 175 da Constituição Federal), por meio do qual se garante a igualdade de tratamento aos interessados e a imparcialidade da escolha da Administração Pública.

139. Cabe ressaltar que o princípio da isonomia se aplica não apenas no momento inicial de escolha do licitante interessado, mas acompanha a execução contratual, orientando a aplicação das normas contratuais no curso de seu prazo de vigência e ainda em face de eventuais necessidades de alterações contratuais (unilaterais ou mesmo consensuais).

140. A Casa Civil da Presidência da República argumenta no sentido de que existem diferenças entre os contratos administrativos regidos pelas Leis 8.666/1993 e 8.987/1995 que impediriam transplantar o conceito de isonomia para os contratos de concessão, e que não seria competência da União satisfazer um suposto interesse de um hipotético licitante.

141. Ocorre que o princípio da isonomia, no âmbito do direito das concessões, está previsto na Constituição Federal, na Lei 8.666/1993 e na Lei 8.987/1995. Vejamos:

##### Constituição Federal

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, **impessoalidade**, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (grifo nosso)

\*\*\*

##### Lei 8.666/1993

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da **igualdade**, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifo nosso)

\*\*\*

##### Lei 8.987/1995

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, **igualdade**, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório. (grifo nosso)

142. Adicionalmente, cabe lembrar que o art. 18, *caput*, da Lei de Concessões (Lei 8.987/1995) prevê a aplicação subsidiária da Lei de Licitações ao âmbito do direito das concessões:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, **os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos** e conterà, especialmente: (grifo nosso)

#### I.4.1.3. Princípio da escolha da proposta mais vantajosa para a Administração

143. O princípio da escolha da proposta mais vantajosa também funciona como norma jurídica orientadora do processo de seleção dos agentes interessados em assumir o serviço concedido, de modo a garantir que todos os interessados em participar do certame tenham oportunidade de demonstrar a sua capacidade e eficiência de prestar o serviço público, ofertando condições o mais próximo dos padrões de mercado possível.

144. O princípio em questão é também uma regra geral das licitações e não pode ser desconsiderado caso se pretenda implementar alterações em contratos vigentes.

145. Isso porque, para participantes de qualquer certame destinado a outorgar a prestação de serviços públicos, o prazo contratual é fator relevante na formulação das suas propostas. E é a partir dessas propostas que a Administração escolhe aquela mais vantajosa para o interesse público. Procedidas alterações significativas em características relevantes do contrato, como o prazo, corre-se o risco de se macular o resultado do certame.

146. O direito a um prazo significativamente maior para a exploração de determinado serviço ou ativo, se anunciado desde o início, poderia dar espaço a novos entrantes ou a lances mais condizentes com o retorno esperado para o período delimitado. Tarifas mais baixas e outorgas mais vultosas são exemplos de resultados que poderiam ocorrer na licitação de uma concessão de longo prazo, quando comparados com o resultado de licitação para prazo mais curto, se mantidas as demais variáveis.

147. O princípio em questão também está previsto no ordenamento jurídico, com previsão expressa na Lei 8.666/1993 e na Lei 8.987/1995. Vejamos:

Lei 8.666/1993

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a **seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

148. Convém mais uma vez destacar o art. 18, *caput*, da Lei 8.987/1995, acima já citado, prevê a aplicação subsidiária da Lei de Licitações nos contratos de concessões. Cabe ainda trazer os ensinamentos de Marçal Justen Filho sobre o assunto:

A licitação para concessões e permissões de serviço público é disciplinada pelos princípios constitucionais e pela regulamentação legislativa pertinente. Em princípio, aplicar-se-ão as normas gerais contempladas na Lei 8.666, naquilo em que for aplicável, com as complementações contidas na Lei 8.987. Ademais disso, a lei pertinente ao setor poderá contemplar regras peculiares e específicas, as quais versarão sobre temas acessórios.

(...)

Insista-se em assinalar que a licitação da Lei 8.987 não se sujeita a princípios distintos dos consagrados na Lei 8.666. Não há diferença qualitativa nem quantitativa quanto aos princípios disciplinadores de licitações das duas Leis.

Nesse sentido, a enumeração do art. 14 da Lei 8.987 é meramente exemplificativa, devendo ser interpretado nos termos aplicados para o art. 3º da Lei 8.666. Assim, a ausência de referência às finalidades da licitação (seleção da proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia) não indica que a Lei 8.987 adote outra solução.

(...)

Como esses princípios são emanção direta da Constituição, nem seria necessário a Lei 8.987 aludir a eles. Nessa mesma linha, o eventual silêncio de leis específicas não representa ausência de acolhimento desses princípios fundamentais, inerentes à atividade licitatória do Estado. (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões. São Paulo: Editora Dialética, 2009, p. 216)

149. Assim sendo, diferentemente do que foi alegado pela Casa Civil da Presidência da República, não resta qualquer dúvida quanto à aplicação dos princípios gerais da licitação, previstos na Lei 8.666/1993, dentre eles o da isonomia e da escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, aos contratos de arrendamento portuário.

#### I.4.1.4. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

150. Este princípio tem estreita relação com a isonomia entre os licitantes e serve para balizar o curso do processo licitatório, tendo em vista que os critérios de julgamento devem observar as regras contidas e publicadas no edital do certame. Além disso, é também princípio orientador para aplicação das cláusulas contratuais no curso da vigência do ajuste celebrado.

151. A Casa Civil da Presidência da República afirma que não se pode transplantar a “vinculação ao instrumento convocatório” segundo a perspectiva da Lei 8.666/1993 para o âmbito da Lei 8.987/1995 e das leis setoriais, tendo em vista que a modelagem desses contratos é distinta. Entende que não se pode engessar os contratos de concessão com cláusulas inadequadas, sob o argumento de proteção da vinculação ao instrumento convocatório.

152. No entanto, contra esse argumento, deve-se apontar que é a própria Lei 8.987/1995, em seu art. 14, que prevê a aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório aos contratos de concessão:

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da **vinculação ao instrumento convocatório**. (grifo nosso)

153. O dispositivo em questão exige que as regras estipuladas no edital de licitação sejam cumpridas em seus exatos termos pela Administração e pelos administrados, não somente no decurso do procedimento licitatório, mas também durante toda a execução dos contratos.

154. Acerca da aplicação do princípio em questão aos contratos de concessão, cabe ressaltar que diversos doutrinadores já destacaram o dever de se observar tal princípio no direito das concessões:

Como lei interna da licitação, na qual se expressa o desejo de eficiência formulado pela Administração em relação aos proponentes, não se pode fugir aos termos e condições ali propostos; não se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital; ali estão fixadas as condições em que devem ser elaboradas as propostas cabendo, portanto, julgá-las em estrita conformidade com tais condições. (SOUTO, Marcus Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 204)

\*\*\*

A vinculação ao edital significa que a administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitante. (MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 31)

\*\*\*

No entanto, uma vez realizadas tais escolhas, por meio do edital, exaure-se a discricionariedade administrativa, não mais podendo ser invocada. Neste sentido, leciona Pereira Júnior (2007) que o princípio: ‘da vinculação ao instrumento convocatório faz do edital ou do convite a lei interna de cada licitação, impondo-se a observância de suas regras à Administração Pública e aos licitantes, estes em face dela e em face uns dos outros, nada podendo ser exigido, aceito ou permitido além ou aquém de suas cláusulas e condições; o art. 41 da Lei nº 8.666/93 ilustra a extensão do princípio ao declarar que ‘A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada’ (PEREIRA JÚNIOR, Jessé T. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. ed. 7 rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 63).

155. Destaque-se, também, trechos da obra de Marçal Justen Filho sobre o assunto:

V.13.1) Funções do edital

Deve ter-se em mente que o edital desempenha duas funções principais e inconfundíveis. Por um lado, é instrumento de publicidade, sendo o veículo pelo qual os interessados e a comunidade têm acesso às decisões administrativas. (...) Por outro lado, o edital tem função normativa, estabelecendo as regras que disciplinarão a licitação e que constarão do futuro contrato. (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões. São Paulo: Editora Dialética, 2009, p. 217)

VI.5.5) Relevância das condições originais da outorga

As considerações anteriores evidenciam, portanto, a extrema relevância jurídica das condições originais da outorga. Independentemente da teoria que se adotar a propósito da natureza jurídica da concessão, afigura-se incontroverso que as condições originais determinam certas relações inalteráveis entre as partes, aí incluída a Sociedade. (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 300)

VIII.7.5.3) A problemática da vinculação da outorga à licitação

Bem por isso, a consagração do princípio da obrigatoriedade da licitação é sempre acompanhada do princípio da vinculação da contratação às condições da licitação. (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 445)

156. Os trechos acima reforçam a aplicabilidade subsidiária e suplementar da Lei 8.666/1993 aos contratos de concessão, especificamente no que tange ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. É a Lei de Licitações que prevê, em seu art. 3º, *caput*, acima já destacado, que o contrato administrativo (e seus posteriores aditivos) vincula-se ao edital convocatório, cujas normas obedeceram à legislação vigente à época.

157. Por ocasião da licitação é que se fixam as condições a serem respeitadas pela Administração Pública, pelo concessionário contratado e pelos usuários, em função da relação trilateral firmada nesse tipo contratual. As propostas apresentadas pelos licitantes levam em conta as regras vigentes e as condições estabelecidas no edital, inclusive em relação ao prazo máximo da avença, prazo este que pauta as análises quanto aos investimentos possíveis de serem realizados na vigência do contrato.

I.4.1.5. Princípio do prazo determinado dos contratos de concessão de serviço público

158. A Casa Civil da Presidência da República defende que contratos administrativos são relações jurídicas bilaterais de natureza contratual, que a mutabilidade das avenças não desnatura o objeto contratual e a sua equação econômico-financeira. Defende também que a alteração de prazo dos

contratos administrativos seria de natureza regulamentar, o que significa, em sua visão, que o prazo do contrato poderia ser alterado unilateralmente pela Administração para mais ou para menos sempre que o interesse público o exigir.

159. Ocorre que a mutabilidade não pode significar a transmutação do prazo em algo indeterminado, possibilitando prorrogações infinitas, sob o fundamento de uma suposta busca pelo interesse público, posto que deve ser aplicada a norma constitucional do art. 175 da Carta Magna.

160. Nesse sentido, um dos princípios dos contratos de concessão e dos contratos de arrendamento portuário que se deve ter em conta é a norma insculpida no art. 2º, inciso II, da Lei 8.987/1995, que dispõe o seguinte:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e **por prazo determinado**;

161. Sobre a temporariedade dos contratos de concessão, assim prescreve Marçal Justen Filho:

O regime da concessão importa, necessariamente, a temporariedade da concessão. Não admite concessões eternas nem aquelas em que o concedente renuncie definitivamente ao poder de retomar o serviço. Essas soluções corresponderiam ou à transformação do serviço em privado (o que descaracteriza uma concessão) ou à alienação de competências públicas (o que seria juridicamente inexistente). Por outro lado, a fixação de prazo não se constitui em obstáculo à retomada antecipada do serviço, fundada em razões de conveniência e interesse público, independentemente da prática de ato ilícito do concessionário. Não significa que a concessão seja pactuada por prazo indeterminado. Aliás não se admite concessão com prazo indeterminado.

A existência do prazo determinado desempenha duas funções fundamentais. A primeira consiste na delimitação do período pelo qual o particular desenvolverá o serviço. Logo atingido o termo avençado, o serviço deverá retornar ao concedente. A segunda reside na garantia de que a extinção antecipada, sem culpa do concessionário, acarretará ampla indenização a ele. Se a concessão fosse pactuada por prazo indeterminado, poderia permanecer indefinidamente ou ser extinta a qualquer tempo, sem maiores conseqüências. (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões. São Paulo: Editora Dialética, 2009, p. 56)

162. Também Celso Ribeiro Bastos assim defende:

Contudo, como se disse, essa lei só seria aplicável no campo das concessões e permissões se não conflitasse com dispositivos, também de caráter geral, mas da lei específica de concessões e permissões (Lei 8.987/95). É por este motivo que não se pode transportar para o campo das concessões e permissões de serviços públicos essa limitação temporal estabelecida na Lei de Licitações.

No entanto, um contrato suscetível de uma prorrogação não é contrato por prazo indeterminado. Ele tem o prazo perfeitamente delimitado, dependendo tão-somente da vontade subjetiva das partes em fazerem transcorrer o prazo de vencimento sem o exercício que o contrato lhes confere de prorrogá-lo por data certa.

Portanto, o prazo, nos dois casos, é determinado. O que varia tão-somente é o exercício da prerrogativa das partes em proceder a sua prorrogação, faculdade esta assegurada pelo contrato e pelas garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. (BASTOS, Celso Ribeiro. Concessões e Permissões do Serviço Público - Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 41/2002 | p. 311 - 322 | Out - Dez / 2002)

163. A obrigação legal de que o contrato tenha prazo determinado é, portanto, importante baliza a ser considerada diante da necessidade de modificações no contrato de concessão, seja para fins de se

efetivar uma prorrogação contratual ou mesmo para se alterarem as condições de prorrogação, no que se refere ao prazo.

#### I.4.1.6. Princípio da segurança jurídica

164. A Casa Civil da Presidência da República aduz que a prorrogação contratual só será realizada quando possível e que caberá ao órgão competente o dever de fundamentar a vantagem da prorrogação em relação à realização de nova licitação. Adiciona que a lei superveniente não constitui violação ao princípio da isonomia, tampouco viola a segurança jurídica dos licitantes ou dos atuais usuários.

165. O princípio da segurança jurídica tem o fito de estabilizar as relações de direito no tempo, controlando expectativas e incertezas. De acordo com o princípio em questão, a alteração de regras previamente estabelecidas com caráter retroativo são, via de regra, rechaçadas, como forma de oferecer segurança aos interessados, diretos e indiretos, em uma relação de direito.

166. O princípio da segurança jurídica fundamenta-se no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal e é tutelado no âmbito do direito público pelas regras do devido processo administrativo (Lei 9.784/1999) e também pela própria Lei 8.987/1995. Vejamos:

Constituição Federal/1988

Art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada

\*\*\*

Lei 9.784/1999

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

\*\*\*

Lei 8.987/1995

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

167. Convém destacar entendimento doutrinário de Egon Bockmann acerca da aplicação do princípio em questão no âmbito dos contratos de concessão de serviço público:

Desestatizar os serviços públicos brasileiros através de concessões reclama legislação específica não só como baliza técnica, mas também na condição de referência institucional. A relevância social e a magnitude dos investimentos dos serviços públicos exigem segurança jurídica reforçada – tanto para os investidores quanto para o Poder Público e usuários. A solidez institucional e a consistência na execução dos contratos são dados que atenuam os custos de transação – o que em sede de serviços públicos concedidos pode implicar melhores serviços, menores tarifas e lucros razoáveis. (MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995. São Paulo: editora Malheiros, 2010. P. 35)

168. Ocorre que, de fato, para que uma prorrogação contratual não viole o princípio da segurança jurídica, ela deve ser bem fundamentada e a vantagem da prorrogação deve ser demonstrada de maneira robusta, de forma individualizada. No entanto, conforme será apresentado adiante, a maneira como a alteração contratual aos acordos já celebrados é implementada, por meio de uma autorização genérica,

coloca em xeque a segurança de todos os interessados envolvidos (setor público, arrendatários, usuários e a sociedade em geral).

#### I.4.1.7. Princípio do *pacta sunt servanda* e respeito ao ato jurídico perfeito

169. A Casa Civil da Presidência da República alude que o comando constitucional segundo o qual “a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito” não poderia servir para negar a natureza mutável do contrato administrativo e não poderia operar efeitos modificativos prejudiciais ao contratado.

170. Ocorre que, no conjunto de princípios que se colocam como intrínsecos aos contratos de concessão e de arrendamento portuário, o princípio da força obrigatória dos contratos e do respeito ao ato jurídico perfeito não é diretriz voltada a engessar a mutabilidade contratual, mas um dos princípios a serem ponderados no caso concreto, a fim de se verificar a necessidade de modificação da avença.

171. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu art. 5º, inciso XXXVI, assevera que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A legislação ordinária, em consonância com o postulado constitucional expresso ou com sua ausência, cuidou também da matéria.

172. Por sua vez, o princípio do *pacta sunt servanda*, aplicável ao âmbito dos contratos administrativos e conseqüentemente aos contratos de concessão, nada mais é do que a diretriz segundo a qual o contrato faz lei entre as partes e suas cláusulas devem ser fielmente observadas no curso de sua vigência, como regra geral.

173. Vejamos o que diz a doutrina a esse respeito:

Uma vez celebrado, com a observância de todos os pressupostos e requisitos de validade, o contrato deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos, incorporando-se ao ordenamento jurídico como verdadeira norma de direito. Além de se tornar lei entre as partes, o contrato validamente celebrado é ato jurídico perfeito, obrigando as partes a cumprir tudo o que convencionaram, no tempo, local e na forma estipulados.

(...)

Esse princípio não é afastado, nem mitigado, nos contratos administrativos. Ao contrário, nesse tipo de contrato, o princípio é encarecido, pois o que está em jogo, além da crença que a sociedade deve ter nos contratos, é a expectativa de que a Administração Pública aja de maneira lúdima e pautada na lei. (MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Concessões de serviço público: a equação econômico financeira dos contratos, São Paulo: Verbatim, 2011. p. 31)

#### I.4.2. Mutabilidade dos contratos de concessão

174. Em suas respostas às oitivas, os gestores da Casa Civil/PR e do MTPA apoiam-se no princípio da mutabilidade dos contratos de concessão para justificar a alteração das condições de prorrogação de prazo dos contratos de arrendamento portuário já assinados.

175. É cediço que os contratos de concessão se constituem em uma categoria especial dos contratos administrativos. Isso porque possuem características próprias tão marcantes que outros tipos de ajuste feitos pelo poder público não possuem. Barroso (*in* Alteração dos contratos de concessão rodoviária, 2006), ao tratar de concessões rodoviárias, apresenta quatro desses traços. Considerando que são atribuições inerentes a praticamente todos os contratos de concessão, entende-se pertinente apresentá-los.

176. O primeiro diz respeito à complexidade do objeto. Em geral, o concessionário típico possui diversas responsabilidades diferentes, desde operar, conservar, monitorar, melhorar, construir e explorar infraestruturas e superestruturas. Todos esses objetivos envolvem um conjunto bastante amplo de atividades. No setor portuário, pode envolver reforço de berço, construção de armazéns, instalação e

utilização de equipamentos de alta tecnologia e seu monitoramento e manutenção, busca por clientes, desenvolvimento da logística interna do terminal, treinamento de pessoal especializado, entre outros.

177. A segunda característica é a relação especial que advém entre os interessados no contrato de concessão. Nos contratos administrativos típicos, regidos pela Lei 8.666/1993, o particular contratado constrói determinadas obras, presta serviços e fornece bens para a Administração Pública e recebe o pagamento correspondente. Apesar de a população ser a beneficiária final do objeto do contrato, não há qualquer relação jurídica entre ela e o contratado. Nas concessões de serviço público, o destinatário imediato dos serviços desenvolvidos pelo concessionário é a população, que remunera o particular contratado por meio das tarifas/preços.

178. O terceiro aspecto envolve os longos prazos fixados em seus termos. Essa duração decorre não apenas da necessidade de se conceder ao concessionário tempo suficiente para executar suas obrigações, mas também decorre dos custos envolvidos nas obras e nos serviços objeto dos contratos. O prazo longo é o mecanismo pelo qual o retorno esperado para bem desenvolver as obrigações contratuais pode ser alcançado, mantendo-se a modicidade das tarifas.

179. Deste traço específico, sobressaem dois elementos. O primeiro é a natural alteração das necessidades relacionadas com o bem público, a infraestrutura em questão, e com os serviços a ele associados. As necessidades dos usuários e do mercado podem variar substancialmente em 20-25 anos. Podem ocorrer fluxos migratórios, descontinuidade da produção de bens, fechamento/esgotamento de minas e fazendas, alteração de corredores de exportação, progresso científico, desenvolvimento de outros modais de transporte, crescimento ou retração econômica atípica, mudanças relevantes no cenário internacional ou em projeções cambiais, entre outros.

180. Além disso, a concessão terá de conviver, ao longo do tempo, com agentes públicos e governos diversos, que a cada mandato poderão ter percepção diferente de como as atividades devem ser organizadas e realizadas, seja pela mudança da demanda ou por nova compreensão política do mesmo problema.

181. Toda essa discussão conduz à quarta característica relevante dos contratos de concessão, o que se costuma denominar na doutrina como sua mutabilidade. Barroso (2006) assim a define: “Trata-se, a rigor, do poder-dever conferido à Administração de alterar o objeto do contrato ou as condições de sua execução de modo que o ajuste realize da melhor forma possível o interesse público que motivou sua celebração”.

182. Justen Filho (2016) coloca a questão da seguinte forma:

A evolução dos fatos naturais e sociais compreende uma margem de indeterminação que é impossível de ser eliminada. Nenhum planejamento, por mais satisfatório e perfeito que seja, é apto a prever a solução para todos os problemas que se consomem no mundo real.

Portanto, a disparidade entre as projeções teóricas anteriores e as ocorrências reais futuras não decorre necessariamente de falhas de planejamento.

Há outro aspecto que é usualmente ignorado. A tentativa de prever todas as alternativas futuras implica, em primeiro lugar, um enorme custo temporal. Considerar todas as variáveis possíveis requer uma parcela de tempo significativa e relevante.

Mais ainda, isso envolve custos econômicos muito elevados. Tal decorre não apenas do dispêndio com estudos prévios, mas também com a adoção de providências acautelatórias destinadas a evitar ou remediar possíveis eventos danosos. (JUSTEN FILHO. Marçal. Ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, 2016)

#### I.4.2.1. Princípio da atualidade, eficiência e continuidade do serviço público

183. A mutabilidade dos contratos de concessão, nessa roupagem, possui proximidade intrínseca com os princípios da atualidade, da eficiência e da continuidade do serviço público, elementos constantes

do conceito de serviço adequado previsto no art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei 8.987/1995. Nesse sentido, Justen Filho afirma:

Atualidade relaciona-se com outro ângulo do conceito de eficiência. Dentro de certos limites, um serviço pode ser eficiente ainda que não seja moderno. Haverá um certo ponto de ruptura entre ausência de modernidade e eficiência. As necessidades dos usuários podem ser atendidas satisfatoriamente por meio de serviços prestados segundo técnicas ultrapassadas pela evolução científica. Mas a manutenção das técnicas anteriores, diante de contínuas inovações da ciência, tenderá a produzir ineficiência. O progresso tecnológico produz redução de custos e de tempo e ampliação de utilidades ofertáveis ao público. Mais ainda, de novas necessidades. Portanto, não adotar novas técnicas significa desatender às necessidades a ela relacionadas. (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões. São Paulo: Editora Dialética, 2009)

184. Mattos (*apud* Barroso, 2006), também corrobora essa correlação. Afirma que o conceito de serviço adequado inclui a necessidade de modernização das técnicas, dos equipamentos e instalações, bem como a melhora e expansão do serviço, na medida em que o Poder Público tem o dever de evitar a estagnação da concessão, que deve, com o passar do tempo, adequar-se às necessidades dos usuários.

185. Souto (2005) também traz interessante lição que vai ao encontro dessa observação:

Para o seu atendimento, a Administração concedente poderá alterar unilateralmente as cláusulas de serviço do contrato de concessão ou dos atos de autorização ou permissão para que as novas necessidades ou as novas técnicas sejam incorporadas aos encargos do concessionário ou do permissionário, sempre ponderando o custo a ser repassado e, eventualmente, regulando o custo a ser internalizado. (SOUTO, Marcus Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 221)

186. Apesar de ser característica inafastável e desejável dos contratos de concessão, contudo, a doutrina é unânime em afirmar que existem limites a serem observados. Não possui o Poder Público competência legal e constitucional para promover indiscriminadamente toda e qualquer alteração nesses ajustes, sob a justificativa de perseguir o interesse público.

187. O entendimento é pacífico inclusive nesta Corte. Nesse sentido é o Voto condutor do Acórdão 738/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues:

Uma das características mais marcantes dos contratos administrativos é a possibilidade de alteração do seu objeto ou as condições da sua execução, para realizar da melhor forma possível o interesse público que motivou sua celebração. Todavia, essa mutabilidade não é absoluta. Não se pode desprezar o interesse público que motivou sua celebração, muito menos desvirtuá-lo, a ponto de nele já não se reconhecer o que fora originalmente licitado.

188. Pertinente citar novamente Barroso (2006):

É fácil perceber que a possibilidade ilimitada de alterar os contratos administrativos poderia dar margem ao administrador para beneficiar ilicitamente o contratado ou prejudicar, também ilicitamente, o vencedor de um processo licitatório.

(...)

A regra da licitação e os princípios da igualdade e da impessoalidade administrativa, portanto, veem com cautela e certa desconfiança o poder amplo de se alterarem os contratos administrativos, justamente por conta dos abusos que esse poder pode ensejar. (BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, 2006)

189. Como se verifica, é cristalino o fato de que a Administração deve observar uma série de cuidados jurídicos e técnicos quando promove tais alterações contratuais. As próximas cinco subseções abordam esses cuidados com maior profundidade.

#### I.4.2.2. Limites da mutabilidade – Alteração legítima

190. Para Barroso (2006), apenas alterações **legítimas** podem ser levadas a efeito pela Administração Pública. Na mesma linha, Justen Filho (2016) leciona que a modificação do contrato administrativo será admissível “se tal se impuser como solução necessária e adequada à realização de interesses coletivos relevantes”. O primeiro parâmetro a ser observado, assim, é a necessidade expressa de justificação para o ato, sua motivação.

191. Considerando que modificações contratuais refletem, em última análise, o sopesamento de princípios caros e essenciais no caso concreto, é importante que esteja devidamente demonstrado em que medida aquela alteração contratual promoverá o melhor atendimento do interesse público, em atenção à probidade exigida para qualquer ação administrativa.

#### I.4.2.3. Limites da mutabilidade – Superveniência de fato imprevisível

192. Cabe ao administrador justificar de maneira explícita porque considera necessária aquela alteração, especialmente em atenção à eficiência e à economicidade das soluções adotadas, em comparação a outras possíveis para o caso concreto. Deve indicar também os fatos posteriores e imprevisíveis à época da contratação (ou fatos previsíveis, mas de consequências incalculáveis) que modificaram a situação contratada inicialmente e que, portanto, tornariam sua execução nessa nova realidade inadequada ao objetivo desejado pela Administração Pública com a contratação original.

