VOTO

Tratam os autos de Relatório de Acompanhamento dos atos e procedimentos adotados pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), tendo em vista as alterações normativas introduzidas pelo Decreto 9.048/2017, que alterou o Decreto 8.033/2013. Esses normativos regulamentam a Lei 12.815/2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

2. Inicialmente, a Secretaria de Fiscalização Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia) diligenciou ao MTPA (peças 8 e 18), à Antaq (peça 7) e à Casa Civil da Presidência da República (peça 6). Em suma, foram solicitadas cópias de processos que versaram sobre a edição do Decreto 9.048/2017, a assinatura de termos aditivos de adaptação, cronograma detalhado de análise desses pleitos e documentos elaborados acerca da implementação das regras veiculadas no decreto.

3. De posse das informações colhidas junto aos referidos órgãos e entidades, a unidade instrutora apontou, em caráter preliminar, indícios de irregularidades em três institutos previstos na minuta padrão de adaptações dos contratos de arrendamento vigentes às disposições do Decreto 9.048/2017: (a) **possibilidade de extensão de vigência do contrato sem amparo legal**; (b) **possibilidade de realização de investimentos fora da área arrendada**; e (c) **possibilidade de substituição de área pública arrendada sem licitação prévia**.

4. Concluiu, ainda, que os indícios de irregularidade tinham o potencial de causar grave prejuízo ao erário e ao interesse público, e caracterizariam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Diante disso, a SeinfraPortoFerrovia submeteu proposta de determinação cautelar *inaudita altera pars* para que o MTPA se abstivesse de assinar termos aditivos de adaptação dos contratos de arrendamento portuário às regras do Decreto 9.048/2017, ou termos aditivos propriamente ditos, até ulterior apreciação de mérito por parte do Tribunal, com cláusulas que contemplassem a possibilidade de:

4.1. majoração do prazo de vigência contratual, nos termos do art. 19 do Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017;

4.2. realização de investimento fora da área arrendada com imposição de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos do art. 42-A do Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017; e

4.3. substituição da área arrendada, nos termos do art. 24-A do Decreto 8.033/2013, com a redação dada pelo Decreto 9.048/2017;

5. Em manifestação adicional, colacionada à peça 32, ao tempo em que defendeu que as alterações normativas promovidas pelo Decreto 9.048/2017 teriam amparo jurídico-constitucional e não exorbitariam do poder regulamentar, o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) comprometeu-se "a não realizar os atos tendentes à assinatura dos termos aditivos de adaptação contratual em relação àqueles contratos celebrados sob a égide da Lei n° 8.630/93 até que a Corte de Contas manifeste-se, no mérito, quanto à matéria".

6. Diante desse compromisso, entendi que um dos requisitos para a concessão da medida cautelar, o perigo na demora, não mais subsistia, pois restaria afastado o risco de serem incluídas cláusulas contratuais com indícios de irregularidades em avenças vigentes à época da publicação do decreto. Tendo em vista que o mencionado provimento cautelar se tornou desnecessário, proferi despacho autorizando as oitivas do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA), da

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e da Casa Civil da Presidência da República, a fim de possibilitar o julgamento de mérito das questões aqui colocadas.

7. À peça 62, ao tempo em que reiterou a legalidade das disposições do Decreto 9.048/2017, o MTPA solicitou autorização para celebração de termos aditivos de adaptação com cláusula resolutiva e de termos aditivos de prorrogação transitória.

8. À peça 66, deferi a participação da ABTP, Abratec, Astra e ABTL como *amici curiae,* facultando a ditas entidades, com fulcro no art. 138, §3º do CPC, acesso ao processo, independentemente de requerimento de vista, e apresentação de memoriais, no estado em que o processo se encontrar, vedado o direito de recorrer, e sem prejuízo ao regular andamento do feito.

9. Examino, nesta etapa processual, as respostas às mencionadas oitivas.

10. Registro, desde já, que estou de acordo no essencial com as conclusões a que chegou a unidade instrutora, razão pela qual as adoto como fundamento para as minhas razões de decidir, exceto no que colida com as considerações que tecerei ao longo deste voto.

II

11. Inicialmente pontuo algumas questões de caráter preliminar que devem orientar este voto.

12. Como é possível extrair da portaria de fiscalização (peça 3), o escopo do presente trabalho é o de acompanhar os atos e procedimentos adotados pelo MTPA e pela Antaq visando à adaptação de contratos de arrendamentos portuários em razão das alterações normativas introduzidas pelo Decreto 9.048/2017. Nesse sentido, foram solicitadas cópias de processos que versaram sobre a edição do decreto, a assinatura de termos aditivos de adaptação, o cronograma detalhado de análise desses pleitos e documentos elaborados acerca da implementação das regras veiculadas pelo decreto.

13. Em resposta, o MTPA encaminhou, por exemplo: cópia do processo 50000.021871/2017-91, que trata da elaboração de portaria ministerial regulamentando o decreto no que diz respeito ao procedimento de adaptação contratual dos arrendatários interessados; a relação de 104 processos administrativos relativos aos pleitos de adaptação formulados pelos arrendatários (atualizados até 10/11/2017); e pareceres jurídicos que já versaram sobre a matéria. Apresentou, também, cópia do processo administrativo 50000.119609/2016-03, que fundamentou a proposta encaminhada à Casa Civil da Presidência da República de regulamento que foi materializado no Decreto 9.048/2017, bem como as respectivas atas de reuniões e pareceres jurídicos.