193. A alteração contratual trata-se de uma exceção, logo, deve-se demonstrar também que não se está diante de riscos assumidos pelo particular constante da álea ordinária, ou seja, de que a alteração não visa incluir meras benesses ou facilidades aproveitadas apenas pelo concessionário ou que o proteja de eventos que caberia a ele evitar e se resguardar, tudo em respeito ao art. 65, inciso II, alínea ‘d’, da Lei 8.666/1993.

194. Relevante o comentário anotado por Justen Filho (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2000):

A Administração tem de evidenciar, por isso, a **superveniência** de motivo justificador da alteração contratual. Deve evidenciar que a solução localizada na fase interna da licitação não se revelou, posteriormente, como a mais adequada. Deve indicar que os **fatos posteriores** alteraram de fato ou de direito e exigem um tratamento distinto daquele adotado. Essa interpretação é reforçada pelo disposto no art. 49, quando ressalva a faculdade de revogação da licitação apenas diante de ‘razões de interesse público decorrente de fato superveniente’. (grifos nossos)

195. No mesmo sentido, existem diversas deliberações desta Corte de Contas, podendo-se citar os Acórdãos 170/2018-TCU-Plenário e 852/2016-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, e o Acórdão 2.161/2011-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Raimundo Carreiro. Colaciona-se nesta oportunidade o Acórdão 774/2016-TCU-Plenário, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, que trata de resposta à consulta sobre prorrogação de arrendamentos de instalações portuárias:

9.2.6. é possível estender o prazo para além do período de vigência contratual, como forma de compensar o tempo de operação em que arrendatária foi impossibilitada de operar, abstendo-se da realização de nova análise da equação econômico-financeira do contrato, ou seja, devolução do exato período em que o terminal não operou, desde que devidamente justificado?

9.2.6.1. não, em toda e qualquer extensão de prazo para além do período de vigência contratual, ou seja, prorrogação de contrato, ainda que como forma de compensar o tempo de operação em que arrendatária foi impossibilitada de operar, é necessária nova análise da equação econômico-financeira do contrato, devendo-se ressaltar que a eventual ampliação de vigência de arrendamentos portuários para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual deve observar as restrições contidas na legislação. **Cabe ressaltar que a revisão contratual para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deve estar adstrita à materialização de risco previamente assumido pelo poder concedente no contrato de arrendamento ou,**

**subsidiariamente, à comprovação de ocorrência de caso fortuito ou de força maior, fato do príncipe, fato imprevisível ou fato previsível, mas de consequências incalculáveis, conforme art. 65, inciso II, alínea ‘d’, da Lei 8.666/1993, situações que excluem o regular exercício de polícia administrativa por parte do Poder Público e os riscos de projeto passíveis de mensuração e precificação por parte do arrendatário. (grifo nosso)**

#### I.4.2.4. Limites da mutabilidade – Inviabilidade de licitação

196. Outro parâmetro de controle, e que possui raízes na própria motivação do ato, trata da demonstração jurídica e técnica da inviabilidade de licitar de forma autônoma a alteração que se pretende acrescentar no ajuste, da impossibilidade de se promover competição entre interessados no objeto da alteração. O propósito do princípio do dever de licitar, como visto, é gerar competição objetiva e isonômica entre os agentes privados, para que a Administração consiga obter a melhor proposta possível.

197. Quando há um contexto em que apenas o particular contratado pode fornecer as vantagens pretendidas pela Administração com aquela alteração, seja, por exemplo, em razão do custo ou por pura eficiência, a licitação não será exigível. Essa condição, contudo, deve ser comprovada mediante análises de custo-benefício robustas, que comparem o resultado esperado pela licitação, diminuído de seu custo, com o resultado advindo da alteração. A falta dessa análise de custo-benefício no caso concreto configura afronta direta ao princípio do dever de licitar.

#### I.4.2.5. Limites da mutabilidade – Vedação à desnaturação do contrato original

198. Além dos pontos abordados, um importante parâmetro a ser considerado diz respeito à observância do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, a alteração pretendida não pode desnaturar o objeto do contrato, não pode ser tão relevante e substancial que ultrapasse a natureza de modificação e assumam a feição de um novo contrato. Por essa razão, alterações legítimas devem possuir caráter complementar, acessório e derivativo do objeto original. Pertinente trazer a lição de Barroso (2006):

Assim, se a alteração do objeto é legítima, não parece sequer plausível imaginar que ela produza uma extensão de prazo, *e.g.*, equivalente ao prazo original do ajuste, exemplo frequentemente apresentado pela doutrina como de extensão ilegítima. Se o custo adicional associado à alteração é equivalente ao objeto original do contrato – tanto assim que o prazo necessário para amortizá-lo é o mesmo –, tudo indica que não se tratava na realidade de uma alteração necessária à melhor execução daquele objeto, mas de objeto diverso e autônomo, que deveria ser submetido à licitação própria. (BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, 2006)

199. Pinto (*in* A revolução silenciosa: o fim dos limites à mutabilidade dos contratos de concessão, 2017) apresenta ainda outro ponto a ser observado na análise de custo-benefício, a questão temporal. Deve-se estimar quanto tempo levará para a satisfação da necessidade pública considerando todas as alternativas, inclusive uma nova licitação, e quais os prejuízos de eventual atraso. Essa reflexão deve ser tomada com base nos princípios da eficiência e da economicidade e compor a robusta motivação necessária para justificar a alteração pretendida.

#### I.4.2.6. Limites da mutabilidade – Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro

200. Por fim, ao verificar a ocorrência de alteração legítima, considerando todos esses aspectos limitadores já abordados, a alteração deve desencadear o processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de modo a preservar a relação original entre encargos e vantagens.

201. Existem variadas formas de promover esse reequilíbrio contratual. Justen Filho (*in* Ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público, 2016) apresenta quatro providências como as **mais usuais**: o aumento de tarifas; a diminuição dos investimentos a cargo do particular; a diminuição dos encargos financeiros do concessionário (pagamento de outorga, redução de impostos); e a indenização do particular com recursos públicos, inclusive subsídios tarifários.

202. Afirma o autor, contudo, que essas formas podem não ser ideais diante do caso concreto, considerando, por exemplo, que podem comprometer a modicidade tarifária, a necessidade setorial de investimentos, bem como podem afetar o caixa da União ou das autoridades portuárias. Para o doutrinador, nos casos específicos em que nenhuma das quatro formas de reequilíbrio se mostrasse viável, o aumento do prazo da avença pode se mostrar como a alternativa mais vantajosa e eventualmente pode ser a única capaz de evitar sacrifícios insuportáveis aos interesses trilaterais envolvidos em um contrato de concessão.

203. É nessa mesma linha o entendimento do TCU acerca do uso da ampliação de prazo de vigência para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contrato de arrendamento portuário. Segundo o Acórdão 774/2016-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues:

a ampliação de prazo de vigência, por se tratar da forma mais gravosa de interferência no mercado regulado dos arrendamentos portuários, **deve ser utilizada como meio de reequilíbrio apenas em situações excepcionais, quando demonstrada a inviabilidade de adoção de outros mecanismos que interfiram na relação entre o poder público e o regulado** (e.g. alteração dos encargos devidos pelo arrendatário, estipulação de indenizações), e, subsequentemente, de mecanismos que interfiram nos serviços disponibilizados aos usuários (e.g. alteração de tarifas cobradas, modificação das obrigações contratuais), devendo, em todos os casos, estar devidamente motivada a decisão do administrador. (grifo nosso)

204. Barroso (*in* Alteração dos contratos de concessão rodoviária, 2006) menciona que qualquer elemento dos que compõem a receita auferida pelo concessionário pode ser utilizado para compensar alterações legítimas do objeto contratual. A solução, contudo, está na seara da discricionariedade, portanto caberia ao Poder Público selecionar a mais adequada, considerando as particularidades de cada caso concreto.

205. Deve-se lembrar que a discricionariedade da Administração Pública não é absoluta, mas apenas existe dentro de uma sistemática jurídica e técnica, sujeita a controle. A corroborar essa informação, confira-se Souto (2005):

No ato discricionário, o Administrador integra a norma por meio de uma escolha entre situações juridicamente válidas, sendo livre para tanto. Já na aplicação de um conceito jurídico indeterminado dá-se a interpretação de uma norma que já está completa. (...) Não se contenta o Direito com qualquer escolha, mas, sim, com a melhor escolha. (SOUTO, Marcus Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005)

206. Para Justen Filho (2016), a fixação do prazo original da outorga “reflete uma estimativa sobre o (a) o montante à época dos custos da implantação, ampliação e manutenção de um serviço público; (b) o universo de usuários do referido serviço; e (c) o valor tarifário adequado social, econômica e politicamente”. Ainda segundo o autor, isso significa que “a fixação do prazo não reflete propriamente uma ponderação discricionária sobre a conveniência, mas é uma decorrência das estimativas técnico-econômicas”.

207. Nesse sentido, Mukai (*apud* Barroso, 2006) afirma que o prazo não é aleatório, mas baseado em estudos técnicos que visam à amortização dos investimentos. O autor afirma que: “a determinação do prazo é, portanto, criteriosa e solidamente justificada. Assim, sua prorrogação não pode ser generalizada e descontrolada”.

208. Relevante apresentar também as críticas levantadas por Ribeiro (*in* Alteração de contratos de concessão e PPP por interesse da administração pública: problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais, 2012). Afirma o autor que, embora esteja consolidada a exigência da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em caso de alteração contratual, em regra não há critérios, parâmetros e metodologias claras nem na doutrina, nem na jurisprudência, nem na prática administrativa e nem nos contratos para tanto.

209. Na falta desse referencial, importa dizer que o Poder Público necessariamente, em algum grau, irá empreender a renegociação do contrato de concessão ou de arrendamento portuário. Nas palavras de Ribeiro e Prado (2012):

Daí que a definição da compensação ao parceiro privado para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, no caso de expansão do escopo do contrato, requererá necessariamente a realização de alguma negociação entre o parceiro privado e a Administração Pública.

O problema é que, nesse contexto, o parceiro privado estará em uma posição favorecida para barganhar com a Administração, porque:

(i) o parceiro privado, por estar contratado e devidamente instalado na operação do seu contrato de concessão ou PPP, será o ente que poderá mais facilmente assumir a execução dos novos escopos;

(ii) a pressão competitiva sobre o parceiro privado será limitada, sobretudo porque para o Poder Público a opção de fazer uma nova licitação e contratação (a) é custosa em termos de tempo despendido até sua conclusão e, ademais, (b) pode até mesmo produzir preços de serviços superiores aos praticados na concessão ou PPP originalmente contratada, em especial, se a escala do novo escopo for inferior à escala do primeiro;

(iii) como o parceiro privado já estará executando o contrato originário, é provável que, se os novos escopos forem relacionados com a execução contratual em curso, o parceiro privado tenha como ninguém o conhecimento dos custos efetivos para a realização desses novos escopos, o que aumenta a assimetria de informações em favor do parceiro privado no contexto da negociação.

Por essas razões, tanto aqui, quanto na experiência internacional, a melhor prática em relação a contratos de concessão e PPPs é que se busque reduzir, ao mínimo necessário, as renegociações ao longo do contrato. (RIBEIRO, Maurício Portugal. PRADO, Lucas Navarro. Alteração de contratos de concessão e PPP por interesse da administração pública: problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais, 2012)

210. Como visto, existe uma perda de eficiência da Administração na renegociação contratual, decorrente da alta assimetria de informação envolvida. Pela falta de dados confiáveis, estimar essa ineficiência não é tarefa simples, inclusive, para efeitos de uma análise de custo-benefício que visa identificar a melhor decisão entre prorrogar e licitar. Ressalte-se que a crítica é válida também para os processos de prorrogação ordinária contratual, razão pela qual reforça-se mais uma vez a importância doutrinária à necessidade da motivação robusta da alteração ou da prorrogação contratual.

211. Nesse sentido é o excerto a seguir, extraído do texto *Concessão Rodoviária. Alterações no objeto do contrato: acréscimo de obras a pedido do poder público. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Possibilidades e limites*, de Luis Roberto Barroso (2006):

É fácil perceber que a possibilidade ilimitada de alterar os contratos administrativos poderia dar margem ao administrador para beneficiar ilicitamente o contratado ou prejudicar, também ilicitamente, o vencedor de um processo licitatório.

A regra da licitação e os princípios da igualdade e da impessoalidade administrativa, portanto, veem com cautela e certa desconfiança o poder amplo de se alterarem os contratos administrativos, justamente por conta dos abusos que esse poder pode ensejar. (<[http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/concessao\\_rodoviaria.pdf](http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/concessao_rodoviaria.pdf)>)

212. Por todo o exposto, conclui-se, nessa primeira etapa da análise, que uma característica relevante dos contratos de concessão de serviço público é a possibilidade de alteração das condições de sua execução, para atender da melhor forma o interesse público. Todavia, essa mutabilidade não é absoluta, pois não se pode desprezar, de antemão, os princípios que regem tais contratos.

I.4.3. Distinção entre os tipos de prorrogação em contratos de concessão e a vinculação ao instrumento convocatório

213. O uso do termo “prorrogação” aplica-se a figuras jurídicas diversas, sendo necessário, neste ponto, clarificar suas diferenças. Há três espécies distintas de prorrogação: (i) prorrogação ordinária; (ii) prorrogação antecipada; (iii) prorrogação excepcional para fins de reequilíbrio.

214. A prorrogação ordinária ocorre quando, havendo previsão na avença original, e atendidos os requisitos estabelecidos contratualmente, o contrato é prorrogado dentro do limite temporal previsto, a critério do poder concedente, que definirá as condições técnico-administrativas e econômico-financeiras necessárias à prorrogação, cabendo ao contratado aceitar ou não os novos termos.

215. Por sua vez, a prorrogação antecipada, para os setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, é instrumento previsto nos arts. 4º e 6º da Lei 13.448/2018, e ocorrerá por meio da inclusão de investimentos não previstos em instrumento contratual vigente de concessão rodoviária ou ferroviária, sendo assim definida:

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

II - prorrogação antecipada: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste.

216. Especificamente para o setor portuário, a prorrogação antecipada está prevista no art. 57 da Lei 12.815/2013, e aplica-se a contratos que possuam previsão expressa de prorrogação ordinária ainda não realizada. Sua utilização depende da aceitação de obrigação de realizar novos investimentos, segundo plano elaborado pelo arrendatário e aprovado pelo poder concedente.

217. Ou seja, a prorrogação antecipada faz uso de previsão contida em contrato com o prazo máximo possível predefinido, mas que até o momento da celebração tratava-se de uma mera expectativa de prorrogação. Com a sua efetiva antecipação, a expectativa é transformada e incorporada definitivamente ao patrimônio do contratado, com a dilação do prazo para uma nova data de vigência, até o limite máximo previsto no contrato.

218. Já a prorrogação para fins de reequilíbrio é cabível para situações em que a equação do equilíbrio econômico-financeiro é rompida, diante de ocorrência de eventos supervenientes e imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, como exposto em subseção anterior. A prorrogação do prazo, como uma dentre as medidas regulatórias disponíveis, é acionada como forma de se recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Repisa-se que, segundo entendimento exarado pelo TCU no Acórdão 774/2016-TCU-Plenário, a prorrogação de prazo deve ser utilizada como meio de reequilíbrio apenas em situações excepcionais, quando demonstrada a inviabilidade de adoção de outros mecanismos que interfiram na relação entre o poder público e o regulado e, subsequentemente, de mecanismos que interferiram nos serviços disponibilizados aos usuários.

219. Nessa linha, destaca-se doutrina de Pinheiro e Ribeiro (*in* Regulação das Ferrovias, 2017), que distinguem as três espécies de prorrogação, as quais tratam como prorrogação premial (denominada de ordinária nos parágrafos anteriores), prorrogação por antecipação de prazo e prorrogação para fins de reequilíbrio.

Nesse arranjo de coisas é que a Lei 8.987/1995, cumprindo a função de lei geral das concessões, interessadamente nada dispôs sobre o limite do prazo de duração dos contratos de concessão de serviços públicos, e nem tampouco sobre o limite do número de prorrogações. Apenas previu que: (i) o prazo deve ser determinado; (ii) deve estar previsto em edital (art. 18) e contrato (art. 23); assim como (iii) as condições de prorrogação também devem estar contratualmente previstas (art. 23).

Especificamente sobre este último ponto, temos que, em geral, **são três as espécies de prorrogação das quais se poderá cuidar: (i) premial, como a prevista nos contratos referidos; (ii) extensão de prazo contratual, para fins de reequilíbrio, tratada no subitem 5.3.7; ou (iii) uma antecipação do prazo contratual ainda não incorporado ao patrimônio jurídico da concessionária, também denominada por prorrogação antecipada, mediante contrapartida.**

\*\*\*

Trata-se aqui portanto, da denominada **prorrogação premial** (Freitas e Ribeiro, 2016a). Ademais, o "exclusivo critério da concedente" aqui previsto não quer significar uma discricionariedade absoluta em seu favor, ausente de justificativa, ou mesmo substrato jurídico concreto, para além de fórmulas vazias entoadas por expressões como "a bem do interesse público", entre outras. A decisão por prorrogar ou realizar nova licitação importará em ônus argumentativo à administração pública, de modo a fundamentar a decisão que venha tomar como sendo a melhor para a boa manutenção de serviço público ferroviário em específico.

\*\*\*

A prorrogação antecipada do contrato, nesse sentido, é ferramenta à disposição do gestor público para que, avaliando a qualidade e os resultados entregues pelo concessionário no âmbito do projeto em específico, possa optar pela renovação do contrato por um bloco de prazo juridicamente previsto, mas que ainda não integra o patrimônio jurídico do parceiro privado, em troca da assunção de novos investimentos que não componham sua cesta original de obrigações. Ganha com a manutenção de um serviço a contento, e a incorporação imediata de novos investimentos, em infraestrutura pública, que teriam de ser adiados até o final da vigência contratual.

\*\*\*

Sobre esta última hipótese, em aprofundamento, temos que ela terá lugar para recompor os efeitos provados de evento imprevisível e de consequências incalculáveis a priori (albergados pela Teoria da Imprevisão) que, no bojo da matriz de riscos contratuais, foi alocada ao poder concedente.

Trata-se, como se sabe, de medida que visa restabelecer o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, **especialmente adequada para as hipóteses em que outras formas de recomposição não sejam possíveis, a exemplo do incremento do valor da tarifa e da redução dos encargos do concessionário.**

Dentro dessa lógica, a extensão do prazo contratual: (i) prescinde de autorização legal específica, ou de previsão editalícia, em razão da garantia constitucional da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, constante do artigo 37, inciso XXI, in fine, da CF/1988; e (ii) está totalmente desvinculada do prazo limite previsto para eventual prorrogação contratual, pois que será estipulada pelo período de tempo necessário para que tal contrato seja reequilibrado, sob o prisma dos pesos econômicos que tal evento provocou no fluxo de caixa do concessionário. (grifos nossos) (PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Regulação das ferrovias. Rio de Janeiro: Editora IBRE, 2017. p. 143, 156)

220. Também é pertinente trazer a lição de Justen Filho (2016) nesse sentido, que tece distinções entre a prorrogação-ampliação (elastecimento do prazo para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro – aqui denominada prorrogação para reequilíbrio) e a prorrogação-renovação (aqui denominada prorrogação ordinária):

No rigor da técnica, não se confundem as figuras da renovação e da prorrogação do prazo da outorga.

A prorrogação do termo final de vigência significa a alteração do prazo originalmente previsto, dilatando-se no tempo o período de vigência de um mesmo e único contrato.

Quando se promove a prorrogação do termo final de um contrato, não se verifica a sua extinção. A hipótese não conduz ao surgimento de dois contratos sucessivos no tempo. Não se instaura uma nova relação jurídica entre as partes, mas se mantém exatamente a mesma relação jurídica, apenas com uma ampliação do seu prazo.

Já a renovação da outorga consiste na pactuação de um novo contrato entre as mesmas partes, ao final do término do prazo de vigência de uma dada contratação. A renovação caracteriza-se pela existência de objeto, cláusulas e prazo de vigência similares àquele que se encerrou.

(...)

Quando se determina, ao final do prazo de uma concessão, que se produzirá a sua "prorrogação", pretende-se indicar que haverá um novo contrato. O anterior estará extinto, pelo decurso do prazo.

A renovação da outorga significa a realização de uma nova delegação, inconfundível com a anterior. Essa solução pressupõe a liquidação da outorga original, inclusive no tocante à apuração dos direitos e obrigações assumidos pelas partes. Uma concessão "prorrogada" é uma nova concessão, que não se confunde com a original. (JUSTEN FILHO. Marçal. Ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, 2016)

221. Diante da distinção entre as diferentes espécies de prorrogação, constata-se que as duas primeiras (prorrogação ordinária e a prorrogação antecipada) demandam o respeito ao prazo original, às condições de prorrogação estabelecidas contratualmente e às condições impostas pelo edital de licitação.

222. Assim, é incompatível com o arcabouço normativo a utilização do art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017 com o propósito de adaptar contratos vigentes para a incorporação ou o elastecimento de prazos de prorrogação ordinária, ainda que tal alteração contratual configure-se como expectativa de direito.

223. O mesmo entendimento vale para a hipótese de que o elastecimento de prazo autorizado pelo dispositivo infralegal poderia comportar uma prorrogação antecipada que extrapolasse o prazo originalmente pactuado na avença. Ora, a prorrogação antecipada é uma modalidade de aplicação da prorrogação ordinária, sendo-lhe aplicáveis os mesmos princípios que salvaguardam a isonomia, a vinculação ao instrumento convocatório e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

224. Foi bem nessa linha o entendimento exarado pela Consultoria Jurídica junto ao MTPA, em análise da proposta de ato normativo para alteração do Decreto 8.033/2013, por meio do Parecer 20/2017/Conjur-MT/CGU/AGU (peça 50, p. 64-101):

Vou além e entendo que o mesmo raciocínio também se aplica à ampliação do prazo de vigência atualmente previsto nos contratos ainda vigentes. Por isso, penso que decreto também não poderia autorizar a prorrogação dos atuais contratos, mesmo que ainda estejam vigentes, por prazo superior ao que já está previsto nos respectivos instrumentos. **Haveria ainda o risco de se considerar que tal norma regulamentar estaria em contradição com a regra da vinculação ao instrumento convocatório** (art. 3º da Lei 8.666, de 1993). Em outros termos, entendo que **eventual ampliação do prazo máximo de vigência só poderia ser aplicada aos novos contratos de arrendamento portuário**, conforme dispuser o respectivo edital de licitação.

(...)

Daí concluo que há uma probabilidade relativamente alta de serem consideradas inválidas as prorrogações de vigência que venham a ser realizadas com fundamento na norma enunciada no art. 3º da minuta de Decreto. (grifo nosso)

225. Mesmo antes da manifestação da Conjur do MTPA, o tema já havia sido motivo de críticas no âmbito do Grupo de Trabalho estabelecido pela Portaria GM 435/2016, que envolveu entidades públicas e privadas para discutir novos procedimentos ou adequação daqueles instituídos no arcabouço normativo do setor portuário, e culminou na edição do Decreto 9.048/2017. No relatório final do Grupo de Trabalho, constam as seguintes considerações (peça 49, p. 32):

Não se vislumbra nenhuma justificativa para estabelecer prazos maiores que cinquenta anos, com vistas a atração de investimentos.

Dessa forma, **mantemos entendimento que não há razoabilidade em ampliar os prazos limites, sob pena de inserir insegurança jurídica aos contratos vigentes, caso seja admissível a**

**adaptação desses ao novo regime, ou de trazer a impressão de maior atratividade para os novos contratos, o que de fato não ocorrerá sob o ponto de vista do financiamento.**

(...)

A licitação é um mecanismo de entrada de novos players no mercado, especificamente no caso dos portos organizados. O prazo atual de arrendamento, de 25 anos prorrogáveis até o máximo de 50, já é bastante elástico. Pode ser o caso de flexibilizar em alguma medida a regra. Talvez permitindo mais de uma prorrogação, **desde que observado o prazo máximo.** (grifos nossos)

226. Ainda sobre a adaptação dos contratos vigentes, consta no Relatório Final do Grupo de Trabalho (peça 49, p. 39) comentário preliminar do setor jurídico no sentido de que a adaptação de contratos vigentes pelo decreto seria “manifestamente ilegal, por violação ao dever de licitar. Permite não só a alteração dos contratos já em vigor (violando a vinculação ao instrumento convocatório) (...)”.

227. Portanto, conclui-se que **a alteração de contratos vigentes para incorporar-lhes novas prorrogações ordinárias, ou para alongar aquelas já previstas, de maneira a aumentar o prazo máximo possível dessas avenças, é vedada de maneira absoluta pelo ordenamento jurídico**, por afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e ao princípio da isonomia, ambos previstos no art. 14 da Lei 8.987/1995 e no art. 3º da Lei 8.666/1993, que também prevê o princípio da seleção da proposta mais vantajosa pela administração. Ademais, tal alteração poderia resultar em burla ao dever de licitar, estabelecido constitucionalmente.

228. Diante do exposto, será apresentada ao final deste tópico **proposta para que o TCU determine aos gestores a adoção das providências necessárias ao exato cumprimento da lei, em razão da impossibilidade jurídica de alteração de contratos vigentes de arrendamento portuário, prevista no art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017, para incorporar-lhes novas prorrogações ordinárias, ou para alongar aquelas já previstas, de maneira a aumentar o prazo máximo possível dessas avenças**, por afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e ao princípio da isonomia, ambos consubstanciados no art. 14 da Lei 8.987/1995 e no art. 3º da Lei 8.666/1993.

229. Ocorre que, conforme esclarecido no início desta subseção, o termo “prorrogação” aplica-se a figuras jurídicas diversas. Além da prorrogação ordinária, que cujo prazo máximo possível contratualmente estabelecido não pode ser estendido, e da prorrogação antecipada, que também não pode ultrapassar os prazos máximos previstos na avença, há ainda a figura da prorrogação como instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

230. Parte significativa dos argumentos aduzidos pela Casa Civil da Presidência da República busca defender a juridicidade da possibilidade de alteração do prazo de contratos vigentes apoiando-se na característica de mutabilidade que permeia essas relações contratuais, da qual o gestor pode justificadamente servir-se para a recomposição do equilíbrio do contrato.