14. A Antaq, por sua vez, informou que foram instaurados cinco processos administrativos voltados para alterações normativas ou proposições de novas regulamentações em matérias impactadas pelo teor do novel decreto. Versam elas sobre: transferência de controle societário ou de titularidade nos portos organizados e nas autorizações de terminais de uso privado, incluindo a análise concorrencial do mercado regulado (50300.008475/2016-11); elaboração de estudo simplificado de viabilidade técnica, econômica e ambiental de arrendamento portuário (50300.005641/2017-09); autorização de construção e exploração de terminal de uso privado, de estação de transbordo de carga, de instalação portuária pública de pequeno porte e de instalação portuária de turismo (50300.005389/2017-20); procedimentos internos para análise, instrução processual e aprovação das antecipações de receitas tarifárias e pela outorga de arrendamento no âmbito dos portos organizados (50300.006354/2017-16); e exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão da administração do Porto, no âmbito dos portos organizados (50300.011186/2017-72).

15. As medidas que vislumbro serem adotadas no presente caso concreto terão efeito nos procedimentos administrativos e nos atos administrativos de responsabilidade do MTPA e da Antaq. Portanto, não se está aqui a examinar normas regulamentadoras em caráter abstrato, mas sim analisar as medidas adotadas pelos órgãos e entidades encarregadas de dar cumprimento às disposições do

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

novel regulamento. Também diviso que determinados riscos terão que ser tratados mediante regulamentação a cargo desses órgãos, possivelmente nesses mesmos processos administrativos.

16. Assim, refuto desde já os argumentos apresentados pela Casa Civil da Presidência da República no sentido de que esta Corte de Contas estaria realizando exame de constitucionalidade do Decreto 9.048/2017 em caráter abstrato. Na verdade, nesta decisão que ora submeto à consideração do Plenário, não há declaração de inconstitucionalidade ou mesmo de constitucionalidade sobre as normas do decreto abstratamente consideradas.

17. Ainda sobre esse ponto, a SeinfraPortoferrovia defende que o TCU não estaria fazendo exame de constitucionalidade, mas sim de legalidade. Nesse sentido, colaciona diversos excertos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça hábeis a amparar o seu argumento.

18. Embora entenda assistir razão à unidade instrutora, sobretudo porque, de fato, a depender da aplicação que seja dada ao Decreto 9.048/2017, pode-se incorrer em afronta ao ordenamento jurídico, reforço mais uma vez que não há nesses autos exame de decreto regulamentar em caráter abstrato. Isso porque o que se está examinando são os atos e procedimentos dos órgãos e entidades competentes com objetivo de dar concretude ao regulamento.

19. No exercício desse mister, ao examinar a conformidade de atos e procedimentos com indícios de irregularidades, não pode o julgador se furtar de verificar se as normas que os amparam encontram supedâneo no quadro normativo vigente, ou seja, a Constituição Federal e as leis que disciplinam o setor portuário, as delegações de serviço público e os termos das licitações e dos contratos administrativos, ainda que em caráter meramente incidental.

20. Ao esquadrinhar a juridicidade do regulamento, contudo, deve-se ter certa deferência ao princípio de presunção de validade das normas e, mais ainda, de conservação das normas. Dito de outra maneira, existindo uma interpretação possível e regular para certos institutos previstos na norma, essa interpretação deve prevalecer e as medidas administrativas a serem adotadas devem garantir esse sentido para a norma, no intuito de preservá-la. Nesse sentido, o esforço desta decisão é extrair de cada dispositivo questionado a interpretação que melhor o compatibilize com o ordenamento jurídico.

21. Insta ainda salientar que inexiste dúvida quanto à competência desta Corte de Contas para acompanhar os mencionados atos. Consoante disposto no art. 21, inciso XII, alínea "f", da Constituição Federal, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os portos marítimos, fluviais e lacustres. Os arrendamentos portuários constituem serviços públicos, sobre os quais incidem as disposições do art. 175, *caput*, da Carta Magna, segundo o qual "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".

22. A natureza de serviço público e as repercussões financeiras e patrimoniais atraem a competência deste Tribunal para acompanhar os atos realizados pelos órgãos e entidades da União, tanto sobre a ótica da conformidade, quanto sobre aspectos operacionais.

23. Acrescento ainda que a presente fiscalização, na forma de acompanhamento, tem o caráter eminentemente preventivo. Tendo em vista o caráter inovador e substancial introduzido pelo Decreto 9.048/2017, com potencial reflexo em contratos vigentes, a atuação tempestiva do TCU pode contribuir para a melhoria da gestão pública em benefício da sociedade.

24. Nesse contexto, saliento que uma vez que os atos e procedimentos acompanhados ainda estavam em curso, ou seja, não aperfeiçoados, não há que se falar em irregularidade consumada. Assim, o grande objetivo do trabalho é o de prevenir riscos na aplicação das modificações introduzidas pelo novel regulamento.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

25. Conforme mencionei no voto do Acórdão 1.174/2018-TCU-Plenário, quanto mais tempestiva a atuação do Controle Externo, mais efetiva é a contribuição para a Administração Pública e, consequentemente, para a sociedade.

26. Como será visto adiante, os pontos tratados nesta deliberação não foram objeto de consenso nas discussões que antecederam a edição do decreto. Assim, muito dos riscos identificados pela unidade instrutora já tinham sido levantados nos pareceres técnicos e jurídicos que, inclusive, já sugeriam a necessidade de regulamentação posterior da norma infralegal.

27. Desse modo, tendo em vista a edição de regulamentos pelo MTPA e pela Agência a fim de disciplinar as modificações no marco regulatório trazidas pelo Decreto 9.048/2017, não vislumbrei embargos a que o encaminhamento mais apropriado para tratar alguns dos riscos fosse o melhor disciplinamento normativo por esses órgãos, na medida de suas competências.