231. O Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil também argumenta nessa linha (peça 45), afirmando que os contratos de arrendamentos portuários, por serem de longo prazo e de natureza de concessão pública, teriam necessidade de constante modernização e atualização tecnológica, para fazer frente à evolução do mercado. Ressalta que muitas vezes seria necessária a realização de pesados investimentos, e que, nesse contexto, e diante do objetivo de prestação de serviço adequado, cresceria a necessidade de que os contratos se utilizem do mecanismo de ampliação do prazo contratual como forma compensatória pela realização desses investimentos.

232. Adotando essa mesma linha, a Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, em parecer jurídico que embasou a edição do Decreto 9.048/2017 (Nota SAJ 34/2017, peça 54), refutou as ressalvas apostas à minuta de normativo pelo Parecer 20/2017/Conjur-MT/CGU/AGU. Afirma a Subchefia, no parecer, que a tese da mutabilidade dos contratos de concessão poderia subsidiar a juridicidade das prorrogações contratuais autorizadas por decreto.

233. É bem verdade que **a extensão do prazo contratual para reequilíbrio econômico-financeiro não necessita de previsão no instrumento convocatório**. Constitui-se em instrumento de regulação previsto no arcabouço normativo e que encontra fundamento nos arts. 9º a 13 da Lei 8.987/1995, em especial no § 4º do art. 9º: “em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”.

234. Conforme exposto na seção I.4.2, uma característica relevante dos contratos de concessão de serviço público é a possibilidade de alteração das condições de sua execução, para atender da melhor forma o interesse público. Todavia, conforme tratado na presente instrução, essa mutabilidade não é absoluta, pois não se pode desprezar, de antemão, os princípios que regem tais contratos.

235. Assim, a possibilidade de majoração do prazo máximo, alterando condições de prorrogação de contratos já celebrados, apenas poderia ser cogitada no caso de prorrogações para fins de reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, em atenção à garantia constitucional de manutenção das condições contratuais. Entretanto, **a alteração das condições contratuais vigentes demanda uma análise de caso concreto, devidamente motivada**.

#### I.4.4. Alterações de regras nos contratos vigentes demandam análise de cada caso concreto

236. Na linha do que foi apresentado na presente análise, a mutabilidade contratual é característica dos contratos de concessão. Se por um lado a alteração de condições contratuais significa, em tese, o afastamento da disciplina contida originalmente no instrumento convocatório, por outro lado, a exigência de absoluta fidelidade ao edital conduziria à total vedação de modificações contratuais, o que não é razoável diante da necessidade de se proteger, por exemplo, a atualidade do pacto e a continuidade do serviço público, respeitado o interesse público e os ditames legais para todos os efeitos.

237. Há, dessa maneira, preocupação em evitar que a modificação sirva para frustrar a eficácia da licitação, de maneira que não se admita alteração contratual que permita a fruição de vantagem reprovável, que gere ou amplie os benefícios originalmente previstos do contratado sem a correspondente contrapartida para o interesse público.

238. Conforme já explicitado nas seções I.4.1 e I.4.2, o debate acerca dos limites para alteração de contratos de concessão envolve, portanto, a necessidade de ponderação entre os princípios aplicáveis. De um lado, os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, do dever de licitar, da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa, do prazo determinado, da segurança jurídica e da força obrigatória dos contratos. De outro lado, a característica da mutabilidade de contratos de concessão, os princípios da atualidade e da continuidade do serviço público. Todos esses elementos, diretrizes e princípios se relacionam, **mas a verificação da preponderância de alguns, em detrimento de outros, apenas é possível no caso concreto, de forma fundamentada e motivada**.

239. Isso demonstra que existem condicionantes que precisam ser ponderadas para que se decida se uma alteração de contrato pode ou não ser autorizada, **e somente a análise do caso concreto determinará a utilidade e a necessidade da medida**, impondo-se a apresentação de uma motivação mediante a qual se demonstre que prorrogar a avença, quando possível, é mais vantajoso do que realizar a licitação.

240. A importância de se efetuar a análise do caso concreto para justificar a alteração das cláusulas contratuais que dispõem sobre condições de prorrogação está em consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Dessa forma, busca-se evitar alterações desnecessárias de caráter geral e justificar o alinhamento entre o interesse do privado, em ter seu contrato alterado para contemplar direito a um prazo máximo mais alongado, e o interesse público, voltado para prestação do serviço em melhores condições.

241. A dimensão das alterações pretendidas sob a égide art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017 faz sobressair a necessidade intransponível de que a avaliação seja feita para cada caso concreto. A nova regra infralegal, embora seja capaz de incidir sobre contratos com prazo de 25 anos prorrogáveis por igual período, também permite que contratos muito mais curtos passem a ter uma extensão total possível de até 70 anos.

242. A título de exemplo, cite-se o caso do terminal no porto de Suape, cujo contrato foi celebrado com a empresa LocalFrio S.A. (Contrato 058/2000), com prazo de vigência de dez anos, prorrogáveis por outros dez anos. Ou seja, o prazo máximo possível para vigência do contrato é de 20 anos, nos termos do edital e do contrato (peça 55, p. 5 e 21):

Edital

2.4.5. Do arrendamento

O prazo de arrendamento será de 10 (dez) anos, contados da data de assinatura do Contrato de Arrendamento, prorrogável uma única vez, por igual período.

\*\*\*

Contrato

DOS PRAZOS

IV – Do arrendamento

O prazo de arrendamento é de 10 (dez) anos, contado da data de assinatura do instrumento contratual, prorrogável por único e igual período, nos termos da legislação vigente;

243. Ou seja, a esse contrato, nos termos do disposto no art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017, é permitida adaptação para criar a possibilidade de que sua vigência chegue a 70 anos, por meio de sucessivas prorrogações. **Ou seja, o seu prazo máximo possível de vigência passaria a ser superior ao triplo do originalmente licitado.**

244. Outro exemplo é o do terminal no porto de Aratu (BA), cujo contrato foi celebrado com a empresa Caboto Comercial e Marítima Ltda. (Contrato 13/1998), com vigência total também de 20 anos (dez anos prorrogáveis por outros dez) (peça 57, p. 1 e 8):

Edital

3 – Arrendamento da área

3.1 – A área será arrendada pelo prazo de 10 (dez) anos, e poderá ser renovado a pedido da Arrendatária, por prazo igual, desde que fique caracterizado interesse das partes.

\*\*\*

Contrato

CLÁUSULA SEGUNDA – PRAZO

O prazo de vigência deste Contrato será de 10 (dez) anos, a contar da efetiva entrega do aludido imóvel, renovável por período igual, desde que fique caracterizada a vontade de ambas as partes e atendido o interesse público.

245. Citem-se, também como exemplo, os contratos 24/2002 e 009/2002/00-Emap, firmados respectivamente com a Tequimar e com a empresa Companhia Operadora Portuária do Itaqui, ambos com prazo original de vigência de 20 anos, prorrogável por igual período (peça 58, p. 12 e 21; peça 59, p. 11 e 28):

Aratu (Tequimar)

Edital

#### Subseção II Do Prazo do Arrendamento

98. O prazo do Arrendamento é de 20 (vinte) anos, prorrogável, na forma da Lei e de comum acordo pelas partes, observadas as condições do disposto no item 99 a seguir.

#### Subseção III Da Prorrogação do Prazo do Arrendamento

99. O prazo do Arrendamento deverá ser prorrogado se houver interesse de ambas as partes por uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, ou seja, 20 (vinte) anos, mediante requerimento, por escrito, da ARRENDATÁRIA.

\*\*\*

#### Contrato

##### Cláusula Décima – do prazo do arrendamento

O prazo do arrendamento é de 20 (vinte) anos, prorrogável, por até igual período, na forma da Lei e de comum acordo entre as partes, conforme abaixo:

(...)

#### PARÁGRAFO SEGUNDO

O prazo do Arrendamento deverá ser prorrogado, por uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, ou seja 20 (vinte) anos, mediante solicitação por escrito da TEQUIMAR.

\*\*\*

#### Itaqui (Copi)

#### Edital

#### PRAZO DE ARRENDAMENTO

7.1-0 prazo do arrendamento, objeto desta licitação, será de 20 (vinte) anos, contado em dias corridos, a partir da data de assinatura do Termo de Entrega e Recebimento da área arrendada, podendo ser prorrogado, por acordo entre as partes na forma do Inciso XI, do Parágrafo 4o, do Art. 4o da Lei n° 8.630, de 25/02/93.

\*\*\*

#### Contrato

#### CLÁUSULA SEXTA – PRAZO

O prazo do arrendamento, objeto deste Contrato, será de 20 (vinte) anos, contado em dias corridos, a partir da data de assinatura do Termo de Entrega e Recebimento da área arrendada, podendo ser prorrogado, por acordo entre as partes na forma do inciso XI, do parágrafo 4º, do art. 4º da Lei 8.630, de 25/02/93.

246. A alteração do prazo máximo possível para contratos como esses não poderia se sustentar em uma autorização normativa geral, mas sim a partir de uma análise individual, de cada caso concreto, tendo em vista que é possível se questionar qual a justificativa para aumentar um prazo total máximo de vinte anos para até setenta anos de vigência total, por exemplo.

247. Acerca da exigência de que essa análise ocorra apenas no caso concreto, dispõe Marçal Justen Filho no sentido de que:

Todas as considerações conduzem à conclusão de que, ainda em face da concepção tradicional vigente entre nós, **a dimensão da equação econômico-financeira apenas pode ser determinada em face do caso concreto**. Não é possível formular considerações teóricas e abstratas, pretendendo abranger todas as contratações mantidas pela Administração brasileira. (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, 2009. p. 397) (grifo nosso)

248. O referido doutrinador dispõe ainda que:

A justificativa essencial para a modificação do contrato administrativo previamente licitado reside na preservação do interesse coletivo e generalizado da comunidade. A modificação do contrato pode significar a alteração do projeto original, a variação nos quantitativos ou outras circunstâncias relevantes. Não se admite que a modificação seja orientada a tutelar o interesse puramente privado do particular contratado.

(...)

Por todos esses fatores, a legislação que disciplina os contratos de delegação não contemplou limites de valor para as modificações nesse setor. Não há limites quantitativos para a alteração dos contratos de delegação. É evidente que os limites do art. 65, §§ 1.º e 2.º, da Lei 8.666/1993 não são aplicáveis ao caso, pelas razões já expostas acima. Os limites são aqueles antes genericamente enunciados. Não se admite que a modificação acarrete a inutilidade radical e absoluta da licitação. **Portanto, é indispensável verificar a necessidade inafastável da modificação, sem a qual se coloca em risco a satisfação de interesses coletivos de grande relevo e merecedores da proteção jurídica.** Enfim, é proibido atribuir vantagens ou reduzir encargos, tal como originalmente previstos para o particular, por meio da alteração. (JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDAdmCont\\_n.23.05.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.23.05.PDF)) (grifo nosso)

249. Deve-se entender, assim, que a aferição da liberdade para a prática do ato administrativo que autoriza a alteração unilateral dos contratos de concessão, seja para modificar o prazo de vigência ou mesmo as condições e regras contratuais aplicáveis a uma eventual prorrogação, deve ocorrer levando-se em conta as particularidades de cada caso concreto.

250. Ademais, evidencia-se que a decisão sobre a alteração de um contrato de concessão para prorrogar ou não seu prazo de vigência para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro somente pode ser avaliada e justificada diante da situação específica.

#### I.4.5. Necessidade de motivação da análise do caso concreto

251. Outro ponto a ser destacado diz respeito à necessidade de que os atos administrativos relacionados à alteração unilateral de um contrato de concessão sejam motivados.

252. A Casa Civil da Presidência da República aduz que a prorrogação contratual só será realizada quando possível e que caberá ao órgão competente o dever de fundamentar a vantagem das prorrogações em relação à realização de nova licitação. Ocorre que não é isso que se verifica a partir da leitura do art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017 c/c o art. 19 do Decreto 8.033/2013.

253. Como já tratado, as regras da licitação e os princípios da moralidade e da impessoalidade administrativa demandam cautela quanto à possibilidade de se alterarem os contratos administrativos, justamente por conta dos abusos que esse poder pode ensejar. A justificativa, portanto, para a alteração unilateral de um contrato de concessão necessita de motivação robusta que leve em conta e expresse de maneira fundamentada a ponderação entre essas normas, impedindo a modificação ilimitada de contratos de concessão, o que poderia dar margem ao administrador para beneficiar um indivíduo ou grupo de indivíduos em detrimento da sociedade e do interesse público.

254. O princípio da motivação, princípio implícito na Constituição Federal e explícito na Lei 9.784/1999, consiste na exposição dos elementos que ensejaram a prática do ato administrativo, mais especificamente com a indicação de seus pressupostos fáticos e jurídicos, bem como a justificação do processo de tomada de decisão. Cabe ao administrador justificar, de maneira expressa, a necessidade da alteração, considerando as exigências associadas à isonomia, à impessoalidade e à probidade.

255. O dever de motivar as decisões administrativas, além de um princípio geral derivado do Estado de Direito Republicano, é expressamente referido pela legislação quando se trata da alteração de

contratos administrativos. A necessidade de motivação, justificando a alteração, permite o controle da realidade dos motivos apresentados e da sua consistência.

256. Quanto a essa necessidade de motivação para se implementar mudanças de direito em contratos já assinados, afirma Di Pietro (2002):

Essa necessidade de alteração – **que deve ser devidamente motivada** – pode decorrer de mudanças na situação de fato, ou seja, de circunstâncias de variada natureza que recomendem a mudança de cláusulas regulamentares do contrato (...). E também pode decorrer de alterações na situação de direito: a lei que disciplinava o serviço sofre alterações, que acarretam a necessidade de alterar as cláusulas regulamentares do serviço. (...) Quanto ao princípio da mutabilidade, cabe destacar que a ele se submetem o concessionário e também os usuários do serviço público. Significa, esse princípio, que as cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pelo poder concedente para atender a razões de interesse público. Nem o concessionário, nem os usuários do serviço podem opor-se a essas alterações: inexistente direito adquirido à manutenção do regime jurídico vigente no momento da celebração do contrato. Se é o interesse público que determina tais alterações, não há como opor-se a elas. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. São Paulo: Atlas, 2002. P. 80) (grifo nosso)

257. No mesmo sentido, cumpre destacar o entendimento de Marçal Justen Filho:

Como é inerente à discricionariedade, o agente público se sujeita a inúmeros limites e controles. Ademais, a margem de liberdade conferida pela Lei apenas existe efetivamente quando, no caso concreto, for impossível definir de antemão qual a solução mais apropriada para a realização do interesse público.

Por ser assim, é imperioso reconhecer que a Administração Pública pode não ter sequer escolha entre modificar e não modificar um contrato. Verificada a inadequação das cláusulas contratuais relativamente à satisfação do interesse público, a Administração terá o dever de promover a modificação (ou, mesmo, a extinção) do contrato.

Por outro lado, **a Administração não disporá da escolha de modificar um contrato sem demonstrar que a alteração é a solução conveniente e apropriada para satisfação do interesse público**. Não é invocável a mera competência legislativa para fundamentar a decisão de modificar o contrato.

Esses postulados derivam da concepção de Estado de Direito, mas se tornam ainda mais consistentes em face de um Estado Democrático de Direito, em que (inclusive) os agentes públicos são meros representantes do povo, titular último de todos os poderes (CF/88, art. 1º, parágrafo único). Não é casual, por isso, que a Lei nº 8.666 tenha previsto que dita “prerrogativa” destina-se a realizar a “melhor adequação às finalidades de interesses públicos” (Artigo 58, inc. I).

Logo, a expressão dever-poder é muito mais apropriada do que prerrogativa, para identificar a competência ora examinada. Pelos mesmos motivos, a locução “cláusula exorbitante” apenas pode ser mantida em homenagem à tradição histórica. (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões. São Paulo: Editora Dialética, 2009, p. 168) (grifo nosso)

258. Também quanto à necessidade de motivação, afirma Dallari:

Com relação a esses limites [de aditamentos contratuais], verifica-se inegável preocupação da doutrina em identificá-los e fixá-los. Na lição de Caio Tácito, embora a mutabilidade seja característica incontestada do contrato administrativo e a atividade de alteração unilateral qualitativa figurar no âmbito da discricionariedade, essa faculdade da Administração não é livre, **depende da ocorrência comprovada de determinados pressupostos**. (DALLARI, Adilson Abreu, Limites à Alterabilidade do contrato de obra pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1995, p. 467) (grifo nosso)

259. Certo deve estar, portanto, que sempre haverá um traço de unilateralidade na alteração de contratos de concessão. Tal unilateralidade decorre do fato de que somente à Administração cabe

verificar ou determinar, no caso concreto, se a modificação cogitada atende ou não aos interesses públicos perseguidos no ajuste.

260. Ocorre que essa unilateralidade, insista-se, não pode ser exercida desacompanhada da obrigação de motivar, adequadamente, as razões (de interesse geral) ensejadoras da mudança.

261. Igualmente importante ressaltar que Marçal Justen Filho argumenta, ainda, que a alteração contratual deve estar fundamentada sobre aspectos de superveniência do motivo que a enseja:

A Administração tem de evidenciar, por isso, a superveniência de motivo justificador da alteração contratual. Deve evidenciar que a solução localizada na fase interna da licitação não se revelou, posteriormente, como a mais adequada. Deve indicar que os fatos posteriores alteraram de fato ou de direito e exigem um tratamento distinto daquele adotado. Essa interpretação é reforçada pelo disposto no art. 49, quando ressalva a faculdade de revogação da licitação apenas diante de ‘razões de interesse público decorrente de fato superveniente...’ (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª Ed., São Paulo: Dialética, 2000, p. 549-550)

262. Sobre esse aspecto, o doutrinador postula ainda que:

O enquadramento do poder de promover alteração unilateral da concessão ao regime democrático de Direito impede sua instrumentalização para fins desvinculados da satisfação dos interesses coletivos. Mais ainda, submete o poder estatal ao respeito aos direitos e garantias do próprio concessionário. Portanto, não se admite alteração fundada na mera invocação do interesse estatal ou da conveniência do príncipe. Por outro lado, também não legitima o puro e simples sacrifício de interesses privados, sob argumento de que tal se impõe para satisfação do interesse coletivo ou do bem-comum.

(...)

Daí se pode extrair que a modificação das condições originais da concessão não envolve uma prerrogativa, mas um poder que se justifica como meio para realizar do modo mais satisfatório o bem-comum.

**Mais ainda, não se admite a modificação unilateral sem a evidenciação da existência dessa discordância entre a solução constante da outorga e a realização do bem-comum.** Ou seja, não é possível que o poder concedente introduza alteração mediante a mera invocação da competência para tanto. E inválida a alteração que se funda exclusivamente na titularidade da competência, o que equivaleria à existência de um poder absoluto, incondicionado e incompatível com a concepção democrática da atividade administrativa. **A competência para modificação foi outorgada para assegurar a realização do bem-comum, mas é condicionada à comprovação da inadequação da solução original, o que pressupõe indicar a ocorrência superveniente de um fato modificativo ou reconhecer a incorreção da concepção original.** (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, p. 440-442) (grifos nossos)

263. Na esteira do entendimento segundo o qual as alterações de contrato de concessão fundadas na mutabilidade contratual devem ser devidamente motivadas, é de se ressaltar que o entendimento do TCU é de que as alterações contratuais devem estar embasadas em pareceres e estudos técnicos pertinentes, nos quais reste caracterizada a superveniência dos fatos motivadores das alterações em relação à época da licitação (Acórdão 170/2018-TCU-Plenário, relatoria do Ministro Benjamin Zymler).

264. Por isso, não procede a afirmação do MTPA de que no dia a dia da setorial técnica da pasta a ampliação do prazo seria a forma mais vantajosa de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, posto que a mera observação e a experiência empírica não são capazes de fundamentar a decisão tomada e materializada pelo dispositivo genérico constante do art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017. Pelo contrário, são necessários pareceres e estudos técnicos robustos e que analisem a necessidade de prorrogação de cada caso, para então promover-se a aditivação do contrato específico.

265. É também de se ressaltar que a formalização da fundamentação do ato administrativo deve ser clara, congruente e suficiente, sob pena de o ato administrativo praticado não ser dotado de legitimidade, já que o Estado tem dever de transparência perante o povo (VIEIRA DE ANDRADE,

2003; SUNDFELD, 2006). A motivação permite que o administrado identifique a existência dos motivos, sua correspondência com a realidade, sua destinação a uma finalidade pública, dentre outras inúmeras circunstâncias exigidas pela ordem jurídica que, desobedecidas, podem conduzir à responsabilização do agente ou da pessoa jurídica (PIRES, 2001, p. 90 apud PESSOA, 2006).

266. Com efeito, ao alterar o termo final de avenças de maneira genérica e não justificada para cada caso concreto, o poder público compromete a previsibilidade das equações das concessões e arrendamentos, dificulta o planejamento de longo prazo e cria insegurança e incerteza com relação à isonomia e à consistência regulatória do setor.

267. Assim sendo, por ser medida de exceção, o prolongamento da vigência do contrato administrativo para além do prazo ajustado inicialmente, como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, somente é possível em circunstâncias específicas, **bem assim mediante demonstração de que é a solução que assegura maiores benefícios e menos prejuízos à sociedade, sob o ponto de vista do interesse público** (art. 20, inciso II, alínea 'b', da Lei 10.233/2001; arts. 2º e 50 da Lei 9.784/1999).

268. Entretanto, conforme já apresentado, no processo de formulação do Decreto 9.048/2017, o Grupo de Trabalho instituído pela Portaria GM 435/2016 apontou entendimento técnico contrário ao aumento do prazo para os contratos vigentes. Nesse sentido, o posicionamento exarado pela Consultoria Jurídica junto ao MTPA, em análise jurídica da proposta de ato normativo para alteração do Decreto 8.033/2013, por meio do Parecer 20/2017/Conjur-MT/CGU/AGU, concluiu o seguinte (peça 50, p. 64):

Vou além e entendo que o mesmo raciocínio também se aplica à ampliação do prazo de vigência atualmente previsto nos contratos ainda vigentes. Por isso, penso que decreto também não poderia autorizar a prorrogação dos atuais contratos, mesmo que ainda estejam vigentes, por prazo superior ao que já está previsto nos respectivos instrumentos. **Haveria ainda o risco de se considerar que tal norma regulamentar estaria em contradição com a regra da vinculação ao instrumento convocatório** (art. 3º da Lei 8.666, de 1993). Em outros termos, entendo que **eventual ampliação do prazo máximo de vigência só poderia ser aplicada aos novos contratos de arrendamento portuário**, conforme dispuser o respectivo edital de licitação.

(...)

Daí concluo que há uma probabilidade relativamente alta de serem consideradas inválidas as prorrogações de vigência que venham a ser realizadas com fundamento na norma enunciada no art. 3º da minuta de Decreto. (grifo nosso)

269. O assunto voltou a ser enfrentado pela Secretaria de Assuntos Jurídicos na Casa Civil da Presidência da República (SAJ), que, especificamente em relação à possibilidade de alteração de prazo dos contratos já assinados, manifestou discordância em relação ao entendimento da Consultoria Jurídica do MTPA, por meio da Nota SAJ 34/2017, no seguinte sentido (peça 54):

Como observou o órgão de consultoria em sua manifestação complementar (Nota 1079/2017/Conjur-MTPA-CGU/AGU, de 4 de maio de 2017), a atual proposta de art. 2º do Decreto passou por modificações significativas, tendo-se excluído na antiga redação a possibilidade de adaptação de contratos de arrendamento firmados anteriormente à publicação da Lei 8.630, de 1993.

(...)

Ressalta-se que, a despeito das ressalvas feitas pela Consultoria Jurídica no Parecer 00020/2017/CONJUR-MT/CGU/AGU, de 18 de janeiro de 2017, a proposta de Decreto encaminhada pela pasta ministerial manteve a possibilidade de adaptação dos contratos de arrendamento firmados após a publicação da Lei 8.630, de 1993, inclusive para fins de incidência de prorrogação do prazo dos contratos atualmente vigentes para até 70 (setenta) anos.

(...)

Em relação a esse dispositivo, considerando toda a complexidade que permeia o tema da prorrogação os contratos de concessão de serviço público no Direito Administrativo brasileiro, entendemos o posicionamento da Conjur MTPA não é o mais adequado do ponto de vista jurídico.

Em primeiro lugar, deve-se ter em vista que o art. 2º da proposta de Decreto não determina, de forma concreta, a prorrogação dos contratos de arrendamento portuário em vigor na data de publicação da novel legislação. Não se trata de prorrogação automática. A norma apenas confere a prerrogativa de o Poder Concedente, a seu critério, deliberar sobre a sua adaptação ou não, a partir de manifestação da parte interessada. Por esse motivo, a análise da legalidade in abstracto do art. 2º desenvolvida na presente Nota não deve ser confundida com o exame da conformidade jurídica dos atos administrativos de prorrogação desses contratos. Tal conformidade será avaliada pelo próprio Poder Concedente, em cada caso concreto, considerando a conveniência e oportunidade do ato administrativo.

A questão que se coloca, portanto, está relacionada não propriamente à juridicidade da prorrogação dos contratos de arrendamento vigentes, mas sim à existência de impeditivos constitucionais ou legais à adaptação dos contratos nos termos propostos no art. 2º da minuta de Decreto.

(...)

No caso em exame, não há que se cogitar de riscos de violação ao princípio constitucional da licitação previsto no art. 175 da Constituição Federal de 1988 ou mesmo de descumprimento do princípio legal de vinculação ao instrumento convocatório consignado no art. 3º da Lei 8.666, de 1993.

Como já destacado, o §3º do art. 2º da proposta de Decreto limita a possibilidade de adaptação aos contratos de arrendamento portuário firmados após a vigência da Lei 8.630, de 1993, a qual fixou a exigência de licitação prévia para celebração dessas avenças. Portanto, o ato normativo em exame atinge apenas contratos que foram originalmente licitados, o que afasta qualquer contrariedade ao art. 175, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Também não nos parece aceitável a tese sustentada pela Conjur-MTPA de violação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Os contratos de concessão são relações jurídicas de trato continuado marcadas por uma mutabilidade natural, de sorte que suas cláusulas não deveriam ser interpretadas como se eternas fossem. A mutabilidade dos contratos de concessão, a propósito, fundamenta a imposição de alterações unilaterais desses contratos, qual previsto no art. 58 da Lei 8.666, de 1993.

É claro que, ainda que se reconheça a mutabilidade dos contratos de concessão, não cabe se cogitar aqui de uma possibilidade de modificação ilimitada dessas avenças. Há limites postos no próprio ordenamento jurídico à modificação das cláusulas contratuais, dentre eles o da intangibilidade do objeto contratado, o do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e o próprio princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Ocorre que, mesmo quando se trata de concessões administrativas de serviços públicos, as diretrizes fixadas no edital de licitação e nas minutas de contratos parecem não ser estanques, até mesmo devido à possibilidade de fatos supervenientes alterarem as previsões iniciais. Nesse sentido, a Doutrina Administrativista chega a aduzir que, quando assim exigido pelo interesse público, até importantes cláusulas estatutárias de contratos de concessão (como as que fixam seus prazos de vigência) poderiam ser alteradas de forma unilateral pelo Poder Concedente.

(...)

Se a tese da mutabilidade dos contratos de concessão pode dar suporte a prorrogações não previstas nos contratos originais de forma unilateral pelo Poder Concedente, com ainda maior razão pode ela subsidiar a juridicidade de prorrogações contratuais consensuais expressamente autorizadas em lei ou decreto.

(...)

Assim, com base na presunção de constitucionalidade que milita a favor das leis, fica claro que o ordenamento jurídico pátrio admite que atos normativos supervenientes autorizem a prorrogação de

contratos de concessão de serviço público, mesmo que tal possibilidade não esteja expressamente prevista na avença original.

(...)

As delegações administrativas nos mercados regulados revelam-se verdadeiros instrumentos-meio da realização de políticas públicas setoriais mais amplas que são, por sua própria natureza, dinâmicas e mutáveis.

Como já aduzido, o regramento dos prazos de vigência e da possibilidade de prorrogação dos contratos de arrendamento portuário ostentam natureza não meramente contratual, mas essencialmente normativa. Esse dado poderia reforçar ainda mais o argumento de que, ao se estabelecer tais regras em sede de Decreto normativo, o Poder Concedente optou por conformar a matéria a uma decisão de política regulatória setorial.

270. Da leitura do documento, percebe-se que a Nota da SAJ/Casa Civil/PR, que deve analisar juridicamente os motivos para a edição do ato, apenas fundamenta a possibilidade de alteração das condições de prorrogação para os contratos vigentes por Decreto, avaliando eventuais limitações constitucionais ou legais para tanto.

271. Conforme mencionado acima, a formalização da fundamentação do ato administrativo deve ser clara, congruente e suficiente, sob pena de o ato administrativo praticado não ser dotado de legitimidade. O que se percebe da fundamentação jurídica em apreço é que ela peca pela insuficiência de motivação em relação às alterações dos contratos vigentes. Verifica-se que a Nota SAJ 34/2017 apresenta uma ponderação de princípios de forma genérica e abstrata, com a pretensão de justificar a possibilidade de alteração unilateral, para aumento do prazo máximo possível de todos os contratos de arrendamento portuário firmados após a vigência da Lei 8.630/1993 para até setenta anos, sem, no entanto, avaliar caso a caso qual o motivo ou qual a justificativa para a alteração dos contratos já assinados.

272. A Nota SAJ 34/2017 aduz que o art. 2º da proposta de Decreto não determina, de forma concreta, a prorrogação dos contratos de arrendamento portuário em vigor e que a norma apenas confere a prerrogativa ao Poder Concedente, a seu critério, deliberar sobre a adaptação contratual, a partir de manifestação da parte interessada.

273. Ocorre que, considerando que a adaptação em apreço é materializada mediante a celebração de termos aditivos aos contratos de arrendamento, **percebe-se que os termos de adaptação incorporam a possibilidade do novo prazo máximo possível de 70 anos a contratos já assinados, implementando significativa alteração contratual e modificando as relações jurídicas pactuadas, a partir das alterações das condições de prorrogação vigentes.**

274. Foi apresentado acima que a análise da mutabilidade de contratos de concessão exige uma verificação robusta, por meio da ponderação entre dois grupos distintos de princípios e diretrizes do direito das concessões. Também foi exposto que a aplicação da mutabilidade não pode tornar o prazo algo indeterminado, possibilitando prorrogações infinitas. Além disso, a Administração deve observar uma série de cuidados jurídicos e técnicos quando promove tais modificações contratuais e, ainda, que a alteração contratual esteja devidamente fundamentada, com a demonstração de que é a solução conveniente e apropriada para a satisfação do interesse público.

275. No entanto, face à evidência de que não houve uma análise individualizada acerca dos motivos ensejadores da majoração do prazo de vigência dos contratos já assinados, **resta bastante claro que a alteração não foi fundamentada e não foi condizente com a característica de mutabilidade dos contratos de concessão.**

276. Sob esse fundamento, a permissão de alteração de contratos de arrendamento vigentes, conferida pelo art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017, para que, de maneira genérica e apriorística, seja elástico o prazo máximo possível de vigência, deveria ter sido precedida de uma motivação clara,

congruente, completa e suficiente, justificando, em cada caso concreto, o motivo pelo qual seria necessário o aumento do prazo máximo possível para até 70 anos, o que não ocorreu no presente caso. Pelo contrário, a alteração se fundamenta em uma norma que autoriza o elastecimento de prazo de forma genérica, permitindo que todos os interessados em adaptar seus contratos celebrem termos aditivos que alteram as relações contratuais vigentes.

277. Como visto, a efetivação de aditivos contratuais destinados à extensão de prazos, ainda que configurada como expectativa de direito, demandaria a demonstração motivada, para cada caso concreto, de que tal alteração é a solução conveniente e apropriada para satisfação do interesse público, considerados os princípios que regem os contratos administrativos e as concessões de serviços públicos.

278. O que se percebe, no entanto, é que o art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017 possibilita o aumento do prazo máximo de vigência de contratos já celebrados do setor portuário, alterando as condições de prorrogação desses contratos, com base em uma motivação insuficiente quanto ao aspecto jurídico e que não demonstra, do lado técnico, o motivo pelo qual o novo prazo de setenta anos para todos os contratos já celebrados seria mais vantajoso para o interesse público.

#### I.4.6. Extensão de prazo contratual como mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento

279. Estando a prorrogação contratual para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, portanto, adstrita a ser usada como **resultante da avaliação de cada caso concreto, para satisfação do interesse público e de maneira explicitamente justificada**, o arcabouço jurídico impõe outras condições para que esse instrumento seja adotado.

280. Recentemente, nos autos do TC 021.919/2015-1, que trata de consulta formulada pelo titular da então Secretaria de Portos da Presidência da República, a respeito da unificação e da prorrogação de contratos de arrendamento do setor portuário, o TCU acolheu voto acerca da **excepcional** possibilidade de ampliação da vigência de contrato de arrendamento portuário para fins de recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro, observadas determinadas condições específicas (Acórdão 774/2016-TCU-Plenário, relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues).

281. Primeiramente, é necessária a confirmação de que ocorreu fato posterior e imprevisível à época da contratação (ou fato previsível, mas de consequências incalculáveis), alocado como risco do poder concedente, que tenha modificado a situação contratada inicialmente (subseção I.4.2.3). O Acórdão 774/2016-TCU-Plenário corrobora esse entendimento, dispondo que a extensão de prazo contratual para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deve estar adstrita à materialização de risco previamente assumido pelo poder concedente no contrato de arrendamento ou, subsidiariamente, à comprovação de ocorrência de caso fortuito ou de força maior, fato do príncipe, fato imprevisível ou fato previsível, mas de consequências incalculáveis, conforme art. 65, inciso II, alínea 'd', da Lei 8.666/1993, situações que excluem o regular exercício de polícia administrativa por parte do Poder Público e os riscos de projeto passíveis de mensuração e precificação por parte do arrendatário.

282. A alteração contratual é exceção. Assim, em segundo lugar, é necessária a demonstração de que a alteração contratual é a melhor alternativa para a recomposição do equilíbrio. Em caso afirmativo, analisa-se a possibilidade de adotar a extensão de prazo como instrumento para que se estabeleça novamente o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

283. Na obra Direito Portuário Brasileiro [org. PEREIRA, César. SCHWIND, Rafael W. 1 ed. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2015], são elencadas opções a disposição do agente regulador para promover o reequilíbrio contratual, alternativamente à prorrogação de prazo, *in verbis*:

Basicamente, as quatro formas alternativas de recomposição da equação econômico-financeira são (i) o aumento das contraprestações cobradas dos usuários, (ii) a diminuição dos investimentos a cargo do particular, (iii) a diminuição dos encargos financeiros do arrendatário (notadamente dos valores

recolhidos em favor da Administração a título de tarifas portuárias ou de outorga fixa ou variável) e (iv) a indenização do particular com recursos públicos.

(SCHWIND, Rafael W. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário, in Op. Cit., p. 512)

284. O art. 14 da Resolução-Antaq 3.220/2014 relaciona, não exaustivamente, mecanismos para se operar o reequilíbrio do contrato:

Art. 14. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamentos a que se refere esta Norma poderá se dar, a critério do poder concedente, por intermédio, mas não se limitando, da utilização dos seguintes meios:

**I - Preferencialmente pelo aumento ou redução dos valores financeiros previstos no contrato de arrendamento;**

II - Modificação das obrigações contratuais do arrendatário previstas no próprio fluxo de caixa marginal;

III - Extensão ou redução do prazo de vigência do contrato de arrendamento; e

IV - Pagamento de indenização. (grifo nosso).

285. Conforme se depreende da leitura do normativo, a agência reguladora priorizou um mecanismo para se efetivar a recuperação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento: a alteração dos valores financeiros previstos originalmente.

286. Nessa linha, prossegue o Relatório que embasou o mencionado Acórdão 774/2016-TCU-Plenário, que, originado de consulta, tem caráter normativo para a Administração Pública federal:

77. Verifica-se que as opções para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato estampadas na doutrina e na regulamentação da Antaq podem ser divididas em três grupos: mecanismos que interferem na relação entre o poder público e o regulado (alteração dos encargos devidos pelo arrendatário, estipulação de indenizações), mecanismos que interferem nos serviços disponibilizados aos usuários (alteração de tarifas cobradas, modificação das obrigações contratuais) e mecanismos que interferem no contexto do mercado regulado (alteração de prazo contratual).

78. Entende-se que **a alteração de prazo é a forma mais gravosa à disposição do poder concedente para se alcançar o reequilíbrio contratual**. De fato, a licitação de um arrendamento portuário público envolve minuciosa preparação por parte dos eventuais interessados, demandando estudos, análise de cenários, captação de recursos e preparação de propostas. A indiscriminada alteração do termo final das avenças traz imprevisibilidade ao setor portuário, dificultando o planejamento dos possíveis concorrentes, e demonstrando a fragilidade dos mecanismos regulatórios.

(...)

80. Logo, entende-se que **a alteração de prazo, por se tratar da forma mais gravosa de interferência no mercado regulado dos arrendamentos portuários, deve ser utilizada como meio de reequilíbrio econômico-financeiro contratual apenas em situações excepcionais**, quando demonstrada a inviabilidade de adoção de outros mecanismos que interfiram prioritariamente na relação entre o poder público e o particular regulado (alteração dos encargos devidos pelo arrendatário, estipulação de indenizações), e, subsequentemente, mecanismos que interfiram prioritariamente nos serviços disponibilizados aos usuários (alteração de tarifas cobradas, modificação das obrigações contratuais); e ainda, desde que não incorra em afronta às restrições impostas pela legislação.

287. O Acórdão 774/2016-TCU-Plenário reforça, portanto, o entendimento de que o elástico de prazos contratuais não pode ser realizado de maneira genérica e apriorística, como se extrai do texto do art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017. A ampliação ou redução do prazo contratual para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro exigiria uma causa justificadora prévia ou concomitante, a ser apurada caso a caso, que tenha como resultado o abalo da equação econômico-financeira original. E também seria realizado o exame pela Administração, para o caso específico, a fim

de buscar a maneira de recompor o equilíbrio que melhor atenda ao interesse público, considerando-se as opções disponíveis.

#### I.5. Conclusão em relação aos indícios de ilegalidade

288. Assim, diante de todo o exposto nas subseções anteriores, observa-se que os argumentos aduzidos pelos gestores em resposta às audiências promovidas não foram capazes de elidir os indícios de ilegalidade detectados no texto do art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017 e registrados tanto em instrução desta Unidade Técnica de 30/11/2017 (peça 25), quanto em despacho do Ministro-Relator de 9/1/2018 (peça 34).

289. Na subseção I.4.3, ficou demonstrado que **a alteração de contratos vigentes para incorporar-lhes novas prorrogações ordinárias, ou para alongar aquelas já previstas, de maneira a aumentar o prazo máximo possível dessas avenças, é vedada de maneira absoluta pelo ordenamento jurídico**, por afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e ao princípio da isonomia, ambos previstos no art. 14 da Lei 8.987/1995 e no art. 3º da Lei 8.666/1993, que também prevê o princípio da seleção da proposta mais vantajosa pela administração. Ademais, tal alteração poderia resultar em burla ao dever de licitar, estabelecido constitucionalmente.

290. Demonstrou-se ser incompatível com o arcabouço normativo, portanto, a utilização do art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017 com o propósito de adaptar contratos vigentes para a incorporação ou o elástico de prazos de prorrogação ordinária, ainda que tal alteração contratual configure-se como expectativa de direito.

291. Desse modo, entende-se necessário, com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 251 do RITCU, **determinar à Casa Civil da Presidência da República e ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil que, no prazo de 15 dias, adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei em razão da impossibilidade jurídica de alteração de contratos vigentes de arrendamento portuário, prevista no art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017 c/c art. 19 do Decreto 8.033/2013, para incorporar-lhes novas prorrogações ordinárias, ou para alongar aquelas já previstas, de maneira a aumentar o prazo máximo possível dessas avenças, por afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e ao princípio da isonomia, ambos previstos no art. 14 da Lei 8.987/1995 e no art. 3º da Lei 8.666/1993.**

292. A outra hipótese possível seria a de que o elástico de prazo contratual permitido pelo art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017 diz respeito à prorrogação para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. No entanto, tal hipótese, se genericamente aplicada, é incompatível com o direito que rege os contratos de concessão, tendo em vista que não houve demonstração de que os contratos de arrendamento a serem adaptados estão desequilibrados. Ainda que tais contratos estivessem desequilibrados, o dispositivo infralegal não dispõe de motivação capaz de demonstrar o interesse público na implementação de aditivos contratuais, de maneira genérica e desprovida de uma avaliação de situação específica. Por fim, para que fosse adotada a extensão de prazo como mecanismo de recomposição de desequilíbrio contratual, seria necessário o atendimento ao Acórdão 774/2016-TCU-Plenário, que tem caráter normativo e só pode ser aplicado a partir de exame de caso concreto.

293. Nada impede, no entanto, que prazos contratuais sejam elásticos como resultado de processos fundamentados, adstritos ao caso concreto, voltados à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de determinado contrato, atendidas as condições estabelecidas na legislação e na jurisprudência, conforme explicitado nesta instrução.

294. Nesse sentido, entende-se pertinente, com fundamento no art. 250, inciso II, da Lei 8.443/1992, **determinar ao MTPA e à Antaq que, em atendimento ao art. 14 da Lei 8.987/1995, ao art. 3º da Lei 8.666/1993 e ao princípio da motivação, previamente à extensão do prazo de vigência máximo originalmente previsto em contratos de arrendamento portuário, explicita o cumprimento dos seguintes requisitos, cumulativamente, para cada contrato: i) ocorrência de fato superveniente**

**alocado como risco do poder concedente que tenha modificado a situação contratada inicialmente; ii) necessidade de adoção de mecanismo para a recomposição de desequilíbrio econômico-financeiro; iii) demonstração da inviabilidade de utilização de outros mecanismos que interfiram prioritariamente na relação entre o poder público e o particular, e, subsequentemente, nos serviços disponibilizados aos usuários, nos termos do Acórdão 774/2016-TCU-Plenário e do art. 14 da Resolução-Antaq 3.220/2014.**

#### I.6. Outras considerações

295. Diante de argumentos aduzidos pela Casa Civil da Presidência da República, que apontam a tendência de que haveria vantagem econômica em se efetuar prorrogações contratuais como contrapartida aos esforços necessários à realização de licitações de arrendamentos portuários, algumas considerações são pertinentes.

296. Existe uma lógica econômica associada ao princípio do dever de licitar. Em um procedimento licitatório, o poder concedente desenvolve estudos a partir de determinado nível de investimentos e de requisitos mínimos de qualidade que se espera na prestação do serviço e na gestão do bem público transferido. Para vencer a disputa, os *players* precisam, de forma geral, melhorar esses parâmetros, ou seja, estimar que conseguem realizar os investimentos (Capex – custos de capital) e administrar o terminal (Opex – custos de operação) de maneira mais econômica, captar maior demanda, reduzir o custo de capital etc.

297. Em setores de infraestrutura, especialmente no setor portuário, existe alta assimetria de informação, dificultando a tarefa do poder concedente de calibrar perfeitamente as necessidades do setor e do empreendimento. A licitação configura-se como um importante instrumento para mitigar esse risco, permitindo que, por meio da disputa pelos bens escassos, os agentes privados sejam incentivados a apresentarem a proposta mais vantajosa para o interesse público.

298. Ressalte-se que na licitação de terminais portuários reside o momento mais propício para captar a eficiência do setor privado e transferi-lo ao poder público, por meio do valor de outorga/arrendamento fixo e variável, e para o usuário, por meio da seleção do prestador mais capaz. Pelas características de preços livres e regime de concorrência existentes no setor portuário, note-se que não existem medidas de transferência direta da eficiência do arrendatário para os usuários. No caso de concessões rodoviárias, por exemplo, a revisão periódica das tarifas busca, justamente, captar a forma como os concessionários prestam o serviço e calibrá-lo à realidade.

299. Já nas concessões e arrendamentos portuários, as medidas de reequilíbrio do contrato são indiretas e de difícil verificação do efeito prático, considerando que não se sabe com exatidão os custos de todos os serviços prestados e não existe parametrização formal da Antaq que permita identificar de maneira objetiva padrões de eficiência, como, inclusive, foi verificado nos Acórdãos 3.661/2013-TCU-Plenário e 1.555/2014-TCU-Plenário, ambos de relatoria da Ministra Ana Arraes.

300. Se na licitação é possível observar o alinhamento dos interesses privados ao interesse público, em uma prorrogação contratual a estrutura de incentivos é bastante diferente. O arrendatário, por sua própria natureza de empreendedor que visa maximizar o lucro, tende a inflar investimentos, tanto nos preços quanto em sua efetiva necessidade, bem como reduzir ao máximo o VPL (valor presente líquido) de seu fluxo de caixa, o que reduziria o valor pago nas parcelas de arrendamentos fixo e variáveis, que são seu *output*. Aqui se verifica, de fato, significativo custo de transação decorrente da alta assimetria de informação envolvida na negociação/exame. O administrador deve, considerando o provável desalinhamento do interesse privado ao interesse público nesse caso, realizar percuciente análise das informações prestadas pelo arrendatário.

301. Observa-se, a partir de estudos elaborados e entregues para análise do TCU desde 2013, a existência de vários empreendimentos de pequeno porte (investimentos de capital – Capex – abaixo de R\$ 300 milhões) e pouco capital intensivo (considerando que o Opex – notadamente gasto de pessoal –

é normalmente o custo mais significativo). Tais características denotam, de certa forma, que os custos irrecuperáveis (*sunk costs*) no setor costumam ser pouco relevantes, principalmente em terminais já estabelecidos (*brownfield*), o que diminui o risco para o investidor.

302. Já que não existem normas formais vigentes que identifiquem de maneira objetiva arrendatários eficientes, uma forma de buscar tal eficiência na gestão do bem público concedido seria pela disputa licitatória, na qual possíveis entrantes possam competir pela exploração do serviço.

303. Por isso, ao contrário do afirmado pela Casa Civil/PR, não restou demonstrado o alto custo de transação na realização de procedimentos licitatórios, quando comparado à alternativa de extensão de prazo via prorrogação contratual.

## **II. Possibilidade de realização de investimentos fora da área arrendada com obrigação de reequilíbrio econômico-financeiro**

304. A instrução pretérita (peça 25) apontou indícios de que o art. 42-A do Decreto 8.033/2013, incluído pelo Decreto 9.048/2017, infringe os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da isonomia 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 a 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.

### **II.1. Contextualização**

305. Aduziu-se, naquela oportunidade, que a inclusão do direito de realização de investimentos na infraestrutura comum do porto, com obrigação da Administração em promover o reequilíbrio do contrato, poderia acarretar a desnaturação do objeto contratado, em função da alteração da matriz de risco do contrato. E ainda, poderia fazer com que o contratado deixasse de se dedicar a prestar o serviço portuário na área arrendada, para contemplar também serviços outros que, inclusive, poderiam não dizer respeito à expertise técnica e aos requisitos técnicos e econômicos averiguados no momento da licitação do contrato de arrendamento.

306. Assim, em sede de análise sumária, esta Unidade Técnica apontou indícios de 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, em afronta ao seu art. 37, inciso XXI e seu art. 175, bem como ao art. 2º da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993).

307. Além disso, entendeu-se que haveria risco de que a arrendatária que pretendesse realizar o investimento na área comum não fosse a pessoa jurídica mais eficiente para realizar tal investimento e não tivesse os incentivos apropriados para a obtenção da melhor contratação possível para a Administração, transferindo assim um custo adicional ao poder público por via do reequilíbrio contratual, sem a devida transparência.

308. Adicionalmente, destacou-se entendimento do TCU acerca da possibilidade de doação, pelos operadores portuários titulares de contrato de arrendamento, de obras em infraestrutura de uso público sob responsabilidade da administração do porto. Segundo o Acórdão 1.317/2009-TCU-Plenário (relatoria do Ministro Marcos Vilaça), tal hipótese estaria circunscrita aos casos em que não houvesse

qualquer tipo de contrapartida ao doador ou que não lhe gerasse benefício não extensível aos demais usuários do porto.

309. Portanto, entendeu-se que a imposição para a Administração de “pagamento”, mediante reequilíbrio do contrato de arrendamento, por obra realizada pelo arrendatário em infraestrutura pública fora da área arrendada, carregaria indícios de burla à licitação.

## II.2. Argumentos apresentados pela Casa Civil/PR e pelo MTPA

310. Na manifestação encaminhada ao TCU em 26/12/2017, a Casa Civil da Presidência da República defende que a possibilidade de realização de investimentos fora da área arrendada, com reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, tratar-se-ia meramente de um ato administrativo negocial e não de um contrato, e que esta seria uma diretriz de aplicação da Lei 12.815/2013 (peça 31, p. 31).

311. Aduz que não haveria contratação direta nem doação com encargo, mas sim um instrumento adicional de investimento em infraestrutura, não ocorrendo conflito com o planejamento nem com as obrigações de investimento da própria Autoridade Portuária, alinhando-se às obrigações executivas da Autoridade Portuária (peça 31, p. 31).

312. Entende que a regulação deve alinhar interesses da Autoridade Portuária e dos arrendatários para que não se viole o objeto do contrato e nem constitua escolha desvantajosa à Administração Pública, bem como que a realização de investimentos não geraria direitos de exclusividade ou prioridade de uso e exploração de bens, que se manteriam públicos.

313. Alude ao fato de que, em seu entendimento, os investimentos poderiam decorrer da comutação de investimentos inicialmente previstos nos contratos e que, dessa forma, não haveria alterações da matriz de risco.

314. O órgão informa que o direito em questão encontraria amparo na Lei 13.448/2017, que prevê a possibilidade de que concessionárias do setor ferroviário realizem investimentos em malhas de terceiros, o que se aplicaria por analogia ao setor portuário.

315. Ressalta que os investimentos apenas poderiam acontecer se estivessem alinhados com o interesse público e que nem sempre os interesses privados estariam refletidos nos instrumentos específicos de planejamento setorial. Destaca também que haveria casos de investimentos previstos nos instrumentos de planejamento, mas que não se concretizariam por ausência de recursos ou por ineficiências de governança do setor público e haveria ainda investimentos demandados por área específica que gerariam efeitos positivos muito restritos.

316. Entende que seria possível realizar o controle *ex ante* diante das demandas de investimentos novos, que investimentos em área comum requereriam a anuência prévia e motivada do Poder Público e que, por ocasião do reequilíbrio, seria assinado termo aditivo após exame do regulador (Portaria 499/2015 da então SEP/PR e Resolução Normativa 7/2016 da Antaq).

317. Afirma que não se poderia privar o incremento em infraestrutura só porque um licitante hipotético não pôde apresentar-se para fazer investimentos nessas áreas comuns do porto e aduz que, se é permitido o adensamento de áreas contíguas ao arrendamento inicial, seria também permitida a realização de investimento na área pública do porto (peça 31, p. 36).

318. Na resposta da oitiva protocolada em 25/1/2018 (peça 43), a Casa Civil/PR repisa os argumentos já apresentados e defende, ainda, que os novos investimentos em área comum não gerariam qualquer preferência ao arrendatário, que não se desoneraria o poder concedente e a agência reguladora de definir e regular a política tarifária das autoridades públicas e que, após a reversão dos bens, os investimentos forneceriam expansão de infraestrutura portuária pública, de fruição coletiva (peça 43, p. 5).

319. Por meio do Ofício 1/2018/GM/MTPA, de 4/1/2018, o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil afirma ter recebido propostas que perfazem mais de R\$ 1 bilhão para investimentos, por empresas arrendatárias, em áreas comuns de alguns portos. Segundo o órgão ministerial, os portos estão com infraestrutura defasada e são necessários investimentos de grande monta, os quais poderiam ser feitos a partir da aplicação do art. 42-A do Decreto 9.048/2017.