28. Passo agora ao exame das três irregularidades inicialmente apontadas pela unidade instrutora.

III

29. Examino inicialmente a questão concernente à adaptação dos contratos de arrendamento portuário vigentes à época da edição Decreto 9.048/2017 às disposições do mencionado regulamento no que diz respeito à **ampliação do prazo máximo de vigência para até 70 anos.** A cláusula segunda do termo de adaptação objeto do processo 50000.021871/2017-91 assim dispõe:

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

30. Essa cláusula fundamenta-se no Decreto 8.033/2013, com as alterações promovidas pelo Decreto 9.048/2017, *in verbis*:

> **Decreto 8.033/2013**
>
> "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. (redação dada pelo Decreto 9.048/2017)
>
> Art. 19-A. Os contratos de arrendamento portuário em vigor firmados sob a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que possuam previsão expressa de prorrogação ainda não realizada poderão ter sua prorrogação antecipada, a critério do poder concedente.
>
> § 1º Considera-se prorrogação antecipada aquela que ocorrer previamente ao último quinquênio de vigência do contrato.
>
> § 2º Além dos requisitos necessários à prorrogação ordinária, a prorrogação antecipada exige a aceitação pelo arrendatário da obrigação de realizar investimentos novos e imediatos, não amortizáveis durante a vigência original do contrato, conforme plano de investimento aprovado pelo poder concedente."
>
> **Decreto 9.048/2017**
>
> "Art. 2º **Os arrendatários cujos contratos estejam em vigor na data de publicação deste Decreto poderão**, no prazo de cento e oitenta dias, **manifestar seu interesse na adaptação de seus contratos aos termos da Lei nº 12.815**, de 5 de junho de 2013, e de seus regulamentos, **por meio de termo aditivo ao contratual**.
>
> §1º **A adaptação de que trata o *caput* permitirá a adoção de cláusulas contratuais que estabeleçam**, entre outras disposições, **a possibilidade de prorrogação da outorga**, nos termos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

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." (destaques acrescidos)

31. As oitivas efetuadas relacionam-se à possível infração aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, pelo Decreto 9.048/2017, e, consequentemente, do termo de adaptação a que alude o processo 50000.021871/2017-91, caso se permita a ampliação de prazo dos contratos de arrendamento portuário já celebrados e vigentes para até 70 anos.

32. A principal questão reside na possibilidade de modificação de cláusulas contratuais correspondentes à vigência máxima de arrendamentos, sobretudo nos contratos celebrados sob a égide do marco regulatório anterior, a Lei 8.630/1993, que estabelecia em cinquenta anos o prazo máximo de vigência. A discussão abrange também contratos celebrados já sob o manto da Lei 12.815/2013, mas cujos contratos possuem prazo de vigência máximo de cinquenta anos, consoante a regra original do Decreto 8.033/2013.

33. Portanto, resta claro que as aludidas disposições são plenamente aplicáveis aos contratos celebrados a partir da edição do novel regulamento. O que se discute neste momento é em que condições, limites e hipóteses, essas disposições podem ser aplicadas aos contratos vigentes.

34. Apresentaram manifestação sobre o ponto a Casa Civil da Presidência da República e o Ministério dos Transportes, Porto e Aviação Civil. Os órgãos contextualizam que os investimentos previstos para os contratos a serem aditivados alcançariam montante da ordem de R$ 1,3 bilhão. Tecem também 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.

35. A Casa Civil e o MTPA reafirmam a legalidade das disposições do Decreto 9.048/2017, sustentando, em síntese:

35.1. que a adaptação por extensão de prazo é empregada em diversos setores de serviço e de infraestrutura e que a edição do decreto apenas conformou o instrumento da prorrogação por extensão de prazo ao setor portuário, nos limites do poder regulamentar;

35.2. 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;

35.3. que contratos administrativos são relações jurídicas bilaterais de natureza contratual e regulamentar e que a mutabilidade das avenças não desnatura o objeto contratual e a sua equação econômico-financeira;

35.4. que a alteração de prazo dos contratos administrativos é de natureza regulamentar, o que significa que o prazo do contrato pode ser alterado unilateralmente pela Administração, para mais ou para menos, sempre que o interesse público o exigir, além do que não enseja direito subjetivo ao contratado;

35.5. que a natureza de cláusula essencial do prazo não importa sua imutabilidade, mas tão somente uma solenidade de forma;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

35.6. que o prazo não se confunde com objeto do contrato, ainda que alterações de prazo possam projetar efeitos sobre a exploração do objeto, tanto que a modificação da vigência é empregada como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro contratual;

35.7. que a legislação não vincula quais elementos, cláusulas ou fundamentos podem ser objeto de alteração, bem como que a Lei de Concessões estabelece a prerrogativa discricionária do poder concedente em envidar os expedientes necessários ao reestabelecimento do equilíbrio do contrato;

35.8. que não há violação nem aos direitos do contratado, em virtude da manutenção da intangibilidade de seu equilíbrio econômico-financeiro, nem aos direitos dos usuários efetivos, pois serão exigidos novos investimentos que compensarão a ampliação do prazo;

35.9. que contratos administrativos de infraestrutura são incompletos e, portanto, demandam providências regulatórias que lhes permitam incentivos, e que existem diferenças entre os contratos administrativos regidos pelas Leis 8.666/1993 e 8.987/1995, o que impede transplantar os conceitos de isonomia e de vinculação ao instrumento convocatório para os contratos de concessão;

35.10. que os serviços prestados no âmbito dos portos são serviços públicos de competência privativa da União e que, por serem os contratos de arrendamento de longo prazo, é importante que tenham maior flexibilidade para permitir que se adaptem às circunstâncias supervenientes;

35.11. 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;

35.12. que a ampliação de prazo é a forma mais vantajosa de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, e a que resulta em maior estabilidade na relação contratual entre as partes;