320. Em outra manifestação, constante da peça 33, o MTPA aduz que a possibilidade de autorização de investimentos novos a serem realizados fora da área arrendada é admitida no art. 4º, inciso IV, da Portaria GM/SEP 499/2015, que regula o procedimento de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro de contratos de arrendamento. Alega ainda que uma possibilidade semelhante teria sido introduzida no art. 25, parágrafo 1º, da Lei 13.448/2017, que permitiu aos operadores de malhas ferroviárias realizarem investimentos em outras malhas, para fins de prorrogação (peça 33, p. 13).

321. Aduz que o art. 37, parágrafo 3º, da Resolução Antaq 7/2016 já autorizava o reequilíbrio de contratos de arrendamento com base em investimentos vinculados a contrato de passagem, quando o contrato estiver vinculado a contrato de arrendamento (peça 33, p. 13).

322. Nesse sentido, defende que a licitação não seria um fim em si mesmo, mas um meio para que seja atingido o interesse público, o que teria sido reconhecido no Acórdão 1.514/2013-TCU-Plenário (peça 33, p. 14).

323. Em sua ótica, os investimentos acabariam se incorporando ao patrimônio público, assim como eventuais investimentos na infraestrutura de uso comum, por conta da reversão de bens, e que o instituto não implicaria em concessão de qualquer privilégio à arrendatária (peça 33, p. 14).

324. Entende também que a realização de obra por terceiro contratado pelo arrendatário, utilizando-se dos mecanismos privados de negociação, teria a vantagem de poupar custos de transação inerentes à licitação. E ainda, a obra seria atrativa para a Administração Pública quando os investimentos fossem considerados mais produtivos do que aqueles realizados no próprio arrendamento portuário (peça 33, p. 14).

325. Segundo o Ministério, a existência do risco de que o arrendatário transfira custos adicionais pela via do reequilíbrio contratual não revestiria o dispositivo regulamentar de ilegalidade, e que, no caso de convênios, exigir-se-ia que a aquisição de bens e serviços observasse os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade (peça 33, p. 15).

326. Por fim, defende que o art. 42-A do Decreto 8.033/2013, com a redação trazida pelo Decreto 9.048/2017, permitiria a adoção de medidas de cautela como: (i) a justificativa da vantajosidade do procedimento frente às alternativas disponíveis; (ii) o controle sobre o preço da obra; e (iii) a vedação de que a arrendatária obtenha vantagem não extensível aos demais usuários (peça 33, p. 15).

327. Na peça 45, o MTPA anexa ao processo manifestações da Secretaria Nacional de Portos (SNP), por meio do Memorando 260/2018/DOUP/SNP, que conclui pela “possibilidade do investimento fora da área do arrendamento de maneira eficiente e sem que se caracterize como burla a licitação, uma vez adotado o grau de controle e acompanhamento semelhante à experiência vitoriosa que já se tem no setor portuário referentes às prorrogações antecipadas” (peça 45, p. 20).

### **II.3. Análise da SeinfraPortoFerrovia**

328. Cumpre esclarecer, inicialmente, que há duas questões distintas que serão analisadas separadamente neste ponto. A primeira diz respeito à legalidade da realização, pelo arrendatário, de investimentos em área comum do porto organizado. A segunda questão relaciona-se à legalidade da obrigatoriedade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário diante da realização de investimento fora da área arrendada.

### II.3.1. Legalidade da realização de investimento fora da área arrendada

329. Como exposto acima, na instrução anterior (peça 25), com base em uma análise perfunctória típica de propostas de medida cautelar, esta Unidade Técnica manifestou-se no sentido de que a inclusão no contrato do direito de realização de investimentos na infraestrutura comum do porto com obrigação da Administração em promover o reequilíbrio econômico financeiro da avença poderia acarretar a desnaturação do objeto contratado e apontou indícios de que tal inclusão poderia significar burla ao dever de licitar.

330. Ocorre que, analisando as manifestações e argumentos apresentados pelo MTPA e pela Casa Civil da Presidência da República, bem como a documentação encaminhada, que demonstra a motivação dos atos administrativos que resultaram na edição do Decreto 9.048/2017, cabe tecer comentários mais aprofundados acerca do entendimento inicial desta Unidade Técnica.

331. O ponto sob análise demanda uma consideração prévia acerca da natureza jurídica da realização de investimento fora da área arrendada no porto organizado. Nesse sentido, a Casa Civil da Presidência da República alega que o investimento em área comum não tem a natureza de uma contratação direta nem de doação com encargo, mas sim de um instrumento adicional de investimento em infraestrutura. Alega também que se trata de um ato administrativo negocial e não contratual. Já o MTPA, em suas respostas à oitiva, não aduz entendimento específico sobre a natureza do investimento.

332. Acerca do enquadramento do investimento realizado como doação, deve se destacar que o Código Civil dispõe sobre o contrato de doação nos seus arts. 538 a 564. Nesse instituto, infere-se que a doação consiste na transferência de bens ou vantagens de uma pessoa a outra, por mera liberalidade.

333. No caso do investimento em área comum, o raciocínio mais simplório é o de que a mera manifestação de interesse do arrendatário, voluntária e gratuitamente, em investir na área comum do porto organizado pode se encaixar no conceito de doação. Levando-se em conta que não há restrição, na legislação, para que essa doação seja feita para um ente público, de fato, não há porque impedir que o arrendatário realize investimento, de fruição coletiva, a título de doação, sem ônus para a Administração.

334. Esse é o entendimento já firmado por este Tribunal no Acórdão 1.317/2009-TCU-Plenário, segundo o qual não há ilegalidade no fato de um arrendatário de terminal portuário pretender realizar investimentos em infraestrutura comum do porto, desde que não haja qualquer tipo de contrapartida ao doador ou que lhe gere algum benefício direto e não extensível aos demais usuários do porto.

335. No que tange à afirmação da Casa Civil/PR de que a autorização para investimento em área comum ou fora da área arrendada seria um mero ato administrativo negocial e não contratual, deve-se contrapor a visão de Hely Lopes Meirelles (2015). Segundo o autor, os atos administrativos negociais são atos praticados contendo uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a pretensão do particular, visando à concretização de negócios jurídicos públicos, com o reconhecimento de direitos preexistentes e que podem ser exercidos desde que cumpridas determinadas exigências legais, como no caso de uma licença de construção, por exemplo.

336. Ocorre que, no caso em questão, não existe um direito preexistente, líquido e certo do arrendatário de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, no caso de pretender realizar investimento fora da área que lhe foi arrendada. O seu direito à recomposição da equação econômico-financeira de seu contrato decorrerá de uma análise prévia em cada caso concreto.

337. Some-se a isso o fato de que a autorização para a realização do investimento fora da área arrendada, com consequente reequilíbrio contratual, demanda a celebração de termo aditivo ao contrato. Portanto, ocasiona uma alteração da avença. Assim, não é possível afirmar, de antemão, que não há contratação do novo investimento, pois se caracteriza uma nova obrigação contratual para o arrendatário. Dessa maneira, haverá uma ampliação do escopo do instrumento contratado, trazendo as novas obrigações para o contrato.

338. Por isso, ao contrário do alegado pela Casa Civil/PR, a autorização para realização de investimento fora da área arrendada não tem a natureza de mero ato administrativo negocial, mas sim de uma alteração contratual para inclusão de novas obrigações e de novos direitos no contrato.

339. No que se refere às diretrizes legais, é importante destacar que, diferentemente do que alegam a Casa Civil/PR e o MTPA, não encontra amparo no ordenamento jurídico a afirmação de que a Lei 13.448/2017 se aplicaria analogicamente ao setor portuário, prevendo possibilidade de investimentos em objeto distinto do concedido inicialmente.

340. Isso porque a mencionada Lei trata de hipóteses de prorrogação e de relicitação de contratos de concessão restritos aos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário. Assim, o instituto criado pela Lei em comento, autorizando a realização de investimentos em malhas de terceiros, aplica-se tão somente ao setor ferroviário, sendo, portanto, ainda mais restritivo quanto à sua incidência.

341. Ainda no que se refere às diretrizes legais aplicáveis, cabe destacar que a Lei 12.815/2013, que rege o setor portuário, não trata de investimentos realizados fora da área arrendada.

342. Em relação ao indício de que a autorização prevista no art. 42-A do Decreto 8.033/2013 poderia causar burla à licitação, apontado na análise sumária feita por esta Unidade Técnica em 30/11/2017 (peça 25), o MTPA apresenta o argumento de que “a licitação não é um fim em si mesmo, mas um meio para que seja atingido o interesse público”, citando, nesse sentido, o Acórdão 1.514/2013-TCU-Plenário (relatoria do Ministro Aroldo Cedraz). Ressalta a pasta ministerial (peça 33, p. 16) que “a adoção dessa via excepcional demandaria a apresentação de justificativa consistente a respeito de sua vantajosidade para a Administração Pública”.

343. A Casa Civil/PR também destaca a necessidade de que os investimentos em áreas comuns do porto público requerem anuência prévia e motivada do Poder Público, e não geraria qualquer preferência ao arrendatário ou a seus clientes.

344. Ressalte-se que a possibilidade de autorização de investimentos a serem feitos pelos arrendatários fora da área arrendada já apresentava previsão em norma anterior ao Decreto 9.048/2017. A Portaria GM/SEP 499/2015, em seu art. 4º, inciso IV, assim dispõe:

Art. 4º Sem prejuízo das demais hipóteses legais, o poder concedente **poderá** promover a recomposição de equilíbrio econômico-financeiro de contrato de arrendamento de instalação portuária na ocorrência dos seguintes fatos geradores de desequilíbrio:

(...)

IV - determinação ou autorização de investimentos ou de prestação de serviços de interesse público não previstos originalmente em contrato, **inclusive fora da área arrendada**; (grifo nosso)

345. Quanto à possibilidade de investimento fora da área arrendada, acolhem-se os argumentos trazidos pelo MTPA e pela Casa Civil/PR em sede de oitiva, entendendo-se que, diante de certas condições e atendidos determinados requisitos, seria legítima a autorização para realização de investimentos na infraestrutura comum do porto organizado por empresas arrendatárias.

346. Contudo, a previsão de investimento direto na infraestrutura comum do porto deveria, em princípio, estar prevista desde a origem do contrato de arrendamento. No caso de contratos vigentes, a autorização para a realização de investimentos fora da área arrendada somente seria possível em casos excepcionais, dada a característica de mutabilidade desses contratos, atendidas determinadas condições.

347. Portanto, a partir dos elementos trazidos pela Casa Civil/PR e pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, **não mais subsistem os indícios de ilegalidade apontados sobre o caput do art. 42-A do Decreto 8.033/2013**. Apesar da existência de riscos patentes, não se afigura ilegal a previsão, em decreto, da possibilidade de autorização, pelo poder concedente, para a realização de investimentos fora da área arrendada.

348. Fato é que os indícios de ilegalidade apontados na instrução pretérita (peça 25), diante dos argumentos trazidos pelos gestores em razão das oitivas, devem ser interpretados como riscos à aplicação do dispositivo, em especial no caso de sua aplicação a contratos vigentes.

349. A aditivação desses contratos, considerada a sua característica de mutabilidade, trata-se de hipótese cabível, em caráter excepcional, desde que esteja demonstrada a preponderância do princípio da supremacia do interesse público em relação a outros princípios, como o da vinculação ao instrumento convocatório, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa. Necessário, portanto, que tal modificação contratual seja explicitamente justificada, e que riscos relevantes sejam mitigados.

350. Uma maneira de mitigar os riscos seria o estabelecimento de regulamentação específica para o dispositivo infralegal, conforme sugestões apontadas pela Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil, em sua Nota SAJ 34/2017 (peça 54) e pela Conjur/MTPA, em seu Parecer 20/2017/CONJUR-MT/CGU/AGU (peça 23).

351. Cumpre destacar que a Nota SAJ 34/2017, documento que apresenta a motivação jurídica da elaboração do Decreto 9.048/2017, defende que deve haver uma regulação técnica e econômica para se evitar a ampliação indevida do conteúdo econômico dos contratos e a consequente redução de deveres da Autoridade Portuária, nos seguintes termos:

A previsão de investimento direto na infraestrutura comum do porto, exatamente por ter o retorno previsto sendo operado formalmente via reequilíbrio de encargos e retornos no âmbito do contrato administrativo, deveria, em princípio, estar prevista desde a origem no – ou, então, ser inclusa via aditivo ao – contrato de arrendamento, com respeito aos limites objetivos e subjetivos do vínculo, para que não se configurasse hipótese de contratação direta do arrendatário, sem licitação, enquanto longa manus da autoridade portuária.

De todo modo, entende-se haver risco jurídico na utilização indiscriminada dessa via, de investimento privado direto com compensação posterior, eis que tal sistemática pode conferir incentivos a comportamento leniente ou mesmo omissivo da autoridade portuária no dever positivo de manter as áreas e instalações sob seu encargo ou, noutra via, em realizar contratos, mediante licitação, para a realização dos investimentos em infraestrutura que, por lei e política pública, estão em sua competência. Tal contexto de coisas e ações poderia ensejar, ao contrato de arrendamento, do ponto de vista econômico, um objeto maior que aquele inicialmente submetido ao escrutínio licitatório, em termos de encargos acrescidos e retornos econômico-financeiros possibilitados.

(...)

Para tanto, considerando que a própria legislação de contratos administrativos admite acréscimos quantitativos ao objeto do contrato administrativo – sem, contudo, circunscrever, necessariamente, que tais investimentos excedentes tenham de ser feitos na própria dimensão física desse objeto, muito embora seja essa a presunção fático-jurídica, entende-se possível, juridicamente, a materialização de investimentos em área externa ao arrendamento, desde que, do ponto de vista técnico-econômico, haja balizamento regulatório para que não haja ampliação indevida do conteúdo econômico dos contratos, nem redução indevida dos deveres da autoridade portuária.

(...)

Aspecto relevante é o aproveitamento coletivo dos investimentos feitos em infraestrutura comum dos portos organizados: a realização dos investimentos não poderá, juridicamente, constituir simulacro de doação com encargo, eis que o investimento em favor do bem público e/ou da competência pública de exploração portuária, em princípio, agrega-se, acessório que é, ao patrimônio público, bem jurídico principal. Por essa razão, da realização do investimento em área ou instalação comum não deverá qualquer preferência ou distinção subjetiva de tratamento dos arrendatários ou de seus clientes ou usuários, a rigor da inteligência conferida pela jurisprudência do próprio Tribunal de Contas da União, quando se debruçou sobre o tema (Acórdão 1.317/2009-Plenário, Processo 000.226/2009-1).

Para a juridicidade da medida, portanto, devem ser preservados o uso público das infraestruturas e a isonomia no acesso e na utilização dessas facilidades.

352. O Parecer SAJ 34/2017, da Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil/PR, aponta outros riscos significativos na utilização do art. 42-A do Decreto 8.033/2013.

353. Segundo o Parecer (peça 54, p. 33), a manutenção da infraestrutura comum do porto organizado é competência das autoridades portuárias, que arrecadam receitas tarifárias para o financiamento de suas atividades, entre as quais se incluem a execução de obras de construção, reforma, ampliação, melhoramento e conservação das instalações portuárias, nos termos do art. 17 da Lei 12.815/2013. Caso esses investimentos sejam feitos pelos arrendatários, mediante reequilíbrio do contrato, incorre-se na possibilidade de que consumidores e usuários finais sejam duplamente onerados:

Uma primeira vez, via tarifa portuária praticada pelas autoridades portuárias e, concomitantemente, uma segunda vez, via receita de serviços, rubrica cuja gestão é utilizada pelos arrendatários como mecanismo usual de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

354. A elevação indevida de custos para os usuários, caso ocorra, vai de encontro ao disposto no art. 11 da Lei 10.233/2001, que em seu inciso IV requer que seja assegurado aos usuários, no gerenciamento da infraestrutura de transporte aquaviário, o pagamento pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência. Adicionalmente, a prestação de serviços e de exploração de infraestrutura no transporte aquaviário deve resguardar a modicidade nas tarifas, conforme preconizam o art. 20 da Lei 10.233/2001 e o art. 3º, inciso II, da Lei 12.815/2013.

355. Assim, dado o risco de que usuários finais sejam duplamente onerados em decorrência dos reequilíbrios contratuais ocasionados pela aplicação do art. 42-A do Decreto 8.033/2013, entende-se necessário, com fundamento no art. 250, inciso II, da Lei 8.443/1992, **determinar ao MTPA e à Antaq que apresentem ao TCU, no prazo de 30 dias, plano de ação, com indicação de responsáveis, prazos e etapas intermediárias, para o estabelecimento de mecanismos de regulação tarifária e contabilidade regulatória destinados eliminar a possibilidade de incremento indevido de custos para os usuários dos serviços portuários, decorrente da aplicação do art. 42-A do Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017, em atendimento aos arts. 11 e 20 da Lei 10.233/2001 e do art. 3º, inciso II, da Lei 12.815/2013.**

356. Outros riscos relevantes foram apontados no Parecer SAJ 34/2017. Esses riscos seriam decorrentes de eventual utilização indiscriminada do art. 42-A do Decreto 8.033/2013, instituído pelo Decreto 9.048/2017. A fim de mitigá-los, a Subchefia da Casa Civil/PR sugere que a inclusão de investimentos diretos nos contratos de arrendamento deve: i) respeitar os limites subjetivos e objetivos estabelecidos na avença, de forma a não se desnaturar o objeto do contrato; ii) desincentivar comportamento leniente ou omissivo da autoridade portuária no dever de manter as áreas e instalações sob seu encargo; iii) contar com efetiva fiscalização do ente regulador; e iv) preservar o uso público das infraestruturas, não gerando qualquer preferência ou distinção de tratamento aos arrendatários ou seus clientes.

357. Essa última ressalva feita pela Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil/PR alinha-se ao entendimento emanado pelo TCU por meio do Acórdão 1.317/2009-TCU-Plenário, que tratou de consulta formulada pelo então Ministro Chefe da SEP/PR, atinente à possibilidade de doação, pelos operadores portuários, de obras em infraestrutura de uso público de responsabilidade do porto.

358. Por seu turno, em seu Parecer 20/2017/CONJUR-MT/CGU/AGU (peça 23), de 18/1/2017, a Conjur/MTPA também trouxe considerações acerca dos riscos na aplicação do art. 42-A do Decreto 8.033/2013.

359. Além daqueles riscos apontados pela SAJ/Casa Civil/PR, o Parecer da Conjur/MTPA indica a necessidade de demonstração consistente quanto à vantagem, para o interesse público, na realização de investimento fora da área arrendada pelo operador portuário, a fim de que tal alteração contratual não se configure como burla à licitação. Além disso, segundo a Conjur/MTPA, o investimento a ser realizado não pode implicar a concessão de qualquer privilégio à arrendatária.

360. Adicionalmente, preocupa-se a Conjur com a falta de incentivos apropriados para que o arrendatário obtenha a melhor contratação possível para a obra a ser realizada na infraestrutura comum do porto, transferindo assim um custo adicional ao poder público por via do reequilíbrio contratual. Ressalta, assim como fez a SAJ/Casa Civil/PR, a necessidade de fiscalização rigorosa e efetiva sobre os custos desses novos investimentos propostos para as instalações externas ao terminal arrendado.

361. Em linha com o entendimento manifestado pela SAJ/PR e pela Conjur/MTPA, a fim de resguardarem-se o princípio da economicidade e o princípio da supremacia do interesse público, é pertinente que a autorização contemple, por exemplo, uma avaliação formal e prévia quanto ao orçamento da obra a ser realizada. Devem ser adotados, pela agência reguladora e pelo Poder Concedente, procedimentos que assegurem que a contratação será efetuada a preços de mercado.

362. A Conjur afirma em seu parecer, adicionalmente, que, em vista dos princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, pode ser pertinente a exigência de cotação prévia de preços de mercado antes da celebração desses contratos de investimento.

363. Entendem-se pertinentes as preocupações e pressupostos consignados nos pareceres formulados pela SAJ/Casa Civil/PR e pela Conjur/MTPA. Ambas as entidades afirmam ser necessária a observância de requisitos relevantes anteriormente à aplicação da regra prevista no art. 42-A do Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017.

364. A própria Casa Civil/PR (peça 31, p. 39) entende que seria cabível eventual recomendação ou determinação do TCU a fim de que sejam exaradas, pelo Poder Executivo, normas regulatórias que estabeleçam, adequadamente, a governança, os procedimentos e os aspectos técnico-econômicos para a anuência prévia da Autoridade Portuária à pretensão de investimentos fora da área arrendada. Afirma a Casa Civil/PR (peça 31, p. 37):

Nada impede que sejam criadas novas regras regulatórias para disciplinar a forma de solicitação e apresentação à Autoridade Portuária do pedido de anuência, que contemplem o conjunto de informações necessárias à cognição adequada da Administração do Porto e, também, ao exame da entidade reguladora e dos órgãos de controle.

365. Com isso, diante da necessidade de estabelecimento de mecanismos e pressupostos aptos a mitigar os relevantes riscos apontados nos parágrafos supra, entende-se pertinente, com fundamento no art. 250, inciso II, da Lei 8.443/1992, **determinar ao MTPA e à Antaq que apresentem ao TCU, no prazo de 30 dias, plano de ação, com indicação de responsáveis, prazos e etapas intermediárias, para o estabelecimento de normas regulatórias que tratem da governança, dos procedimentos e dos aspectos técnico-econômicos a serem considerados na anuência prévia da Autoridade Portuária e na autorização do poder concedente para a realização de investimentos, pelos arrendatários, na infraestrutura comum do porto organizado, nos termos do art. 42-A do Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017, com vistas a mitigar os riscos apontados pelo Parecer 20/2017/CONJUR-MT/CGU/AGU, de 18/1/2017, e pela Nota SAJ 34/2017, de 9/5/2017.**

### II.3.2. Obrigação de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato – análise somente cabível no caso concreto

366. Para que não se incorra em uma contrapartida indevida ao arrendatário interessado em realizar investimento fora da área arrendada, é necessário que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato seja devidamente autorizada pela autoridade responsável, após uma análise robusta acerca do preenchimento de requisitos legais e regulamentares. Do contrário, eventual “reequilíbrio” autorizado à margem de uma análise prévia quanto ao preenchimento dos requisitos cabíveis poderá ser enquadrado como um pagamento ilegal e, conseqüentemente, uma burla a licitação.

367. Vejamos novamente a disposição textual do citado art. 42-A, Parágrafo único, do Decreto 8.033/2013, com a redação trazida pelo Decreto 9.048/2017:

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. (grifo nosso)

368. Da leitura do seu texto, infere-se que uma das interpretações possíveis da norma veiculada pelo Decreto em apreço pode conduzir ao entendimento de que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é uma decorrência automática, obrigatória, da realização de investimentos novos fora da área arrendada (área comum).

369. Esse entendimento pode ser corroborado pela minuta do termo de adaptação elaborada pelo MTPA e enviada ao TCU, que trata do assunto nos seguintes termos (peça 22, p. 99):

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**. (grifo nosso)

370. É preciso observar, todavia, que o dever de manutenção de equilíbrio econômico-financeiro no direito das concessões é estabelecido pelo art. 9º e seus parágrafos da Lei 8.987/1995, *in verbis*:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

§2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

(...)

§4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

371. O dispositivo em exame trata do direito subjetivo à intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato de concessão (relação entre encargos e vantagens), que pode ser rompida em decorrência de diversos fatores, entre eles a alteração unilateral do contrato, por fato da administração, por fato do príncipe e ainda por fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis.

372. Ocorre que, o “dever de reequilíbrio” não pode ser interpretado de forma absoluta. O direito subjetivo de ambas as partes contratantes ao equilíbrio econômico-financeiro **poderá** ocorrer a partir do preenchimento dos requisitos adiante expostos.

### II.3.3. Requisitos para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento

373. Em breve síntese, o direito ao reequilíbrio de qualquer contrato administrativo exige que ocorra um fato superveniente não previsto na avença inicialmente assinada, bem como que esse fato não decorra de culpa do contratado e que o fato tenha gerado um desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato, com o acréscimo de novos encargos ao contratado. Além disso, é preciso verificar se os novos encargos não se inserem no âmbito dos riscos alocados ao particular.

374. Nesse sentido, Eros Grau e Paula Forgioni (2005) esclarecem, em suma, que são requisitos para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo que o fato superveniente deve ser (i) imprevisível; (ii) não decorrente de culpa do particular contratante; e (iii) desestabilizador da equação econômico-financeira da avença.

375. Já Marçal Justen Filho (2009) observa que não basta haver alteração da relação original entre encargos e vantagens para que o concessionário tenha direito à modificação da relação jurídica e à

recomposição da relação inicial do contrato. Para o autor, haverá necessidade da comprovação de três requisitos:

- (i) quebra da equação econômico-financeira, mediante comprovação da frustração das expectativas concretas;
- (ii) comprovação de que essa frustração derivou da ampliação dos encargos e/ou redução dos benefícios inicialmente previstos; e
- (iii) comprovação de que a ampliação dos encargos e/ou redução dos benefícios se deram por eventos extraordinários, de cunho imprevisível e de efeitos incalculáveis.

376. Portanto, constata-se que somente a análise no caso concreto será capaz de possibilitar a verificação do preenchimento destas condições.

377. Para se determinar se há ou não dever de reequilibrar um contrato, diante da assunção de novos encargos pelo arrendatário, é necessária também a devida observação da alocação de riscos (matriz de risco) do contrato em questão.

378. A doutrina jurídica clássica brasileira baseia a alocação dos riscos de acordo com a teoria das áleas ordinária e extraordinária (DI PIETRO, 2008; JUSTEN FILHO, 2003; ARAGÃO, 2008). As concessões, de acordo com essa teoria, são contratos de natureza tipicamente administrativa pelos quais a Administração Pública transfere a um particular a realização e a exploração, por sua conta e risco, de uma obra ou serviço público.

379. Perez (2006, p. 14) afirma que a leitura tradicionalmente feita da expressão “por sua conta e risco” divide os riscos na concessão de serviço, como nos contratos administrativos em geral, em ordinários e extraordinários e conclui que o concessionário assume os riscos ordinários do empreendimento.

380. Nesse caso, é preciso atentar para o fato de que o conceito de “risco” está relacionado à possibilidade de se suportar efeitos indesejáveis. Na disciplina dos contratos, de maneira geral, o preço atribuído a uma prestação contratual, qualquer que seja, leva consigo, embutido, o risco. O risco em projetos de infraestrutura, nas palavras de Irwin *et al.* (1997), representa a probabilidade de acontecimentos que podem reduzir a expectativa de retorno do investidor.

381. Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado (2007) asseveram:

A distribuição de riscos é a principal função de qualquer contrato. Trata-se de antecipar e atribuir a cada uma das partes a obrigação de assumir as consequências de ocorrências futuras. Ao fazê-lo, o contrato gera incentivo para as partes adotarem, por um lado, providências para evitar ocorrências que lhes sejam gravosas (os riscos negativos) ou, pelo menos, as suas consequências – por exemplo, contratando seguros; e, por outro, estimula-as a agirem com o objetivo de realizar as situações que lhe sejam benéficas – por exemplo, no caso da parte prestadora de um serviço, a melhoria da qualidade do serviço, para aumento da demanda, e, portanto, das suas receitas operacionais. (RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à lei de PPP – Parceria público privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 117)

382. Na análise da matriz de risco, deve-se atentar para o fato de que há riscos assumidos totalmente pelo concessionário, há riscos assumidos por ele apenas parcialmente, e há riscos que são compartilhados entre as partes contratantes.

383. No momento em que há uma realocação do risco, a parte que assume os riscos não suportados inicialmente passa a suportar encargos que não lhe eram imputados anteriormente. Assim, há uma quebra na equação econômico-financeira e o dever de recomposição do equilíbrio se impõe. Do contrário, caso o prejuízo decorra de riscos atribuíveis desde o início da contratação exclusivamente ao concessionário, não há que se falar em necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual.

384. A análise da alocação de riscos em contratos de arrendamento portuário sofreu evolução ao longo do tempo, portanto apresenta diferenças, quando se comparam contratos firmados antes da Lei 12.815/2013 e contratos mais recentes. Naqueles, de forma geral, não há uma delineação detalhada da alocação de riscos, sendo as responsabilidades alocadas esparsamente ao longo das cláusulas contratuais.

385. É o caso do Contrato 42/2000 do Porto de Santos (Companhia Bandeirante de Armazéns Gerais), vigente desde 7/12/2000 (peça 60):

**Quadro 1 - Alocação de Riscos - Contrato 42/2000**

Riscos assumidos pelo poder público	Riscos assumidos pelo agente privado
<p>Manutenção da navegabilidade do canal de acesso ao porto;</p> <p>Descumprimento, pelo Poder Concedente, de suas obrigações contratuais ou regulamentares;</p> <p>Custos adicionais ou prejuízos decorrentes de atrasos causados pelo Poder Concedente;</p> <p>Caso fortuito ou força maior, fato do príncipe, fato da administração ou interferências imprevistas que não possam ser objeto de cobertura de seguros;</p> <p>Acompanhamento e monitoramento dos Programas Ambientais e demais atividades correlatas na área do Porto Organizado</p>	<p>Demanda;</p> <p>Obtenção de licenças e autorizações necessárias à execução de obras e operações das instalações portuárias;</p> <p>Investimentos relacionados no contrato;</p> <p>Custos de financiamentos necessários à reforma, construção, implantação, manutenção, operação e expansão das instalações portuárias;</p> <p>Atraso no cumprimento dos cronogramas físicos de execução de obras ou serviços;</p> <p>Metodologia de execução e do projeto executivo;</p> <p>Tecnologia e aplicação de novas técnicas de movimentação de manuseio de cargas;</p> <p>Perecimento, destruição, roubo, furto e perda dos bens da concessão;</p> <p>Contratação com terceiros;</p> <p>Caso fortuito e força maior, objeto de seguro;</p> <p>Inflação superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da tarifa;</p> <p>Responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais e por encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais, tributários e comerciais, resultantes da execução do Contrato de Arrendamento;</p> <p>Prejuízos causados a terceiros;</p> <p>Prejuízos advindos da fixação dos valores cobrados a título de tarifas; e</p> <p>Relocação ou demolição de instalações ou equipamentos da CODESP, que estejam interferindo nas INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS.</p>

Fonte: Companhia Docas do estado de São Paulo

386. Um exemplo de alteração da matriz de risco nesse caso ocorre quando há alteração no contrato relacionada à manutenção da navegabilidade do canal de acesso, por meio de dragagens. Caso a arrendatária pleiteasse a realização de investimentos em dragagem, e tal pleito fosse autorizado pelo Poder Concedente e contasse com a anuência da autoridade portuária, haveria uma alteração na distribuição dos riscos assumidos pelas partes, na medida em que o particular assumiria parte desse risco.

Haveria nesse caso uma potencial alteração do conteúdo econômico do contrato, cuja proporção somente poderia ser medida no caso concreto.

387. Um outro contrato também celebrado pela Codesp, mais recente, foi firmado com o Terminal Exportador de Santos, com vigência inicial em 5/10/2016. A avença possui previsão expressa acerca da Alocação de Riscos e um delineamento mais minucioso dos riscos alocados (peça 61, p. 22-26):

**Quadro 2 - Alocação de Riscos - Terminal Exportador de Santos**

Riscos assumidos pelo poder público	Riscos assumidos pelo agente privado
<p>Descumprimento de obrigações contratuais atribuídas ao Poder Concedente;</p> <p>Custos decorrentes da recuperação, remediação, monitoramento e gerenciamento do Passivo Ambiental existente dentro da área do Arrendamento na data de celebração do Contrato, desde que não conhecido até a Data de Assunção e identificado no laudo ambiental técnico e que não tenha sido ocasionado pela Arrendatária;</p> <p>Paralisação das atividades da Arrendatária em razão dos riscos ambientais, desde que não tenham sido causados pela Arrendatária;</p> <p>Custos decorrentes do atraso na disponibilização da Área do Arrendamento em que serão desenvolvidas as Atividades objeto deste Contrato, desde que o atraso seja superior a 12 (doze) meses da data prevista para a Data de Assunção e haja comprovação de prejuízo significativo.</p>	<p>Riscos de projeto, engenharia e construção;</p> <p>Recusa de Usuários em pagar pelos serviços;</p> <p>Obtenção de licenças, permissões e autorizações relativas ao Arrendamento;</p> <p>Custos excedentes relacionados às Atividades objeto do Arrendamento;</p> <p>Atraso no cumprimento dos cronogramas previstos no Contrato, no Anexo Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento ou de outros prazos estabelecidos entre as Partes ao longo da vigência do Contrato, exceto nos casos previstos neste Contrato;</p> <p>Tecnologia empregada nas Atividades do Arrendamento;</p> <p>(...)</p> <p>Mudanças no custo de capital, inclusive os resultantes de variações das taxas de juros;</p> <p>Variação das taxas de câmbio;</p> <p>Modificações tributárias;</p> <p>Caso fortuito e força maior que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência, em condições normais do mercado de seguros;</p> <p>Recuperação, remediação e gerenciamento do Passivo Ambiental relacionado ao Arrendamento, com exceção do expressamente assumido pelo Poder Concedente;</p> <p>(...)</p> <p>Responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais decorrentes da operação do Arrendamento;</p> <p>(...)</p> <p>Não efetivação da demanda projetada por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novos _portos organizados ou terminais de uso privado, dentro ou fora da Area de Influência do Porto Organizado;</p> <p>(...)</p> <p>Transtornos causados por limitações administrativas, direito de passagem ou servidões suportadas pela</p>

	<p>Arrendatária, sem prejuízo do direito de ser remunerada pela pessoa beneficiada, nos termos da regulamentação;</p> <p>Valor dos investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes da instituição de limitações administrativas, direito de passagem ou servidões que beneficiem a Arrendatária.</p> <p>Caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência, em condições normais do mercado de seguros;</p> <p>(...)</p> <p>Atraso ou paralisação das Atividades decorrentes, exclusivamente, da execução de obras de ampliação, reforma ou modernização das instalações portuárias na área do Arrendamento, desde que previamente autorizadas pela ANTAQ.</p>
--	--

Fonte: Companhia Docas do estado de São Paulo

388. Neste último caso, é de se perceber que os riscos atinentes à disponibilização da infraestrutura comum do porto organizado em que se insere o arrendamento não estão expressamente alocados no contrato, de modo que a assunção de responsabilidades quanto a essa infraestrutura comum por parte do arrendatário também alteraria a matriz de risco do contrato em apreço.

389. É preciso ainda analisar, no caso concreto, em que medida as normas de planejamento portuário direcionam os investimentos a serem realizados pela Autoridade Portuária, confrontando as obrigações regulamentares previstas nos instrumentos de planejamento e as obrigações legais e contratuais.

390. É a análise da alocação de riscos contratuais combinada com a análise das normas de planejamento e organização do porto que permitirá trazer conclusões sobre necessidades e prioridade de uso e exploração de bens, bem como sobre eventual interesse público (e não apenas interesse privado) na realização de investimentos.

391. Ao alterar o conjunto de encargos para fins de se trazer ao contrato novas obrigações para o arrendatário, diante de omissões por parte da Autoridade Portuária, é evidente que tal fato implica a alteração na matriz de risco dos contratos em vigor.

392. Em segundo lugar, é preciso verificar, no caso concreto, o impacto que determinado evento (seja alteração contratual, “fato do príncipe”, “fato da administração”) causa na equação econômico-financeira inicial, destacando-se os custos que estão onerando o particular ou a Administração Pública em decorrência única e exclusivamente daquele evento.

393. É necessário, ainda, caracterizar a natureza do evento, para saber se, de fato, não poderia ter sido previsto pelas partes no momento da apresentação da proposta.

394. Trazendo a questão para o caso sob exame, percebe-se que naquelas situações em que o próprio arrendatário pretenda realizar investimento fora da área arrendada e avocar para si um risco anteriormente alocado para o Poder Público, seja por dificuldades orçamentárias do ente estatal ou por problemas gerenciais do poder concedente, não se pode afirmar que se trata necessariamente de uma álea extraordinária do negócio, a compulsar a Administração a “reequilibrar” o contrato.

395. A título de exemplificação, nos casos em que há um impedimento de execução contratual em virtude da omissão praticada pela Administração Pública e que o particular não poderia prever dita

omissão, em tese, poder-se-ia aplicar a teoria do fato da administração e reputar como caracterizada a álea extraordinária para justificar eventual recomposição de equilíbrio econômico-financeiro.

396. Já para as situações em que a atuação falha da Administração não impede a execução ordinária do contrato, mas apenas impõe limites a melhorias na prestação do serviço, deverá o contrato ditar os comportamentos esperados. Se o contrato não impõe claramente o dever de realização de investimentos em situações previstas e sob parâmetros determinados, pode haver uma situação de riscos compartilhados inerentes à execução do contrato. A álea, nesse contexto, fará parte do risco do próprio empreendimento e não estará presente a álea extraordinária.

397. Dessa maneira, aventar que deve haver reequilíbrio contratual impositivo e automático, nos moldes do parágrafo único do art. 42-A do Decreto 8.033/2013, conforme redação dada pelo Decreto 9.048/2017, sem passar por uma análise no caso concreto quanto à caracterização da álea extraordinária, pode caracterizar um pagamento pela prestação de um serviço ou aquisição de um bem e não uma recomposição da equação econômico-financeira, nos moldes da lógica jurídica aplicável.

398. Nesse sentido, cabe observar a redação do art. 37 da Resolução Antaq 7/2016 e o art. 4º, inciso IV, da Portaria GM/SEP 499/2015, ambas aventadas pelo MTPA (peça 33), e que preveem:

Resolução Antaq 7/2016

Art. 37. A passagem deverá observar o trajeto mais racional e disponível, nos limites da necessidade do interessado, impondo-se o menor ônus para a administração do porto e para terceiros.

§3º Os investimentos vinculados ao contrato de passagem deverão ocorrer às expensas do interessado, mediante anuência da administração do porto, sem direito a indenização, salvo quando referido contrato estiver vinculado a contratos de arrendamento, situação em que os investimentos **poderão** ser considerados na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do arrendamento.

\*\*\*

Portaria GM/SEP 499/2015

Art. 4º Sem prejuízo das demais hipóteses legais, o poder concedente **poderá** promover a recomposição de equilíbrio econômico-financeiro de contrato de arrendamento de instalação portuária na ocorrência dos seguintes fatos geradores de desequilíbrio:

(...)

IV - determinação ou autorização de investimentos ou de prestação de serviços de interesse público não previstos originalmente em contrato, inclusive fora da área arrendada; (grifos nosso)

399. Essas normas, ao utilizarem a expressão “poderão”, alinham-se às disposições legais contidas na Lei 8.987/1995 e ao entendimento doutrinário acima exposto, no sentido de que a recomposição de equilíbrio econômico-financeiro deve decorrer de uma análise de caso concreto, após a demonstração de preenchimento dos requisitos que demonstram a quebra da equação original.

400. Em conclusão, a norma veiculada pelo parágrafo único do art. 42-A do Decreto 8.033/2013, com a redação trazida pelo Decreto 9.048/2017, deve ser aplicada em consonância de forma que o reequilíbrio do contrato de arrendamento, nos casos de investimento fora da área arrendada, apenas ocorra após análise no caso concreto, com a devida motivação.

401. Em consequência, deve ser rechaçada a aplicação da norma nos termos do disposto na Cláusula Sexta, parágrafo terceiro, da minuta de termo aditivo objeto do Parecer 706/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU (peça 22, p. 91-114), ou seja, com a asseguarção de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para qualquer investimento realizado fora da área arrendada. Eventual reequilíbrio que não decorra de análise no caso concreto, que comprove os requisitos assinalados, pode caracterizar contraprestação indevida ao arrendatário. Assim dispõe o trecho do referido parecer (peça 22, p. 99):

Em relação ao parágrafo terceiro, foi acrescentado o trecho final que determina que, em caso de autorização de investimentos pela arrendatária na infraestrutura comum do porto seja assegurado o reequilíbrio contratual. Essa ressalva é compatível com o disposto no art. 42-A do Decreto nº 8.033, de 2013[12], que em seu parágrafo único prevê a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato da arrendatária que, com a autorização do poder concedente e da autoridade portuária, se dispuser a realizar investimentos na infraestrutura comum do porto. **No entanto, essa não é a única alternativa. Seria ainda possível a realização de investimentos na infraestrutura comum do porto mediante doação. A meu ver, esta é mais uma razão para manter o texto que já havia sido aprovado por esta Consultoria Jurídica** (parágrafo terceiro da cláusula sétima da minuta de Portaria que consta do documento SEI-0433852).

402. Por todo o exposto, entende-se cabível **dar ciência ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil de que a redação da Cláusula Sexta, parágrafo terceiro, da minuta-padrão de termo aditivo objeto do Parecer 706/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU, ao disciplinar o disposto no art. 42-A do Decreto 8.033/2013, contraria o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira disposto no art. 9º, §§ 2º e 4º, da Lei 8.987/1995**, que aponta como necessária a avaliação das particularidades do caso concreto previamente à decisão quanto à necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

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

403. O terceiro indício de irregularidade detectado no Decreto 9.048/2017 e apontado por esta Unidade Técnica na instrução da proposta de cautelar (peça 25) se refere à instituição, por norma infralegal, da hipótese de substituição de área arrendada por outra área ainda não arrendada dentro do mesmo porto organizado, o que se materializou por meio da inclusão do artigo 24-A ao texto do Decreto 8.033/2013, por intermédio do Decreto 9.048/2017.

404. Esta Unidade Técnica sustentou na instrução anterior que a Lei 12.815/2013 não prevê a hipótese de substituição de área e que o poder regulamentar de que trata o inciso IV do art. 84 da Constituição Federal está limitado à expedição de decretos e regulamentos destinados à fiel execução da Lei. Assim, o Decreto 9.048/2017 não poderia inovar no ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações.

405. Destacou-se, também, que 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 em seu art. 5º, inciso IX. Todavia, a necessidade de alteração e expansão da atividade ou de modernização das instalações não poderia implicar nenhuma hipótese de descaracterização do objeto licitado, que seria a prestação de um serviço público em uma área específica. O fato de o serviço prestado nas instalações portuárias pelo arrendatário ser caracterizado como serviço público não poderia ensejar o entendimento de que qualquer área possa ser utilizada para a prestação do serviço.

406. Apontou-se ainda naquela oportunidade que o instituto de substituição de área, ora examinado, não se confunde com 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 teria correlação direta com a prestação do serviço de maneira adequada e permitiria o aproveitamento de uma área conexa ao terminal arrendado que, por si só, não poderia ser licitada.

407. Além do indício de extrapolação do poder regulamentar por meio da criação da figura da substituição de uma área arrendada por outra, foi também apontada possível afronta do art. 24-A do Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017, ao dever de licitar, previsto constitucionalmente.

### III.1. Argumentos apresentados pela Casa Civil/PR e pelo MTPA

408. Por meio da Nota Jurídica SAINF/SAJ 239/2017, de 26/12/2017 (peça 31), aduz a Casa Civil da Presidência da República que o objeto do contrato de arrendamento não se atrela à área físico-geográfica do porto público. Tal objeto seria atinente ao resultado do negócio como um todo, e não apenas à disponibilização de uma área específica, citando entendimento exarado do Acórdão 2.896/2009-TCU-Plenário (relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues).

409. Cita, em seguida, o caso do Porto de Santos, onde, em sua visão, seria mais benéfico ao interesse público que os terminais fossem realocados para o início do canal, devido aos altos custos de dragagem nos trechos mais a montante (peça 31, p. 43).

410. Afirma que a substituição de área seria um instrumento de concretização do plano de desenvolvimento e zoneamento do porto e que não haveria risco à segurança jurídica, uma vez que, se os arrendatários quiserem se opor à substituição, poderiam rescindir o contrato (peça 31, p. 44).

411. Aduz ainda que, havendo equivalência técnico-econômica entre a área original e a área de destino, não haveria burla à licitação e nem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato (peça 31, p. 43).

412. Defende que a possibilidade de substituição de área cuida de instrumento de planejamento e gestão portuária mais eficiente e que haveria a necessidade de se atender os serviços portuários e melhorar a relação porto-cidade, além de que requisitos presentes no Decreto e mecanismos institucionais evitariam a descaracterização do objeto contratual (peça 31, p. 43).

413. Em manifestação posterior, já em resposta à oitiva promovida pelo TCU, o órgão argumenta complementarmente que a ausência de exame no caso concreto pode perpetrar males maiores do que simplesmente impedir a substituição de área de forma abstrata e que somente seria possível analisar a constitucionalidade no caso concreto, em decorrência da aplicação da Súmula 347 do STF (peça 43, p. 6).

414. Por sua vez, o MTPA noticia, pelo Ofício 1/2018/GM/MTPA, de 4/1/2018 (peça 32), a existência de apenas uma solicitação de substituição de área, da empresa Ecoporto, para aumento da eficiência e produtividade do terminal, com investimentos estimados em R\$ 142,2 milhões e aumento do prazo do contrato para 2048.

415. Em seguida, pela Nota 3.734/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU, de 27/12/2017 (peça 33, p. 9), afirma que os arrendamentos de instalações portuárias são contratos que associam o uso de um bem público com a concessão de um serviço público, e que não se sujeitam às balizas da Lei 8.666/1993. Afirma ainda que seria fundamental que tais contratos pudessem ser alterados ao longo das décadas e que a possibilidade de substituição da área arrendada decorreria da própria característica da mutabilidade dos contratos administrativos.

416. Defende que a área do porto seria apenas um meio para o alcance do objetivo principal do contrato (armazenamento e movimentação de mercadorias) e que a substituição de área não implicaria qualquer benefício para o arrendatário, bem como somente poderia ocorrer em duas situações: quando a medida trouxer comprovados ganhos operacionais e no caso de empecilho superveniente ao uso da área original (peça 33, p. 10).

417. Alega a pasta ministerial que a alternativa à substituição de área por empecilho superveniente à sua exploração seria a rescisão antecipada do contrato. De acordo com o MTPA, realizar tal rescisão para permitir a licitação da área e, a partir de então, a realocação de terminais seria um processo custoso e com riscos.

418. Afirma, ainda, que se a Lei 12.815/2013 autoriza até mesmo a ampliação da área arrendada, a mesma justificativa poderia se aplicar no caso de substituição da área original (peça 33, p. 10).

419. Segundo o MTPA, em alguns casos, quando assim se impuserem as circunstâncias supervenientes, a substituição da área original por outra com características equivalentes, a fim de que o arrendatário dê continuidade à operação portuária contratualmente definida, não deveria ser tomada como uma descaracterização do objeto do contrato.

420. Aduz que, permanecendo o entendimento de que a substituição de área seria um procedimento ilegal, a Administração poderia ser obrigada a conviver com um contrato de arrendamento portuário ineficiente, ao invés da possibilidade de substituição da área, teria que encampar instalações e realizar nova licitação, com enormes custos de transação (peça 33, p. 10). Segundo o MTPA, a substituição de área encontraria amparo constitucional no princípio da eficiência e na característica de mutabilidade que é própria dos contratos de concessão.

421. Em relação às normas do Decreto 9.048/2017 que autorizam a rescisão do contrato quando o arrendatário não concordar com a substituição proposta pela Administração Pública, defende que não houve criação de uma nova hipótese de rescisão contratual, mas que se trataria apenas de uma hipótese de rescisão amigável. Entende que a doutrina reconhece a possibilidade de rescisão amigável e cita jurisprudência do STF que, em sua visão, também admitiria tal modalidade (peça 33, p. 11).

422. Por fim, o documento traz a afirmação de que não há extrapolação do poder regulamentar porque a mutabilidade dos contratos administrativos é admitida pela legislação. Não teria, portanto, o Decreto 9.048/2017 criado a possibilidade de substituição de área arrendada, pois tal alternativa já seria decorrente dessa característica de mutabilidade.

423. Em manifestação posterior, encaminhada por meio do Ofício 20/2018/AECI, de 31/1/2018, em resposta à oitiva promovida pelo TCU, o MTPA junta aos autos manifestações da Secretaria Nacional de Portos (SNP/MTPA), por meio do Memorando 260/2018/DOUP/SNP, que, em relação à questão da substituição de área arrendada, manifesta-se no sentido de que a substituição de área não seria inovação de conceito e de possibilidade na legislação portuária, vez que a Lei 12.815/2013 já agasalha dispositivo em que traz a previsibilidade da ampliação de área contratual.

424. Cita experiência do MTPA em visita ao porto de Roterdã, onde se apresentou um caso concreto de substituição de área em que houve ganho operacional para o porto e satisfação do interesse público, ao se realizar a substituição de áreas (peça 45, p. 17).

425. No citado Memorando 260/2018/DOUP/SNP, a Secretaria Nacional de Portos ainda alude a trechos do Parecer 040/2017/CONJUR-MT/CGU/AGU, que defende a possibilidade jurídica de investimentos em área comum. Sustenta também que, de acordo com o Acórdão 1.514/2013-TCU-Plenário, a licitação não é um fim em si mesmo e deve ser dado espaço discricionário à Administração quando exigidos pela governança ou pelas condições intrínsecas da atividade, requerendo a implementação de instrumentos de controle por princípios e pela razoabilidade (peça 45, p. 18).

426. Também no mesmo Memorando, a Secretaria Nacional de Portos/MTPA destaca que:  
(...) a longa vigência contratual dos arrendamentos portuários traz a necessidade de mutabilidade sem que haja alteração do objeto, visto ser a área cláusula essencial porém não inclusa no objeto dos contratos de arrendamento, já sua mutabilidade está subordinada às necessidades operacionais, técnicas e mercadológicas que são fatores que impactam a viabilidade econômica dos empreendimentos, em que o Poder Público aufere parte da rentabilidade e que, portanto, sempre que um dos três fatores impactantes se demonstrar inviabilizado de forma direta é o erário público atingido de forma proporcional (peça 45, p. 17).

### III.2. Análise da SeinfraPortoFerrovia

427. A questão ora analisada se refere à previsão na norma infralegal veiculada pelo Decreto 9.048/2017, que incluiu o art. 24-A no Decreto 8.033/2013, para instituir a hipótese de substituição de

área objeto de contrato de arrendamento por outra área ainda não arrendada dentro do mesmo porto organizado.

428. A norma em comento prevê o seguinte:

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)

429. Com base no dispositivo em apreço, o MTPA formulou uma minuta padrão de termos aditivos para adaptar contratos de arrendamento portuário vigentes, que passarão a conter a seguinte cláusula (peça 22, p. 34):

#### 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 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

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

430. Antes de se proceder à análise dos argumentos aduzidos pela Casa Civil/PR e pelo MTPA, são necessárias algumas considerações acerca das diferentes figuras jurídicas associadas à expressão “substituição de área” e que podem ser extraídas do texto do Decreto.

431. O inciso I do art. 24-A do Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017, traz duas situações em que se admite a substituição da área original do arrendamento: quando a medida

trouzer comprovadamente ganhos operacionais à atividade portuária; ou quando houver empecilho superveniente à exploração da área original.

432. Essa diferenciação foi delineada pelo Parecer 20/2017/Conjur-MT/CGU/AGU, de 20/1/2017 (peça 50, p. 64-101), pelo qual o órgão setorial da AGU analisou uma das minutas de normativo destinado a efetuar modificações no Decreto 8.033/2013.

433. É fato que a expressão “substituição de área” trazida pelo art. 24-A da norma infralegal assume duas diferentes figuras jurídicas. A primeira delas, disposta na primeira parte do inciso I do art. 24-A do Decreto 8.033/2013, associa-se a instrumento de planejamento e gestão de áreas portuárias. A segunda parte do inciso I, por seu turno, pode estar associada à possibilidade de alteração contratual diante da superveniência de fato novo.

434. Tratam-se, assim, de figuras jurídicas diversas, cabendo-lhes análise em separado. Assim, na subseção seguinte, será feita a análise da primeira parte do inciso I do art. 24-A do Decreto 8.033/2013, que traz a possibilidade de substituição de áreas como instrumento de gestão de áreas no porto organizado.

### III.2.1. Substituição de área como instrumento de gestão de áreas no porto organizado

435. O inciso I do art. 24-A do Decreto 8.033/2013 traz, em sua primeira parte, a substituição de áreas como instrumento de planejamento e gestão portuária:

Art. 24-A. A área dos arrendamentos portuários poderá ser substituída (...), 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

436. Para essa hipótese de aplicação, tanto a Casa Civil/PR quanto o MTPA trouxeram argumentos destinados a defender a juridicidade do instituto da substituição de áreas como instrumento de gestão do porto organizado.