35.13. que as peculiaridades do setor (necessidade constante de modernização e atualização tecnológica, competitividade, eficiência, modicidade tarifária) conduzem à necessidade de que os contratos se utilizem do mecanismo de ampliação do prazo contratual como forma de compensar a realização de vultosos investimentos;

35.14. que a modelagem dos contratos de concessão é distinta dos contratos administrativos típicos disciplinados pela Lei 8.666/1993, o que impede o intercâmbio entre os paradigmas desses diplomas;

35.15. que não se podem engessar os contratos de concessão com cláusulas inadequadas, sob o argumento de proteção da vinculação ao instrumento convocatório;

35.16. que existem precedentes de alterações normativas que repercutiram nas cláusulas de vigência de contratos de concessão nos setores de telecomunicações, elétrico e de transportes;

35.17. que a expressão "lei" referida no art. 175 da Constituição adquire conotação mais abrangente e não apenas lei em sentido estrito;

35.18. que exigir lei em sentido estrito alijaria o Poder Executivo de estabelecer diretrizes, objetivos, metas setoriais e políticas públicas;

35.19. que o comando constitucional segundo o qual "a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito" não pode servir para negar a natureza mutável do contrato administrativo e não pode operar efeitos modificativos prejudiciais ao contratado;

35.20. 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 suposto exame abstrato de constitucionalidade pretendido pelo TCU se afasta da jurisprudência do próprio Tribunal.

36. A unidade instrutora, na extensa instrução reproduzida no relatório que antecede este voto, examina minuciosamente os argumentos expendidos pela Casa Civil da Presidência de República e

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, promovendo sistemática análise a partir do regime de delegação de serviço público conferido pela Constituição da República, perpassando o marco regulatório específico do setor portuário e abrangendo, ainda, a Lei de Concessões (Lei 8.987/1995) e a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/1993).

37. Em apertadíssima síntese, a SeinfraPortoFerrovia conclui, em consonância com a jurisprudência desta Corte de Contas, que as características de mutabilidade dos contratos de concessão de longo prazo possibilitam alterações contratuais que podem, inclusive, em casos excepcionais, abarcar a vigência dos contratos. Contudo, essa possibilidade não seria absoluta, encontrando limites nos contornos constitucionais e legais sobre outros valores jurídicos protegidos, como a impessoalidade, a isonomia e a vinculação ao instrumento convocatório, para citar alguns.

38. Para além disso, conclui que alterações no prazo máximo de vigência, com fundamento na mutabilidade dos contratos, limitar-se-iam a condições muito específicas, notadamente à hipótese de prorrogação excepcional para fins de reequilíbrio (que possui outras nomenclaturas, por exemplo "extensão de prazo contratual"). Portanto, **seria ilegal operar-se a ampliação do prazo máximo de vigência nos atuais contratos nas modalidades ordinária e antecipada**.

39. Conclui ser ilegal a sistemática adotada pelo MTPA de incluir cláusula possibilitando a prorrogação dos atuais contratos por até setenta anos, por meio da celebração de termo de adaptação, que nada mais é do que a realização de aditivo aos contratos vigentes de todos aqueles arrendatários que solicitaram a adaptação dos seus ajustes no prazo fixado pelo art. 2° do Decreto 9.048/2017.

40. Isso porque, uma análise dessa natureza, cujos efeitos atingem uma miríade de contratos de arrendamentos, não poderia ser feita em caráter abstrato, desconsiderando as peculiaridades de cada avença. Ou seja, não há a demonstração de que a modificação contratual é a solução mais adequada para atingir o interesse público em jogo (ou seja, aquela que assegura maiores benefícios e menores prejuízos à sociedade), assim como não existe qualquer evidenciação da inadequação da solução original para a finalidade pretendida naquele caso em particular.

41. Ao final, propõe determinação à Casa Civil da Presidência da República e ao MTPA para que adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei no que se refere à impossibilidade jurídica de alteração de contratos vigentes de arrendamento portuário, por meio do novel instituto estabelecido pelo 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.

42. A unidade técnica excepciona dessa determinação as prorrogações para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, por entender que elas independem de previsão no instrumento convocatório e se constituem como instrumento de regulação previsto no arcabouço normativo, com fundamento nos arts. 9º a 13 da Lei 8.987/1995, em especial no § 4º do art. 9º, que determina o concomitante restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro nos casos de alteração unilateral do contrato que dê causa a desequilíbrio. Ressalta, todavia, que essa hipótese demanda a análise do caso concreto, devidamente motivada.

43. Em exame de mérito, estou de acordo com a bem lançada análise empreendida pela unidade instrutora, reproduzida na íntegra no relatório que antecede este voto, cujos fundamentos incorporo às minhas razões de decidir, sem prejuízo de tecer alguns comentários adicionais sobre a questão. Antecipo que, conforme detalhado a seguir, a deliberação que submeto à apreciação do Plenário acolhe a proposta da SeinfraPortoFerrovia de admitir a prorrogação exclusivamente para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. Todavia, julgo que o ordenamento jurídico conduz à interpretação de que essa possibilidade somente tem aplicação diante de situações excepcionalíssimas,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

razão pela qual cabem orientações adicionais que restrinjam substancialmente as hipóteses de utilização do instituto.

44. Com efeito, a despeito da elogiosa intenção do MTPA no que tange à necessária regulamentação do Decreto 9.048/2017, entendo que é irregular a celebração de termo de adaptação genérico, que modifique cláusulas contratuais que versam sobre prazo máximo de vigência, desprovida de análise das especificidades do caso concreto, da razoabilidade e da proporcionalidade, do risco de desnaturação do objeto licitado e, ainda, sem a assunção de qualquer contrapartida por parte do concessionário.

45. Veja-se que o art. 2° do Decreto 9.048/2017 fixou o prazo de 180 dias para os arrendatários interessados na adaptação manifestarem o seu interesse, mas não estabeleceu prazo para a celebração do termo aditivo. Portanto, não existe justificativa plausível para esse afã de modificar tão relevante disposição contratual, com impacto em cláusulas econômico-financeiras, abstendo-se de analisar as peculiaridades de cada um desses arrendamentos. Nesse sentido, nada obsta que a pasta ministerial estabeleça uma ordem de priorização dos pleitos e promova o aditivo contratual apenas quando cumpridos os requisitos para prorrogação contratual.

46. Embora defendam que a adaptação não constituiria direito líquido e certo à prorrogação, ela nada mais é do que aditivo contratual que modifica o prazo de prorrogação. Contratos inicialmente licitados com prazo de dez, quinze, vinte ou 25 anos poderiam chegar a setenta anos. Ou seja, ainda que a assinatura não materialize a prorrogação propriamente dita, ela já terá modificado cláusula essencial do contrato. Como bem anotou a SeinfraPortoFerrovia:

> "(...) 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"

47. Sobre a questão da necessidade de análise concreta previamente à celebração dos termos aditivos, são dignos de nota os exemplos trazidos pela unidade instrutora de arrendamentos nos portos de Suape/PE, de Aratu/BA e de Itaqui/MA, quanto a arrendamentos cujos prazos máximos de vigência poderiam passar de vinte anos (vigência original de dez anos prorrogável por até dez anos) ou quarenta anos (vigência original de vinte anos prorrogável por até vinte anos) para setenta anos, por meio da sistemática pugnada pelo MTPA.

48. Ou seja, em determinados casos, um ajuste cuja modelagem econômico-financeira foi feita para dez anos poderia vir a ser prorrogado por mais sessenta anos. Em uma situação como essa, impensável não avaliar a razoabilidade e proporcionalidade da modificação contratual e a possibilidade de descaracterização do objeto originalmente licitado previamente ao aditivo.

49. Ademais, em uma delegação típica, o poder concedente desenvolve os estudos com base em nível de serviço, demanda, investimentos e custos operacionais. Com base nessas variáveis simula prazos, tarifas, valores de outorga. Essa é a lógica inerente à modelagem de contratos de longo prazo. No caso aqui examinado, essa lógica é subvertida, pois o prazo máximo de vigência é fixado sem qualquer base em estudos econômico-financeiros e nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

50. Como anotado pela unidade instrutora, o prazo de uma concessão ou arrendamento não é fixado aleatoriamente pela Administração, em juízo de discricionariedade, mas sim fruto de estudos técnicos, estimativas, expectativas, e visam à amortização do investimento. Deve ser, portanto, robustamente justificado.

51. Insta destacar que os documentos que subsidiaram a edição do decreto evidenciam que essa questão de adaptação dos contratos atuais aos novos limites de prazo estabelecidos no decreto não

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

era pacífica, tendo recebido, por exemplo, manifestação contrária do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria-GM 435/2016 e da Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes. O próprio incremento do prazo máximo de cinquenta para setenta anos foi objeto de questionamentos. Transcrevo, por oportuno, excertos desses posicionamentos:

> Relatório Final do grupo de trabalho instituído pela Portaria GM 435/2016
>
> "**Não se vislumbra nenhuma justificativa para estabelecer prazos maiores que cinquenta anos, com vistas à 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**." (destaques acrescidos)
>
> Parecer 20/2017-CONJUR-MT/CGU/AGU
>
> "173. Pelo que pude compreender do art. 3º da minuta de Decreto, seria admitida a ampliação do prazo de vigência dos atuais contratos de arrendamento portuário até o limite de setenta anos, que passaria a ser previsto no art. 19 do Decreto nº 8.033, de 2013. Mais que isso, essa possibilidade de ampliação de prazo se aplicaria, inclusive, a contratos que já tenham expirado, mas cujos arrendatários, por alguma razão, ainda estejam operando o respectivo terminal portuário na data de publicação do Decreto. Em síntese, a norma permitiria: (i) o revigoramento de contratos cuja vigência já tenha se encerrado; e (ii) a ampliação do prazo dos contratos vigentes até o limite de setenta anos.
>
> 174. Entendo que não seria possível revigorar por decreto contratos de arrendamento já expirados. Nessa situação, aplica-se a Orientação Normativa AGU nº 3, de 2009:
>
> 'Na análise dos processos relativos a prorrogação de prazo, cumpre aos órgãos jurídicos verificar se não há extrapolação do atual prazo de vigência, bem como eventual ocorrência de solução de continuidade nos aditivos precedentes, hipóteses que configuram a extinção do ajuste, impedindo a sua prorrogação' (Orientação Normativa AGU nº 3, de 2009).
>
> 175. Uma vez expirada a vigência original, não se admite a prorrogação de contratos administrativos nem mesmo se houver previsão contratual de possibilidade de prorrogação. Nessa situação, o revigoramento do contrato configuraria ofensa à obrigação de licitar, ressalvada eventual possibilidade de contratação direta. É o entendimento já consolidado da Advocacia-Geral da União. Por isso, penso que decreto também não poderia revigorar a vigência de tais contratos. Seria uma medida com efeitos equivalentes aos de uma dispensa de licitação, o que requer obrigatoriamente previsão em lei em sentido estrito. Como afirma Marçal Justen Filho, 'havendo viabilidade de disputa, é obrigatória a licitação, excetuados os casos de 'dispensa' autorizados por lei[81]'.
>
> 176. 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 o 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**[82]. 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 nº 8.666, de 1993[83]). 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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

(...)