437. Antes mesmo da edição do Decreto 9.048/2017, por meio de pareceres jurídicos e registros feitos no Relatório Final do Grupo de Trabalho Portos, considerações foram apresentadas acerca da possibilidade de a norma que viria a alterar o Decreto 8.033/2013 dispor sobre a substituição de áreas como instrumento de gestão de áreas no porto público.

438. Ainda nas iniciais discussões sobre a redação do novo normativo, já se sinalizava a possibilidade de “realocação de arrendamento” (peça 49, p. 25), como um dispositivo que seria capaz de favorecer a autoridade portuária em relação ao planejamento, “possibilitando maior flexibilidade e ganho operacional no uso da área pública”. Ou seja, desde o início das discussões sobre o texto da norma infralegal, já se lhe conferia a destinação como instrumento de planejamento e gestão de áreas arrendadas no porto organizado.

439. O Parecer SAJ 34/2017, que embasa formal e juridicamente o Decreto 9.048/2017, também discorre na linha de que a substituição de áreas prevista na norma constitui ferramenta institucional de gestão do Poder Concedente (peça 54, p. 20):

A possibilidade jurídica de comutação de áreas com vistas a melhorar a operação portuária e a garantir que eventuais empecilhos supervenientes não embarquem ou impeçam a continuidade do serviço portuário é **medida que privilegiaria o aspecto funcional da exploração de áreas e instalações portuárias, que, enquanto competência pública, é tarefa irrenunciável, de exercício obrigatório.**

Por isso mesmo, considerando que exploração portuária submete-se ao princípio da eficiência e exige, nessa medida, que a legislação infraconstitucional e sua interpretação confirmem máxima eficácia ao seu mandamento jurídico, a proposta de dispositivo ostenta viabilidade jurídica.

Adicionalmente, essa possibilidade jurídica de substituição de áreas sob arrendamento, no âmbito de um mesmo porto organizado, **conferiria ferramenta institucional de gestão ao Poder Concedente,**

o qual, em atenção aos imperativos sociais, aos interesses locais e às inovações de tecnologia e de gestão portuária, teria em seu favor instrumento para realizar alocação de novas áreas à finalidade precípua, que é, como visto, a continuidade do serviço portuário.

Desse modo, procede-se à acomodação de vínculos contratuais em curso sem que se prejudique a higidez dos contratos administrativos vigentes, a expectativa daqueles licitantes que concorrem pelas áreas originalmente ocupadas ou os legítimos interesses dos consumidores finais.

440. Em manifestação juntada aos autos em 26/12/2017 (peça 31, p. 45), a Casa Civil/PR afirma, adicionalmente, que:

O exame da redação do art. 24-A não leva a outra conclusão: **busca-se conferir mais um instrumento de concretização do plano de desenvolvimento e zoneamento do porto ante aos imperativos de incremento de eficiência portuária** e, ainda, frente a possibilidades de sobrevirem empecilhos à exploração da área física inicialmente dada em arrendamento. Daí porque a iniciativa do pleito de substituição pode surgir tanto do próprio arrendatário quanto da Administração Portuária.

(...)

Quanto à substituição de áreas arrendadas por áreas não arrendadas, cuida-se de **instrumento de gestão** conferido tanto aos arrendatários quanto à própria Autoridade Portuária com vistas a **permitir maior dinamismo e maleabilidade ao planejamento portuário**, com capacidade de responder de modo mais adequado aos imperativos não só operacionais, mas também ambientais e sociais que envolvem a atividade portuária.

441. Inquestionável, portanto, que o motivo justificador do art. 24-A acrescido ao Decreto 8.033/2013 pelo Decreto 9.048/2017 é a instituição de nova ferramenta institucional para gestão de áreas no porto público organizado, o que indubitavelmente é tarefa do poder público.

442. Na instrução feita em sede de análise sumária por esta Unidade Técnica (peça 25), foram apontados indícios de extrapolação ao poder regulamentar e também de afronta ao dever de licitar previsto constitucionalmente no art. 175, *caput*, da Carta Magna. Assim, a presente análise será dividida para abordar os dois indícios, além de examinar os argumentos apresentados pela Casa Civil/PR e pelo MTPA.

### III.2.1.1. Considerações iniciais sobre a extrapolação do poder regulamentar

443. O art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, ao delimitar o poder regulamentar de que dispõe o chefe do Poder Executivo, limita-o a promover a fiel execução da lei:

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;

444. O mandamento constitucional contempla a competência do Presidente da República para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Trata-se, assim, de competência para edição de atos normativos secundários, que não podem, portanto, inovar no ordenamento jurídico, criando direitos e/ou obrigações. A exceção, segundo a doutrina majoritária, seria a edição de decretos para organizar e disciplinar o funcionamento da Administração Pública federal, conforme hipótese prevista no inciso VI do art. 84 da CF/1988.

445. É importante destacar igualmente que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da finalidade do poder regulamentar de que dispõe o chefe do Poder Executivo. Vejamos:

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.]

446. O art. 84 da Carta Magna, ao passo que enumera competências privativas do chefe do Poder Executivo, em função do seu poder de regulamentar as leis, preserva e garante a obediência ao corolário princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, que preconiza que apenas as leis, organicamente consideradas, podem delinear o perfil dos direitos e das obrigações, elastecendo ou reduzindo o seu conteúdo.

447. Sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho teceu os seguintes comentários (*in* Manual de Direito Administrativo, 2009, p. 59-60):

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.

448. É importante salientar que o **princípio da legalidade, na seara do direito administrativo, preconiza que o administrador público só pode fazer o que a lei autoriza**. Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos ou criar obrigações de qualquer espécie sem a devida previsão contemplada em lei em sentido formal.

### III.2.1.2. Diferença entre expansão e substituição da área de arrendamento portuário

449. Para analisar a diferença entre ambos os institutos (expansão e substituição), é preciso buscar a compreensão da natureza e da essência de um arrendamento portuário, para fins de se delimitar o alcance desse conceito de serviço público. Nesse sentido, é importante lembrar que a Constituição Federal, ao tratar de regime portuário, outorgou competência privativa à União para legislar sobre regime portuário, criando, assim, uma hipótese de reserva legal absoluta, vedando, portanto, a criação de novos institutos jurídicos por norma infralegal.

450. Nesse contexto, o tratamento conferido à exploração de infraestrutura de portos públicos e de arrendamento de terminais portuários deve obedecer aos regimes constitucional e legal conferidos aos serviços públicos, que têm o marco regulatório balizado pelo art. 175 da Constituição Federal e pela Lei de Concessões (Lei 8.987/1995).

451. No caso do setor portuário, deve-se atentar também para a Lei 12.815/2013, que abrange regras típicas da concessão de serviços públicos, sejam elas relativas aos padrões de qualidade e de metas

do serviço (art. 5º, incisos II e III), aos direitos e deveres dos usuários (art. 5º, inciso VI), à responsabilidade das partes (art. 5º, inciso VII) e à reversibilidade dos bens (artigo 5º, inciso VIII).

452. Todavia, para tanto, é importante mencionar que os particulares arrendatários de parcela dos bens que integram o porto prestam um serviço (têm obrigações de fazer) sem esquecer de elemento intrínseco desse contrato, que é a área arrendada, que é tão relevante para a caracterização do arrendamento que é elevada à condição de cláusula essencial do contrato pela Lei de Portos (Lei 12.815/2013). Vejamos:

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

I - ao objeto, à área e ao prazo;

453. A fim de compreender a natureza da figura do arrendamento portuário, Alice Gonzales Borges (1997) sustenta que o arrendamento conjuga aspectos da concessão de uso de bem público e da concessão de serviço público:

Dentro da estrutura deste 'novo' arrendamento encontramos as naturezas jurídicas de concessão remunerada de uso de bem público imóvel; de concessão do serviço público, quanto às operações portuárias; e concessão de obra pública (concessão de serviço precedida da construção de obra pública, conforme denominação utilizada na Lei nº 8.987/95). (Instalações Portuárias - Contrato de Arrendamento, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Editora Renovar, outubro a dezembro de 1997, volume 210, p. 337)

454. Sob essa visão, depreende-se que o arrendamento portuário é um contrato de concessão misto, que envolve não apenas a prestação de serviço, mas também elementos de concessão de uso de bem público, representados pela área definida e sua eventual infraestrutura. Reconhece-se, portanto, que a exploração dos portos trata de serviço público, que consiste na exploração de uma infraestrutura acoplada com a entrega de serviços, como descarregamento e armazenamento de cargas e embarque e desembarque de passageiros.

455. É de se observar que a nova Lei dos Portos nada dispõe acerca da substituição de áreas de contratos de arrendamentos portuários. Dito diploma legal 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 nos seus art. 3º, inciso I, e art. 5º, inciso IX, da Lei 12.815/ 2013:

Art. 3º A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes:

I - expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias;

(...)

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;

456. A partir da leitura das normas acima, verifica-se que a lei prevê expressamente a possibilidade de suplementação, alteração e expansão da atividade, com base na diretriz também expressa de expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram as instalações portuárias.

457. Assim, não procede o argumento do MTPA de que se a Lei 12.815/2013 autoriza até mesmo a ampliação da área arrendada, a mesma justificativa poderia se aplicar ao caso da substituição área original.

458. A Lei dos Portos criou e, portanto, autorizou a utilização do instituto da expansão de área arrendada, condicionando que tal expansão seja feita para área contígua dentro da poligonal do porto organizado, quando a medida trouxer comprovadamente ganhos de eficiência. Vejamos:

Art. 6º Nas licitações dos contratos de concessão e arrendamento, serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, na forma do regulamento.

(...)

§6º O poder concedente poderá autorizar, mediante requerimento do arrendatário, na forma do regulamento, expansão da área arrendada para área contígua dentro da poligonal do porto organizado, sempre que a medida trouxer comprovadamente eficiência na operação portuária.

459. Em consequência, é a Lei que prevê a possibilidade jurídica de alteração da área arrendada para nela promover expansões, delimitando também os contornos e condições necessárias para tal alteração.

460. O mesmo não pode se dizer do instituto da substituição de área como instrumento de gestão de áreas no porto organizado, que não encontra previsão legal. Dessa forma, a regra contida na primeira parte do inciso I, do art. 24-A do Decreto 8.033/2013, incluído pelo Decreto 9.048/2017, ao invés de regulamentar disposições legais, verdadeiramente cria um instituto novo não previsto na legislação, extrapolando os ditames da lei regulamentada (Lei 12.815/2013).

461. Por se tratar de um instrumento inovador sustentado em um instituto jurídico novo, previsto no Decreto 9.048/2017, que extrapola os ditames legais, esvazia-se sua legitimidade como um instrumento de concretização do plano de desenvolvimento e zoneamento do porto e de gestão portuária, diferentemente do que defende a Casa Civil da Presidência da República.

462. Constata-se, também, que a substituição de áreas como instrumento de gestão portuária não se confunde com a possibilidade de expansão e/ou unificação de áreas já arrendadas dentro do porto organizado. Nesses casos, a expansão, além de estar prevista em lei, tem correlação direta com a prestação do serviço de maneira adequada e permite o aproveitamento de área conexa ao terminal arrendado, quando comprovadamente trouxer ganhos de eficiência para a operação portuária.

463. Portanto, conclui-se que **o Decreto 9.048/2017, ao incluir o art. 24-A, inciso I, no Decreto 8.033/2013, criando instituto não previsto em lei, qual seja, a substituição de áreas arrendadas como instrumento de gestão do porto organizado, extrapolou os ditames da lei regulamentada (Lei 12.815/2013).**

### III.2.1.3. Afronta ao dever de licitar

464. Ainda que se queira argumentar que não há necessidade de previsão legal para a instituição da substituição de áreas como ferramenta de gestão do porto organizado, foi verificado em instrução pretérita (peça 25) desta Unidade Técnica a presença de outro indício de ilegalidade no texto do art. 24-A do Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017, haja vista que o dispositivo não contempla qualquer requisito ou mecanismo capaz de resguardar o cumprimento do dever de licitar previsto constitucionalmente.

465. A exploração dos portos obedece à disciplina dos contratos de concessões e de arrendamentos portuários e às regras atinentes ao regime jurídico das concessões de serviços públicos no Brasil, que prevê que a delegação da prestação de serviço público a um particular deve ser feita na forma da lei e sempre por licitação, para permitir a obtenção de eficiência por meio da competição entre os interessados. Somente dessa forma, poderá a administração selecionar a proposta mais vantajosa para a exploração daquela determinada área do porto organizado.

466. Além disso, não se observam na fundamentação do Decreto 9.048/2017 considerações acerca do dever de licitar ou ainda a previsão de mecanismos de comprovação da inviabilidade de licitação da área que se pretende substituir.

467. Com efeito, a questão da inviabilidade de licitação não foi enfrentada pela Nota SAJ 34/2017 e não há no citado art. 24-A do Decreto 8.033/2013, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto 9.048/2017, nenhum instrumento que busque preservar o dever de licitação. Cabe destacar que a realização de consultas públicas, para o presente caso, não serve de mecanismo de constatação da inviabilidade de licitação, eis que a própria Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República afirma que tais consultas se destinam a verificar os impactos da substituição de áreas sobre o bem-estar da população.

468. Ocorre que, no caso de arrendamento portuário, temos um serviço público e se aplica o entendimento do Acórdão 2.896/2009-TCU-Plenário, que faz ampla manifestação a respeito da necessidade de realização de procedimento licitatório para a disponibilização de áreas operacionais nos portos. O advento da Nova Lei de Portos, Lei 12.815/2013, não alterou essa exigência.

469. O que se evidencia, no caso concreto, é que a criação de um instituto de substituição da área arrendada por outra, como instrumento de gestão portuária, a critério do poder concedente, ainda que ouvida a Administração Portuária, além de extrapolar os ditames da lei regulamentada, afronta o dever de licitar previsto no art. 4º da Lei 12.815/2013:

Art. 4º 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.

470. Ainda que instrumento de substituição de áreas estivesse à disposição do administrador público em razão de hipotética previsão legal, a aplicação do art. 24-A sem a adoção prévia de mecanismos capazes de resguardar o art. 4º da Lei 12.815/2013 pode ensejar burla à licitação. Isso porque o comando legal requer a prévia demonstração de que não seria viável licitar a área destinatária de forma autônoma.

471. Diante do exposto, com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 251 do RITCU, entende-se necessário **determinar à Casa Civil da Presidência da República e ao MTPA que, no prazo de 15 dias, adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei em razão da falta de previsão legal para o uso do instituto de substituição de área arrendada, previsto no art. 24-A, inciso I, do Decreto 8.033/2013, como instrumento de gestão de áreas do porto organizado, bem como do risco de infringência ao disposto no art. 4º da Lei 12.815/2013.**

### III.2.2. Substituição de área como consectário da mutabilidade dos contratos

472. Como visto, o inciso I do art. 24-A do Decreto 8.033/2013 traz duas situações em que se admite a substituição da área original do arrendamento: quando a medida trouxer comprovadamente ganhos operacionais à atividade portuária; ou quando houver empecilho superveniente à exploração da área original. Neste caso, falta clareza ao dispositivo em razão da abrangência da expressão “empecilho superveniente” e da ausência, por ora, de regulamentação mais específica:

Art. 24-A. A área dos arrendamentos portuários poderá ser substituída (...), 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

473. Apesar da falta de clareza e do caráter genérico do dispositivo, uma leitura possível seria associada à substituição de área arrendada como consequência da característica de mutabilidade inerente aos contratos de arrendamento portuário.

474. Em resposta às oitivas realizadas, o MTPA trouxe aos autos parecer de órgão setorial da AGU (peça 33) e documento da Secretaria Nacional de Portos (peça 45) que defendem ser fundamental

que os contratos de arrendamento possam ser alterados ao longo das décadas e que a possibilidade de substituição da área arrendada decorreria da própria característica da mutabilidade dos contratos administrativos.

475. Tal hipótese já havia sido considerada em análise efetuada pela Conjur/MTPA antes da edição do Decreto 9.048/2017. Na ocasião, analisou-se, por meio do Parecer 20/2017/Conjur-MT/CGU/AGU, de 20/1/2017 (peça 50, p. 64-101), uma das minutas do normativo que viria a efetuar modificações no Decreto 8.033/2013.

476. A hipótese de substituição de área em razão de empecilho superveniente, segundo o Parecer, seria admissível em razão da característica de mutabilidade dos contratos administrativos de longo prazo. Segundo o órgão da AGU:

É importante acrescentar que, tendo em vista o vulto dos investimentos que normalmente são demandados dos prestadores do serviço, os arrendamentos portuários costumam ser contratos de longo prazo, podendo se estender por até vinte e cinco anos, prorrogáveis por igual prazo (art. 19 do Decreto nº 8.033, de 2013). Por isso, é importante uma maior flexibilidade para permitir adaptações às circunstâncias supervenientes. Daí porque os limites à alterabilidade de tais contratos administrativos devem ser interpretados com maior ponderação, considerando a necessidade de garantir, ao longo de muitos anos, a continuidade da prestação do serviço público de uma forma adequada, eficiente e segura. Isso se reflete no disposto no inciso IX do art. 5º da Lei nº 12.815, de 2013:

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;

De tudo isso concluo que, em alguns casos, quando assim impuserem as circunstâncias supervenientes, **a substituição da área original do arrendamento por outra com características equivalentes, a fim de que o arrendatário dê continuidade à operação portuária tal como foi definida contratualmente, não deveria ser tomada necessariamente como uma “descaracterização do objeto do contrato”**. Conforme consta do relatório do Acórdão nº 2896/2009-Plenário/TCU, o objeto do contrato de arrendamento é o resultado do negócio como um todo e não apenas a disponibilização de uma área específica ao arrendatário. (grifo nosso)

477. De fato, a mutabilidade dos contratos de arrendamento portuária tem proximidade intrínseca com os princípios da atualidade, da eficiência e da continuidade do serviço público, elementos constantes do conceito de serviço adequado previsto no art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei 8.987/1995, conforme já tratado na presente instrução.

478. O entendimento é pacífico inclusive no TCU. Nesse sentido, o Acórdão 738/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues:

Uma das características mais marcantes dos contratos administrativos é a possibilidade de alteração do seu objeto ou as condições da sua execução, para realizar da melhor forma possível o interesse público que motivou sua celebração. Todavia, essa mutabilidade não é absoluta. Não se pode desprezar o interesse público que motivou sua celebração, muito menos desvirtuá-lo, a ponto de nele já não se reconhecer o que fora originalmente licitado.

479. Assim, conforme já amplamente exposto nas subseções I.4.2.3 a I.4.2.6, a ocorrência de fatos posteriores e imprevisíveis à época da contratação (ou fatos previsíveis, mas de consequências incalculáveis) pode modificar a situação contratada inicialmente. Portanto, tornariam a execução contratual nessa nova realidade inadequada ao objetivo desejado pela Administração Pública com a contratação original.

480. Esse contexto pode dar ensejo a modificações no contrato, cabendo ao administrador público justificar de maneira explícita porque considera necessária determinada alteração, em comparação a

outras possíveis para o caso concreto. Nessa linha, cite-se mais uma vez o Acórdão 774/2016-TCU-Plenário:

Cabe ressaltar que a revisão contratual para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deve estar adstrita à materialização de risco previamente assumido pelo poder concedente no contrato de arrendamento ou, subsidiariamente, à comprovação de ocorrência de caso fortuito ou de força maior, fato do príncipe, fato imprevisível ou fato previsível, mas de consequências incalculáveis, conforme art. 65, inciso II, alínea 'd', da Lei 8.666/1993, situações que excluem o regular exercício de polícia administrativa por parte do Poder Público e os riscos de projeto passíveis de mensuração e precificação por parte do arrendatário.

481. Além da necessidade de se demonstrar a legitimidade do fato gerador para fins de recomposição, também seria necessária a comprovação de que a substituição é a melhor ou a única alternativa, com vistas ao atendimento do interesse público.

482. Ademais, cabe destacar que a área arrendada é elemento decisivo na escolha e na valoração feita pelos interessados e participantes do certame para disputar o direito de explorar o serviço naquela área específica.

483. Isso porque, ao participar da licitação o interessado realizará sua análise de viabilidade e consequentemente ofertará os seus lances em virtude das características da área em questão, o que é influenciado por fatores como benfeitorias e obstáculos existentes, facilidade de acesso, terminais lindeiros (parceiros e/ou concorrentes), perspectivas de expansão, produtividade, atingimento de metas, prazos para alcance de determinados níveis de serviço, entre outros aspectos, colocando em jogo tanto a sua rentabilidade enquanto operador portuário, como a sua regularidade enquanto cumpridor de regras de cunho regulatório.

484. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório há, portanto, que ser considerado no exame de cada caso concreto em que seja necessária a recomposição do equilíbrio do contrato, podendo ser preterido em favor de outros princípios **apenas em situações excepcionais e de forma justificada**.

485. Em se tratando de atividade econômica de movimentação portuária, concedida sob a forma de serviço público, ao contrário do que informa a Nota SAJ 34/2017 (peça 54), deve ser vista com ressalvas a afirmação de que o terreno no qual será realizado o arrendamento portuário constitui algo fungível, que pode ser substituído sem que se alterem os custos e potenciais remuneratórios inerentes à atividade que será exercida.

486. Destaque-se que este Tribunal já enfrentou caso concreto referente à possibilidade de permuta de áreas objeto de arrendamentos portuários, tendo se posicionado no sentido de que a mutabilidade do contrato de arrendamento portuário é a mesma que marca todo o gênero de contrato administrativo e de que as alterações unilaterais ou bilaterais nos contratos administrativos não podem desvirtuar o objeto contratual de forma a descaracterizar aquilo que fora licitado (Acórdão 3.331/2015-TCU-Plenário, relatoria da Ministra Ana Arraes).

487. Em análise de caso específico relativo ao terminal da Tecondi (atualmente denominada Ecoporto), no Porto de Santos, o Tribunal ressaltou que a permuta da área de arrendamento ocasionou alteração de objeto e gerou prejuízo aos princípios da isonomia, da ampla competitividade, do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório (Acórdão 1.972/2012-TCU-Plenário, relatoria do Ministro Aroldo Cedraz).

488. Feitas essas ressalvas, pode-se concluir que, embora a delimitação da área seja elemento essencial nos contratos de arrendamento portuário, em casos excepcionais, como consequência da característica de mutabilidade desses contratos, a melhor entre outras alternativas possíveis para a consecução do interesse público pode ser a substituição de área. Essa decisão, no entanto, deve ser feita de maneira explicitamente justificada, consideradas as peculiaridades do caso concreto.

489. Portanto, uma vez demonstrado explicitamente que se trata da melhor solução para o atendimento ao interesse público, diante da ocorrência de fato posterior e imprevisível à época da contratação, não alocado como risco da arrendatária, pode ser justificável a realocação ou a substituição de áreas, no caso concreto.

490. Ressalta-se que, no caso de substituição de área como consequência da característica de mutabilidade do contrato, será necessária a análise acerca da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Além disso, não é demasiado repisar que essa mutabilidade não é absoluta, pois não se pode desprezar, de antemão, os princípios que regem os contratos de arrendamento portuário.

491. Na subseção anterior, concluiu-se pela falta de previsão legal para a adoção da substituição de área arrendada como instrumento de gestão e planejamento do porto organizado. **Isso não significa, contudo, a sua interdição de seu uso como consectário da característica de mutabilidade dos contratos de arrendamento portuário.** Para esses casos, a substituição de áreas sequer necessitaria de previsão em decreto ou da adaptação aos contratos vigentes, pois é decorrente da aplicação, ao caso concreto, dos princípios que regem essas avenças.

492. Afora a hipótese destacada no parágrafo anterior, não se vislumbram, neste momento, as situações e condições nas quais poderá ser aplicada a parte final do inciso I do art. 24-A do Decreto 8.033/2013, mesmo consultando-se a motivação acostada aos autos:

Art. 24-A. A área dos arrendamentos portuários poderá ser substituída (...), 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 (...)

493. Por meio do Ofício 38/2018/GM/MTPA, de 19/6/2018 (peça 62, p. 9), o MTPA esclarece que “empecilho superveniente” seria a vedação ao uso da área pelo arrendatário para os fins definidos no contrato de arrendamento por motivo posterior à sua celebração ou ainda a situação em que, por alteração das circunstâncias táticas, a exploração do empreendimento no local original viera tornar-se inviável, seja econômica, técnica ou operacionalmente. A partir dessa conceituação, apresentada posteriormente, pode-se interpretar que a substituição de área seria usada apenas como resultante da aplicação da característica de mutabilidade dos contratos de arrendamento portuário.

494. Diante disso, nos termos dos arts. 241 e 242 do Regimento Interno do TCU, as próximas etapas deste processo de acompanhamento serão relevantes para melhor entendimento quanto ao uso da substituição de áreas como consectária da característica de mutabilidade dos contratos, seja por meio de sua regulamentação, seja pela aplicação direta dos princípios cabíveis ao caso concreto em razão da ocorrência de fato superveniente.

495. Por fim, foi noticiada pelo MTPA (peça 32) a existência de uma única solicitação de substituição de área, feita pela empresa Ecoporto, com investimentos estimados em R\$ 142,2 milhões e aumento do prazo do contrato para 2048.

496. É importante destacar que o TCU já julgou representação acerca de irregularidades em caso de substituição de áreas arrendadas que foram objeto do contrato PRES/028.1998, firmado em 12/6/1998, entre a Companhia Docas do Estado de São Paulo – Codesp e a empresa Terminal para Contêineres da Margem Direita S.A – Tecondi (atualmente denominada Ecoporto). Nos termos do Acórdão 1.972/2012-Plenário, dadas as particularidades daquele caso concreto, o Tribunal decidiu, entre outras medidas, determinar à Codesp que se abstenha de conceder novas áreas à empresa em substituição das áreas originalmente concedidas e reconheceu como ilegal a substituição da área originalmente prevista sem observância ao devido procedimento licitatório.

### III.2.3. Outras considerações

497. Em relação à afirmação trazida pela Casa Civil da Presidência da República de que seria mais benéfico ao interesse público que, no caso do Porto de Santos, os terminais fossem realocados para

o início do canal, devido aos altos custos de dragagem nos trechos à montante, verifica-se que não foram apresentados estudos ou justificativas que permitam afirmar o que é mais benéfico ao interesse público no caso de substituição de áreas. Além de não existir a previsão legal para o instituto da substituição de áreas como ferramenta de gestão portuária, cabe destacar que a localização do terminal é considerada e devidamente precificada pelos licitantes quando da apresentação das propostas pelo arrendamento.