178. 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." (destaques acrescidos)

52. Digno de nota que o consultor faz alusão ao Parecer 45/2010/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Advogado-Geral da União, que fixou entendimento sobre a impossibilidade de adaptação de contratos anteriores à Lei 8.630/1993. Portanto, observa-se que a possibilidade de estender o prazo de vigência de contratos firmados sob a égide de legislação pretérita é retomada com certa frequência. Transcrevo a ementa do parecer:

"PARECER Nº.045/2010/DECOR/CGU/AGU - DESPACHO Nº 890/2010 (APROVADO PELO AGU). FIXAÇÃO DE ENTENDIMENTO. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO DE ÁREAS PORTUÁRIAS ANTERIORES À LEI Nº. 8.630/1993. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DO PLEITO DA ABTP. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO. APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO ANTAQ Nº. 525/05 I - Solicitação do Ministro da Secretaria Especial de Portos de fixação de orientação pela Advocacia Geral da União; II – A interpretação a ser dada aos contratos de arrendamento portuário celebrados antes da vigência da Lei de Modernização dos Portos (Lei nº. 8.630/93) deve seguir o estabelecido pelas Resoluções expedidas pela Agência Nacional de Transporte Aquaviário – ANTAQ, especialmente pela de nº 525/05, que trata a matéria de forma conclusiva; III - Findo o prazo da contratação ou da prorrogação eventualmente em vigor, os contratos de arrendamento devem ser objeto de procedimento licitatório, em consonância com o estabelecido pela Constituição vigente e a Lei nº. 8630/93; IV - No que tange aos contratos de arrendamento com prazos já vencidos, sugere-se que a ANTAQ adote as providências pertinentes, a fim de dar cumprimento integral à Resolução nº. 525/05."

53. Importante mencionar que, naquele caso, a adaptação estava prevista em **lei formal**, no caso o art. 53 da Lei 8.630/1993, e mesmo assim recebeu parecer contrário da Consultoria-Geral da União.

54. Para além disso tudo, no meu entender, a pretensão de adaptar os contratos atuais às novas regras do regulamento opera duas gravíssimas irregularidades. Em primeiro lugar, permitiria suprimir, por via regulamentar, o dever constitucional de licitar, pois nada impediria que subsequentes decretos sejam sendo editados de forma a estender ainda mais os prazos de vigência dos atuais contratos.

55. Refuto com veemência o argumento retórico de que a licitação não deve ser utilizada como um fim em si mesmo. Além de assegurar a obtenção da proposta mais vantajosa, esse instituto visa a garantir o princípio constitucional da impessoalidade e o da isonomia, os quais se tornariam letra morta caso se permitisse que, genérica e deliberadamente os contratos de arrendamento atuais pudessem ser prorrogados até o limite de setenta anos, em desacordo com as suas cláusulas originais.

56. Aceitar essa situação equivaleria a beneficiar o seleto grupo de arrendatários que já dispõem de contratos junto ao poder público, em detrimento da potencial entrada de novos agentes, ao arrepio do princípio da impessoalidade.

57. A segunda irregularidade gravíssima é que tal medida também possibilitaria fulminar a obrigação de celebrar contratos de concessão por prazo determinado, consoante o art. 2°, inciso II, da Lei 8.987/1995, c/c o art. 23, inciso I, da referida lei. Nada impediria que, de tempos em tempos, a via regulamentar fosse utilizada para modificar a vigência dos ajustes.

58. Acerca das ponderações feitas pela unidade instrutora a respeito da possibilidade de as prorrogações para fins de reequilíbrio econômico-financeiro ultrapassarem os limites fixados contratualmente, com amparo no arts. 9º a 13 da Lei 8.987/1995, considero que essa hipótese deve ser utilizada apenas em situações excepcionalíssimas.

59. Diversos doutrinadores advogam a tese de que essa hipótese prescinde de previsão contratual ou editalícia. Não obstante esse entendimento, este Tribunal já reprovou situação concreta

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

em que contrato de concessão foi prorrogado para fins de reequilíbrio, em virtude da ausência de previsão legal e contratual. Transcrevo, por oportuno, excerto do Acórdão 738/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues (grifei):

> "Considero absolutamente **imprescindível demonstrar que a possibilidade de prorrogação do contrato já estava prevista originalmente no instrumento do contrato**. Veja que ela deve estar no instrumento original do contrato, alijado dos aditivos, bem como no edital da licitação. Caso a prorrogação tenha sido inserida no contrato mediante termo aditivo, considero-a burla ao processo licitatório, passível de ser considerada nula a qualquer tempo.
>
> No caso concreto, a concessão da BR/040/RJ/MG tinha prazo certo e determinado de 25 anos, sem possibilidade de prorrogação. O edital de licitação e o Contrato de Concessão PG-138/95-00 estabeleceram, como regra, a improrrogabilidade da concessão:
>
> (...)
>
> Como mostram os dispositivos acima, o contrato e o edital vedam a prorrogação do prazo de concessão, mas admitem exceção para as situações previstas na própria avença. Acontece que, a despeito do dispositivo, **nem o contrato firmado, nem a minuta de contrato, constante do edital, nem mesmo o próprio edital trazem qualquer hipótese de prorrogação, não havendo nenhuma situação que excepcione a regra da improrrogabilidade.**"

60. O Tribunal tem sempre analisado com cautela essa hipótese de reequilíbrio, por entender que se trata da forma mais gravosa à disposição do poder concedente para se alcançar o reequilíbrio contratual. Nos dizeres do Eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues (grifei):