498. Com relação ao argumento da Secretaria Nacional de Portos apresentado no Memorando 260/2018/DOUP/SNP (peça 45, p. 12-21), destaque-se que os trechos do Parecer 40/2017/CONJUR-MT/CGU/AGU não tratam de substituição de área, mas sim de possibilidade jurídica de investimentos em área comum, o que faz com que as premissas ali expostas não sejam aplicáveis à presente análise.

499. Também cabe esclarecer que o entendimento exposto no Acórdão 1.514/2013-TCU-Plenário não se aplica ao presente caso, posto que o Acórdão em questão analisou supostas irregularidades em celebração de contrato de uso temporário de bem público sem licitação, que difere dos contratos de concessão, permissão, autorização e arrendamento portuário. Tratava-se naquele Acórdão da análise de prática comum na vigência da Lei 8.630/1993, materializada no contrato de uso temporário, que não estava previsto na anterior Lei de Portos e que também não tem previsão na Lei 12.815/2013. Dada sua natureza distinta do arrendamento (o uso temporário caracteriza-se pela exploração de área por empresa e para as suas específicas atividades empresariais), trata-se de atividade econômica de uso de bem público e não de serviço público.

## CONCLUSÃO

500. O presente trabalho iniciou-se por proposta desta SeinfraPortoFerrovia, com vistas ao acompanhamento da aplicação, pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e pela Antaq, dos dispositivos instituídos pelo Decreto 9.048/2017. Buscava-se também, na oportunidade, analisar os fundamentos que justificaram a adoção das inovações normativas, as premissas técnicas e jurídicas que fomentaram as discussões e as análises que embasaram a redação final do novo Decreto.

501. Conforme se extrai da documentação acostada a estes autos, o Decreto 9.048/2017 decorre de discussão ampla, que envolveu atores públicos e privados atuantes no setor portuário, conduzida principalmente por Grupo de Trabalho estabelecido pela Portaria GM/MTPA 435/2016. O grupo teve como objetivo propor ao Governo Federal novos procedimentos ou adequações que permitissem fomentar a exploração das atividades portuárias previstas na Lei 12.815/2013. Essa iniciativa partiu da percepção quanto à necessidade de se adotar medidas que pudessem destravar e desburocratizar a realização de investimentos nas estruturas portuárias. Na condução de seus trabalhos, o Grupo recebeu contribuições das entidades privadas representativas do setor portuário.

502. Ao final, como resultado das discussões técnicas promovidas pelo Grupo de Trabalho, foi formulada minuta de decreto, posteriormente encaminhada à Casa Civil da Presidência da República, com o entendimento de que o novo normativo poderia contribuir para destravar investimentos e aumentar a eficiência das operações portuárias, conferindo maior segurança jurídica e reduzindo riscos para esses investimentos.

503. Identifica-se como boa prática a formalização e a transparência conferidas às discussões técnicas havidas no âmbito do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria GM 435/2016. Contribuições recebidas do setor privado foram analisadas de maneira bem documentada e relatórios técnicos e jurídicos foram produzidos no curso dos trabalhos, avaliando cada aspecto e indicando possíveis melhorias, que foram sendo implementadas conforme as discussões se desenvolviam. Em momentos posteriores à conclusão das atividades incumbidas ao Grupo de Trabalho, registros foram feitos quanto a discussões e reuniões ocorridas no âmbito da Casa Civil da Presidência da República.

504. É legítima a preocupação do Poder Executivo quanto à necessidade de fomentar os investimentos e dar eficiência à exploração das atividades portuárias, conferindo maior dinamismo à

aplicação da Nova Lei de Portos. Também é legítima a preocupação com a adoção de medidas que possam destravar os investimentos no setor, como a simplificação nos processos de outorga, a consolidação de antecipação das prorrogações contratuais, a maior celeridade na ampliação de terminais, entre outras. Tudo isso com vistas a impulsionar novas oportunidades para o aumento da capacidade de movimentação de cargas dos arrendamentos e terminais privados.

505. Como resultado de todo esse processo, o Decreto 9.048/2017 vem ao encontro da necessidade de conferir-se maior dinamismo ao setor portuário, desburocratizando e simplificando alguns processos e investimentos.

506. Das diversas inovações e itens trazidos pelo novo Decreto, que implementou alterações e aperfeiçoou o texto do Decreto 8.033/2013, três aspectos da norma foram objeto de análise por esta Unidade Técnica. (i) adaptação de contratos de arrendamento vigentes para promover-se a ampliação do seu prazo máximo possível (art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017 c/c art. 19 do Decreto 8.033/2013); (ii) possibilidade de realização de investimentos fora da área arrendada com obrigatoriedade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 42-A do Decreto 8.033/2013); e (iii) a possibilidade de substituição de área arrendada (art. 24-A do Decreto 8.033/2013).

507. Em face de compromisso formalmente assumido pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, em 4/1/2018, no sentido de não realizar os atos tendentes à assinatura dos termos aditivos de adaptação contratual até manifestação do TCU, no mérito, quanto à matéria, o Ministro Relator indeferiu cautelar que havia sido inicialmente proposta por esta SeinfraPortoFerrovia. Foram então realizadas as oitivas do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e da Casa Civil da Presidência da República para que apresentassem manifestações acerca dos indícios de irregularidades levantados.

508. A presente instrução teve por escopo, portanto, analisar as respectivas manifestações e os documentos encaminhados pelos gestores, estritamente no que se refere aos indícios de irregularidade apontados inicialmente. Assim, outros dispositivos do Decreto 8.033/2013 alterados pelo Decreto 9.048/2017 não fizeram parte do escopo desta instrução.

509. De início, no presente trabalho, demonstrou-se que a atuação do TCU ocorre em matéria que está inserida no âmbito de sua competência. A natureza jurídica de serviço público atribuída à exploração de portos marítimos, além de atrair a incidência do Direito Administrativo, coloca as questões tratadas nestes autos no âmbito da competência do Tribunal.

510. Os regulamentos emitidos pelo Poder Executivo não podem contrariar nem inovar em relação à lei, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Tais atos normativos se sujeitam ao controle de legalidade, tanto pelo Congresso Nacional – que pode sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa –, como pelo Tribunal de Contas da União, no exercício de sua função fiscalizatória e com respeito aos ditames do art. 70, *caput*, da CF/1988, que confere mandato à Corte de Contas no que tange ao controle de legalidade dos atos da administração direta e indireta.

511. Em relação à possibilidade de adaptação de contratos de arrendamento portuário vigentes para promover-se a ampliação de seu prazo máximo possível, prevista no art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017 c/c art. 19 do Decreto 8.033/2013, constatou-se que os argumentos aduzidos pelos gestores em resposta às oitivas não foram capazes de elidir os indícios de ilegalidade detectados.

512. Ficou demonstrado que a alteração de contratos de arrendamento portuário para incorporar-lhes novas prorrogações ordinárias, ou para alongar aquelas já previstas, com vistas a aumentar seu prazo máximo possível de vigência, é vedada de maneira absoluta pelo ordenamento jurídico, ainda que tal alteração contratual configure-se como expectativa de direito, por afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e ao princípio da isonomia, ambos previstos no art. 14 da Lei 8.987/1995 e no art. 3º da Lei 8.666/1993.

513. Adicionalmente, a aplicação da característica de mutabilidade a contratos de arrendamento portuário exige uma verificação robusta, por meio da ponderação entre diversos princípios e diretrizes do direito das concessões de serviços públicos. A Administração deve observar uma série de cuidados jurídicos e técnicos ao promover alterações nessas avenças. Eventual alteração deve estar devidamente fundamentada com a demonstração de que, para cada caso concreto, trata-se da melhor escolha com vistas ao atendimento do interesse público.

514. No entanto, face à evidência de que não houve uma análise ou demonstração individualizada acerca dos motivos ensejadores da majoração do prazo de vigência máximo possível dos contratos já assinados, concluiu-se que a alteração não foi fundamentada ou condizente com a característica de mutabilidade inerente aos contratos de arrendamento portuário.

515. No que se refere à realização, pelos arrendatários, de investimentos fora da área arrendada, a partir dos elementos trazidos pela Casa Civil/PR e pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, verificou-se que não subsistem os indícios de ilegalidade inicialmente apontados sobre o *caput* do art. 42-A do Decreto 8.033/2013. Apesar da existência de riscos patentes, não se afigura ilegal a previsão, no regulamento, da possibilidade de autorização, pelo poder concedente, com anuência da autoridade portuária, para a realização de investimentos fora da área.

516. Quanto à recomposição da equação econômico-financeira dos contratos diante da realização desses investimentos, prevista no parágrafo único do art. 42-A do Decreto 8.033/2013, entende-se não ser esta a única opção aplicável. A análise quanto ao preenchimento de requisitos legais e regulamentares deve preceder decisão quanto à pertinência ou não de se efetuar a recomposição em razão da realização de investimentos fora da área arrendada, ainda que autorizada pelo poder concedente.

517. Por fim, o inciso I do art. 24-A do Decreto 8.033/2013 traz duas situações em que se admite a substituição da área original do arrendamento: quando a medida trouxer comprovadamente ganhos operacionais à atividade portuária; ou quando houver empecilho superveniente à exploração da área original. Constatou-se que a expressão “substituição de área” trazida pelo art. 24-A da norma infralegal assume duas diferentes figuras jurídicas. A primeira delas, disposta na primeira parte do inciso I do art. 24-A do Decreto 8.033/2013, associa-se a instrumento de planejamento e gestão de áreas portuárias. A segunda parte do inciso I, por seu turno, pode estar associada à possibilidade de alteração contratual diante da superveniência de fato novo.

518. No caso da substituição de áreas como instrumento de gestão portuária, entendeu-se que se trata de um instrumento jurídico novo, previsto no Decreto 9.048/2017, que extrapola os ditames legais, esvaziando-se sua legitimidade como um instrumento de concretização do plano de desenvolvimento e zoneamento do porto e de gestão portuária. Demonstrou-se, ainda, que tal instrumento de gestão portuária não se confunde com a possibilidade de expansão e/ou unificação de áreas já arrendadas dentro do porto organizado.

519. Dessa maneira, o Decreto 9.048/2017, ao criar instituto não previsto em lei, qual seja, a substituição de áreas arrendadas como instrumento de gestão do porto organizado, disposto na primeira parte do inciso I do art. 24-A do Decreto 8.033/2013, extrapolou os ditames da lei regulamentada.

520. Já no que se refere à substituição de áreas em virtude de empecilho superveniente, constatou-se que não há clareza quanto às situações e condições nas quais poderá ser aplicada a parte final do inciso I do art. 24-A do Decreto 8.033/2013. Diante disso, nos termos dos arts. 241 e 242 do Regimento Interno do TCU, as próximas etapas deste processo de acompanhamento serão relevantes para melhor entendimento quanto ao uso da substituição de áreas como consectário da característica de mutabilidade dos contratos, seja por meio de sua regulamentação, seja pela aplicação direta dos princípios cabíveis ao caso concreto em razão da ocorrência de fato superveniente.

521. Diante das conclusões desde Relatório de Acompanhamento, evidencia-se que o Decreto 9.048/2017 contém incompatibilidades relevantes com o arcabouço normativo legalmente instituído. Se

há interesse em se promover medidas voltadas ao fomento de investimentos, à desburocratização da gestão portuária e ao aumento da capacidade de movimentação de cargas nos portos brasileiros, é essencial que tais medidas sejam adotadas em consonância com as leis instituídas e com os princípios que regem os contratos de concessão.

522. A segurança jurídica é o alicerce necessário para que o setor receba os investimentos de que tanto necessita e para que o manejo de áreas portuárias tenha a agilidade adequada às demandas e às suas peculiaridades. O aperfeiçoamento das leis pode, então, ser uma alternativa para que se efetivem algumas das melhorias desejadas para o setor e propostas pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria GM/MTPA 435/2016, o que também viria a favorecer incremento da segurança jurídica.

523. Em razão disso, propõe-se o encaminhamento da deliberação que vier a ser proferida nestes autos, juntamente com relatório e voto condutor, à Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal e à Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados.

524. Por fim, foi acostado aos autos pedido realizado por entidades representativas do setor portuário para ingresso nos autos como interessadas, ou, subsidiariamente, admissão como *amicus curiae* (peça 53). Contudo não ficou caracterizada a possibilidade concreta de lesão a direito subjetivo das arrendatárias, conforme exigido pela jurisprudência majoritária desta Corte para ingresso de terceiros como interessado em processo de controle externo.

525. Tendo em vista que representantes dessas Associações participaram das discussões do Grupo de Trabalho que formulou a minuta do Decreto 9.048/2017, estando seus pontos de vista, pelo menos em certa medida, considerados nos documentos analisados, bem como a extensa discussão ao longo deste processo com os órgãos envolvidos na elaboração da minuta de decreto (Casa Civil da Presidência da República, MTPA e Antaq), considera-se que não existe necessidade de maiores subsídios para que se forme juízo sobre o deslinde da matéria, o que poderia justificar a admissão de *amicus curiae* no processo.

## INFORMAÇÕES ADICIONAIS

526. Na data de 20/6/2018, foi juntado aos autos o Ofício 36/2018/GM/MTPA, de 19 de junho de 2018 (peça 62), que, em breve síntese: (i) reitera solicitação de tratamento prioritário à análise da matéria tratada nos presentes autos; (ii) apresenta esclarecimentos sobre os três pontos abordados por esta Unidade Técnica, em 30/11/2017, ao apontar indícios de ilegalidade no texto do Decreto 9.048/2017; e (iii) informa a intenção de adicionar ao final dos termos aditivos cláusula resolutiva; e (iv) indica soluções provisórias que podem ser tomadas no atual contexto, como o “reequilíbrio a posteriori”.

527. Os esclarecimentos adicionais trazidos em anexo ao ofício, pela Nota Técnica 2/2018/ARGM/GM-MTPA, abordam os temas analisados quanto ao mérito nesta instrução: adaptação de contratos vigentes para promover-se a ampliação do prazo máximo possível do arrendamento; a possibilidade de realização de investimentos fora da área arrendada com obrigatoriedade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato; e a possibilidade de substituição de área arrendada.

528. Analisado o conteúdo da referida Nota Técnica, verifica-se que nela não constam novos elementos capazes de modificar a análise de mérito consubstanciada na presente instrução.

529. Especificamente quanto à realização, pelos arrendatários, de investimentos na infraestrutura comum do porto, o MTPA traz informações complementares acerca de requisitos que pretende adotar para que tais investimentos sejam admitidos. Afirma o MTPA (peça 62, p. 8):

- (i) o investimento já deve estar previsto na carteira de projetos definida no programa de obras, aquisições e melhoramentos da administração do porto; (ii) o investimento deverá trazer ganho operacional ao porto, relacionando-se diretamente ao aumento/manutenção da capacidade ou eficiência das operações; e (iii) o investimento deverá proporcionar alguma vantagem operacional, ainda que indiretamente, ao terminal operado pelo investidor cujo contrato será reequilibrado.

Além disso, tais investimentos passarão por criteriosa análise, inclusive quanto aos custos, como já vem ocorrendo em relação a qualquer novo investimento a ser introduzido nos contratos de arrendamento portuário.

530. Ou seja, tais considerações corroboram à constatação de que relevantes riscos devem ser mitigados anteriormente à utilização do disposto no art. 42-A do Decreto 8.033/2013.

531. Quanto à substituição de áreas, a Nota Técnica busca melhor conceituar a expressão “empecilho superveniente”. Apesar de intempestiva, a informação foi utilizada na análise das oitivas em relação aos indícios detectados no art. 24-A do Decreto 8.033/2013.

532. Em relação ao seu pedido de celebração de termos de adaptação com cláusula resolutiva, informa o MTPA que tal cláusula teria o objetivo de salvaguardar o interesse público, evitando qualquer prejuízo ao erário em razão de adaptações de contratos de arrendamento na forma do art. 2º do Decreto 9.048/2017. Assim, caso tais adaptações venham a ser posteriormente declaradas ilegais pelo TCU, perderiam eficácia as cláusulas que tratam da substituição de área, do investimento na infraestrutura comum do porto e da ampliação do prazo máximo de vigência dos arrendamentos.

533. Especificamente quanto a esse ponto, verifica-se que o MTPA, ao solicitar a possibilidade de celebração de termos aditivos com cláusula resolutiva, sustenta-se na necessidade de encontrar uma solução célere diante das supostas pretensões de realização de investimentos novos em contratos de arrendamento portuário, o que encontra óbice no lapso temporal a ser decorrido até o entendimento final sobre a matéria a ser dado pelo TCU.

534. Na presente instrução, esta Unidade Técnica manifesta-se quanto ao mérito dos três pontos suscitados pelo MTPA. Em razão das análises já efetuadas, entende-se antijurídica a assinatura de aditivos contendo dispositivos ora apontados como ilegais, ainda que adicionada cláusula resolutiva.

535. Por fim, em relação à prorrogação provisória com reequilíbrio *a posteriori*, a referida Nota Técnica 2/2018 fundamenta-se na necessidade de resguardar a possibilidade de obter os benefícios gerados pela adaptação prevista no art. 2º do Decreto 9.048/2017 nos casos de situações excepcionais.

536. Entende que seria importante efetivar a prorrogação dos contratos desde já, deixando para um momento posterior a aprovação de novos investimentos e o necessário reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos casos em que os contratos estão prestes a encerrar sua vigência atual ou ainda casos em que a vigência já se encerrou pouco tempo após a publicação do Decreto 9.048/2017, enquanto não há um pronunciamento do TCU quanto ao mérito da matéria tratada nestes autos.

537. Tal pretensão revela-se em total desacordo com o arcabouço normativo amplamente exposto nesta instrução ao analisar-se a possibilidade de ampliação de prazos máximos em contratos vigentes. A hipótese trazida pela pasta ministerial pela Nota Técnica 2/2018 não se enquadra nas espécies de prorrogação admitidas no ordenamento jurídico ou nos próprios contratos, sendo, portanto, ilegal.

538. Ou seja, não se enquadra uma prorrogação ordinária por não estar prevista em contrato, tampouco configura-se como prorrogação antecipada, tendo em vista que haveria a necessidade de se firmar e analisar previamente compromissos de realização de investimentos novos como condição da prorrogação da vigência contratual. Também não é uma prorrogação com fins de reequilíbrio, porque, segundo entendimento exarado pelo TCU no Acórdão 774/2016-TCU-Plenário, a prorrogação de prazo para fins de reequilíbrio deve ser utilizada apenas em situações excepcionais, quando demonstrada motivadamente a inviabilidade de adoção de outros mecanismos que interfiram na relação entre o poder público e o regulado e, subseqüentemente, de mecanismos que interfiram nos serviços disponibilizados aos usuários.

## PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

539. 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) com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 251 do Regimento Interno do TCU, determinar à Casa Civil da Presidência da República e ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil que, no prazo de 15 dias, adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei em razão da:

I.a) impossibilidade jurídica de alteração de contratos vigentes de arrendamento portuário, prevista no art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017 c/c art. 19 do Decreto 8.033/2013, para incorporar-lhes novas prorrogações ordinárias, ou para alongar aquelas já previstas, de maneira a aumentar o prazo máximo possível dessas avenças, por afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e ao princípio da isonomia, ambos consubstanciados no art. 14 da Lei 8.987/1995 e no art. 3º da Lei 8.666/1993 (parágrafo 291);

I.b) falta de previsão legal para o uso do instituto de substituição de área arrendada, previsto no art. 24-A, inciso I, do Decreto 8.033/2013, como instrumento de gestão de áreas do porto organizado, bem como do risco de infringência ao disposto no art. 4º da Lei 12.815/2013 (parágrafo 471);

II) com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c art. 250, inciso II, do RITCU, determinar ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e à Antaq que:

II.a) em atendimento ao art. 14 da Lei 8.987/1995, ao art. 3º da Lei 8.666/1993 e ao princípio da motivação, previamente à extensão do prazo de vigência máximo originalmente previsto em contratos de arrendamento portuário, demonstre o cumprimento dos seguintes requisitos, cumulativamente, para cada contrato: i) ocorrência de fato superveniente alocado como risco do poder concedente que tenha modificado a situação contratada inicialmente; ii) necessidade de adoção de mecanismo para a recomposição de desequilíbrio econômico-financeiro; iii) demonstração da inviabilidade de utilização de outros mecanismos que interfiram prioritariamente na relação entre o poder público e o particular, e, subsequentemente, nos serviços disponibilizados aos usuários, nos termos do Acórdão 774/2016-TCU-Plenário e do art. 14 da Resolução-Antaq 3.220/2014 (parágrafo 294);

II.b) apresentem ao TCU, no prazo de 30 dias, plano de ação, com indicação de etapas intermediárias, responsáveis e prazos, para o estabelecimento de:

II.b.1) mecanismos de regulação tarifária e contabilidade regulatória destinados eliminar a possibilidade de incremento indevido de custos para os usuários dos serviços portuários, decorrente da aplicação do art. 42-A do Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017, em atendimento aos arts. 11 e 20 da Lei 10.233/2001 e do art. 3º, inciso II, da Lei 12.815/2013 (parágrafo 355);

II.b.2) normas regulatórias que tratem da governança, dos procedimentos e dos aspectos técnico-econômicos a serem considerados na anuência prévia da autoridade portuária e na autorização do poder concedente para a realização de investimentos, pelos arrendatários, na infraestrutura comum do porto organizado, nos termos do art. 42-A do Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017, com vistas a mitigar os riscos apontados pelo Parecer 20/2017/CONJUR-MT/CGU/AGU, de 18/1/2017, e pela Nota SAJ 34/2017, de 9/5/2017 (parágrafo 365);

III) dar ciência ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil que a redação da Cláusula Sexta, parágrafo terceiro, da minuta-padrão de termo aditivo objeto do Parecer 706/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU, ao disciplinar o disposto no art. 42-A do Decreto 8.033/2013, contraria o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira disposto no art. 9º, §§ 2º e 4º, da Lei 8.987/1995 (parágrafo 402);

IV) encaminhar cópia da decisão que vier a ser adotada à Casa Civil da Presidência da República, ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e à Antaq, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico [www.tcu.gov.br/acordaos](http://www.tcu.gov.br/acordaos) e que, caso tenham interesse, o Tribunal pode encaminhar-lhes cópia desses documentos sem quaisquer custos;

V) encaminhar cópia da decisão que vier a ser adotada, juntamente com o relatório e voto, à Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal e à Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados (parágrafo 523);

VI) indeferir o pedido das associações de admissão nos autos como interessadas, ou, subsidiariamente como *amicus curiae*, com o consequente indeferimento do exercício de outras faculdades processuais, como juntada de instrumentos de mandato, vista e cópia integral dos autos e a produção de sustentação oral (parágrafo 60); e

VII) restituir os autos à SeinfraPortoFerrovia para o monitoramento das deliberações e para a continuidade do presente acompanhamento.

SeinfraPortoFerrovia, em 20 de junho de 2018.

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

*(Assinado eletronicamente)*  
José Arthur Bezerra da Silva  
AUFC – Mat. 6546-3

## REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, A. S. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- AZEVEDO, Eurico de A.; ALENCAR; Maria Lúcia M. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Malheiros, 1998
- BARROSO, Luís Roberto. **Alteração dos contratos de concessão rodoviária**. Revista de Direito Público da Economia \_ RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 99129, jul./set.2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37258>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Concessões e Permissões do Serviço Público** - Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 41/2002 | p. 311 - 322 | Out - Dez / 2002, Celso Ribeiro Basto
- BORGES, Alice Gonzales. **Instalações Portuárias – Contrato de Arrendamento**, in Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, out. – dez., 1997
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009
- DALLARI, Adilson Abreu, **Limites à Alterabilidade do contrato de obra pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1995
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Atlas, 2002
- DI PIETRO, M. S. Z. **Parceria na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. **O Estado, a empresa e o contrato**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- IRWIN, T.; KLEIN, M; PERRY, G.E.; THOBANI, M. **Dealing with public risk in private infrastructure: an overview**. In: \_\_\_\_\_. Dealing with public risk in private infrastructure. World Bank Latin American and Caribbean Studies, 1997.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDAdmCont\\_n.23.05.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.23.05.PDF)
- JUSTEN FILHO. Marçal. **Ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, 2016, REDAC VOL.23 (MARÇO-ABRIL 2016), LICITAÇÕES E CONTRATOS.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 8ª Ed., São Paulo: Dialética, 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**, 2009
- MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico financeira dos contratos**, São Paulo: Verbatim, 2011
- MARQUES NETO, Floriano. **Alteração em contrato de concessão rodoviária**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, 2002.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O contrato administrativo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 219.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996

- MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995**. São Paulo: editora Malheiros, 2010.
- MUKAI, Toshio. **Concessão e permissão de serviço público**. Boletim de Direito Administrativo, n. 10, p. 760 e 766, 2001.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. **A prorrogação dos contratos de concessão de aeroportos**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 17, n. 93, p. 145-162, set./out. 2015.
- PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. **Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário**. São Paulo: Marcial, Pons, 2015
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé T. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. ed. 7 rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2007
- PEREZ, M. A. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Fórum: Belo Horizonte, 2006.
- PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação das ferrovias**. Rio de Janeiro: Editora IBRE, 2017
- PINTO, Gabriela Miniussi Engler. **A revolução silenciosa: o fim dos limites à mutabilidade dos contratos de concessão** (2017). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/gabriela-miniussi-engler-pinto/a-revolucao-silenciosa-o-fim-dos-limites-a-mutabilidade-dos-contratos-de-concessao>>. Acesso em: 10/5/2018.
- RIBEIRO, Maurício Portugal. PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP – Parceria público privada: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007
- RIBEIRO, Maurício Portugal. PRADO, Lucas Navarro. **Alteração de contratos de concessão e PPP por interesse da administração pública: problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais**. Disponível em: <<https://www.slideshare.net/portugalribeiro/alterao-de-contratos-de-concesso-e-ppp-por-interesse-da-administracao-pblica-problemas-economicos-limites-tericos-e-dificuldades-reais>>. Acesso em 10/5/2018.
- SOUTO, Marcus Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 221 e 367.