> "A alteração do prazo de validez contratual é medida que deve ser usada com parcimônia, uma vez que a licitação de arrendamento portuário público envolve minuciosa preparação, por parte de todos os demais interessados nas áreas e instalações portuárias, demandando estudos, análise de cenários, captação de recursos e preparação de propostas. Veja que **na ordem constitucional a primazia é do procedimento de licitação com igualdade de condições a todos os concorrentes, nos termos da lei** (art.37, XXII, da CF).
>
> **A indiscriminada alteração do termo final dos contratos realçaria, na maior parte dos casos, a imprevisibilidade no setor portuário, dificultando o planejamento futuro dos possíveis concorrentes e demonstrando a fragilidade dos mecanismos regulatórios, com consequências danosas para o sucesso das licitações, com a igualdade de todos os interessados e a melhor proposta para a Administração**. Por conseguinte, o poder concedente deve usar o mecanismo de alteração de prazo com extrema cautela, devido ao seu efeito deletério no mercado de arrendamentos portuários. (Acórdão 774/2016-TCU-Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues)

61. A aplicação dessa hipótese está adstrita aos elementos caracterizadores da teoria da imprevisão, quais sejam, a ocorrência de eventos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, alocados como risco do poder concedente, e não subordinados à vontade do concessionário.

62. Portanto, a sua aplicação depende de minuciosa análise do caso concreto e está restrita a situações excepcionalíssimas abarcadas pela teoria da imprevisão, não podendo, em hipótese alguma, ser utilizada como subterfúgio para o dever constitucional de licitar, sob pena de nulidade.

63. Nesse contexto, não me parece que a prorrogação para fins de reequilíbrio econômico-financeiro possa abarcar a inclusão de novos investimentos por fatos que poderiam ser ordinariamente previstos pelo Poder Público, ou seja, passíveis de adoção de outras medidas tempestivas para satisfazer o interesse público, por exemplo, por meio do adequado planejamento.

64. Também é exigível que essa medida não seja adotada próximo ao termo contratual, a fim de não caracterizar possível ofensa ao dever de licitar. Se o termo contratual caminha para o final, é natural que o investimento seja incluído no novo contrato a ser celebrado, em vez de integrar o

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

contrato atual apenas como justificativa para sua prorrogação. Ou seja, não se pode perder de vista o imperativo constitucional de assegurar nas contratações e nas delegações de serviços a impessoalidade, a igualdade, e a melhor proposta para a Administração.

65. Deve ser ainda rechaçada qualquer possibilidade de extensão de prazo cujos arrendatários estejam em falta com as obrigações com o Poder Público, especialmente no que tange aos investimentos originariamente previstos, bem como com os padrões de qualidade e desempenho na prestação de serviço. É evidente que não há fundamentação adequada que justifique premiar com maior prazo o concessionário que não fez os investimentos inicialmente previstos na expectativa de que, agora, ele fará outros investimentos.

66. Essa hipótese de reequilíbrio, por sua excepcionalidade, deve se revestir de maior segurança para o Poder Público, que deverá prever condição resolutiva, de modo que se o investimento não for realizado, o contrato deixará de ser prorrogado.

67. Ademais, é preciso deixar claro que essas alterações contratuais para prorrogação de prazo são plenamente sindicáveis por esta Corte de Contas, que poderá examinar a legalidade e legitimidade dos atos praticados pelo Poder Concedente, inclusive apreciando a constitucionalidade da aplicação do decreto ante as circunstâncias de cada caso concreto, consoante Súmula-STF 347. Vale dizer, a decisão que ora proponho não afasta em abstrato a eficácia dos dispositivos questionados, mas também não impede que, ao avaliar determinada prorrogação, o Tribunal constate que as medidas adotadas naquela situação particular em relação àquele contrato específico levaram a uma solução que ofende de forma flagrante as normas constitucionais.

68. Conforme anotado pela unidade instrutora, a utilização do mecanismo de extensão do prazo de vigência máxima está condicionada à demonstração do cumprimento, cumulativamente, dos seguintes requisitos, 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.

69. Insta destacar que, em outros setores de infraestrutura, tem sido dado tratamento contratual a essa questão, limitando a prorrogação a poucos anos em face do período inicial. Os contratos de concessões aeroportuárias, por exemplo, possuem vigência máxima de 25 anos, prorrogável por cinco anos, apenas na hipótese de necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro (prazo máximo de trinta anos). Por sua vez, as novas concessões rodoviárias devem fixar o prazo contratual em trinta anos, com possibilidade de prorrogação ordinária de cinco anos, ou de dez anos para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, desde que realizada até o 25° ano (resultando no prazo máximo de 35 anos), consoante foi tratado no Acórdão 1.174/2018-TCU-Plenário.

70. Na mesma linha, há que se considerarem limites que assegurem alguma relação de proporcionalidade entre o prazo inicial do contrato e a prorrogação admissível, visto que investimento nenhum justificaria, por exemplo, a ampliação de um prazo inicial de dez anos para o limite de setenta anos previsto no decreto.

71. É cediço que o prazo a ser prorrogado não é discricionário, mas resultado dos aspectos econômicos e financeiros desse investimento. Portanto, atenção especial deve ser dada à avaliação dos custos desses investimentos, uma vez que eles não passaram pelo crivo da competição. Reputo aplicáveis ao presente caso as considerações que proferi no Acórdão 1.174/2018-TCU-Plenário, que tratou do processo de acompanhamento da Rodovia de Integração do Sul (grifei):

> "304. Como tratado neste voto, é peremptório que a Agência passe a **atuar com mais rigor na avaliação dos pleitos de inclusão de novos investimentos pelos concessionários**. Como

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

manifestei em determinados momentos, penso que a unificação dos pleitos de inclusão de obras na revisão quinquenal possa contribuir sobremaneira para isso, ao contrário do que ocorre quando esses pedidos são analisados de forma esparsa, dificultando o controle e com pouca transparência.

305. Em sua manifestação à peça 60, a Agência informa ter determinado a constituição de dois grupos de trabalho incumbidos de desenvolver normas regulatórias para definição de metodologia de verificação de viabilidade de inclusão de novas obras em contratos de concessão, bem como para disciplinar, padronizar e aperfeiçoar os procedimentos. Também está em andamento processo de revisão da Resolução-ANTT 1.187/2005, que dispõe sobre os procedimentos de execução de obras e serviços pelas concessionárias nas rodovias federais reguladas pela ANTT.

306. Esse me parece ser o *locus* inicial de discussão de pontos em que entendi necessário o **aprimoramento da atuação da agência, sobretudo na análise de projetos e orçamentos relativos à inclusão de investimentos e obras não constantes do programa de exploração da rodovia (PER), procurando inclusive simular os efeitos de competitividade ou de barganha nesse processo de orçamentação. Tendo em vista que esses novos investimentos incorporam ao patrimônio público e oneram os usuários por meio do incremento da tarifa, esses projetos devem passar por rigorosa análise pelo Poder Público, similar à que ocorre na licitação de obras públicas**.

(...)

308. Também me parece apropriado que a agência inclua nessa discussão outros agentes setoriais relevantes, já que as soluções podem também passar por eventuais esforços cooperativos entre instituições do governo federal que possuam expertise que a agência ainda precisa suprir. Como foi observado nesse processo, os aprimoramentos na modelagem decorreram de atuação conjunta da ANTT, SPPI, MTPA e EPL."

72. Basicamente, a análise prévia do orçamento desses novos investimentos – incluindo custos e quantitativos – deve ser tão rigorosa quanto numa obra nova que ainda vai ser licitada, uma vez que a inclusão de novos investimentos via reequilíbrio do contrato de concessão, ainda que sobre a forma de prorrogação de prazo, leva o concessionário a ser remunerado em patamares tão maiores quanto forem os custos apresentados. Essa perversa estrutura de incentivos implica riscos de soluções técnicas antieconômicas, custos sobreavaliados e quantitativos artificialmente elevados.

73. Desse modo, a regulamentação que ora será proposta deverá também considerar a rigorosa avaliação e aprovação dos projetos e dos orçamentos desses investimentos. Os preços praticados devem, inclusive, simular os efeitos de competitividade ou de barganha nesse processo de orçamentação, considerando, em alguma medida, os ganhos decorrentes da licitação.

74. Assim, particularmente, entendo que a celebração de termos aditivos de adaptação dos contratos atuais ao Decreto 9.048/2017, no que diz respeito à ampliação do prazo máximo de vigência para até setenta anos, **nas hipóteses de prorrogação ordinária e antecipada,** seria irregular por afrontar os arts. 37, *caput*, e 175 da Constituição Federal (dever de licitar e o princípio da impessoalidade), os arts. 2°, inciso II, 14, e 23 da Lei 8.987/1995 (princípios da igualdade, da vinculação ao instrumento convocatório e do prazo determinado) e o art. 3° da Lei 8.666/1993 (princípios da impessoalidade, da igualdade e da vinculação ao instrumento convocatório).

75. Contudo, como orientei logo no início desse voto, não pode essa Corte de Contas declarar a inconstitucionalidade do regulamento em caráter abstrato, retirando do mundo jurídico o dispositivo questionado.

76. Desse modo, entendo que a medida mais consentânea com o interesse público é expedir determinação ao Ministério para que, na análise dos casos concretos de pedidos de prorrogação de prazo de vigência original dos contratos de arrendamento portuário celebrados anteriormente à edição do Decreto 9.048/2017, **nas hipóteses de prorrogação ordinária e antecipada**, confira interpretação harmônica com os dispositivos constitucionais e legais mencionados neste voto e no relatório que o

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

antecede, qual seja, aquela que considere como parâmetros o prazo original do ajuste e a possibilidade de prorrogá-lo, uma única vez, por um período igual ou inferior a esse prazo.

77. Portanto, o Ministério deve se abster de celebrar termos de adaptação ou de prorrogação propriamente dito, desprovido do prévio exame a que aludi no parágrafo anterior.

78. Necessário ainda determinar ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que, na regulamentação do Decreto 8.033/2013, confira essa interpretação ao art. 2°, §1°, do regulamento, de forma a compatibilizá-lo aos ditos dispositivos constitucionais e legais acima elencados.

79. Cumpre destacar que a interpretação ora delineada guarda grande semelhança àquela dada pelo próprio Ministro de Estado dos Transportes, Portos e Aviação Civil na sua última manifestação nos autos (peça 68), quando menciona o seu entendimento de que somente se aplica o decreto à prorrogação para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. A percepção sobre a excepcionalidade do instituto também é compartilhada pelo Ministério, que considera que somente seria aplicável a partir da análise de cada caso concreto; que deve ser prevista condição resolutiva caso não realizados os investimentos; que deve haver escrutínio prévio sobre a qualidade do arrendatário; que somente se justifica quando a alternativa da licitação não se mostrar a mais vantajosa; entre outras exigências similares às propostas neste voto.

IV

80. Examino agora a questão referente à adaptação dos contratos de arrendamento portuário vigentes à época da edição do Decreto 9.048/2017 às disposições do mencionado regulamento acerca da **autorização para realização de investimento em área comum do porto organizado, mediante reequilíbrio econômico-financeiro da avença**. A cláusula sexta do termo de adaptação objeto do processo 50000.021871/2017-91 assim dispõe:

> "CLÁUSULA SEXTA – DA AUTORIZAÇÃO PARA NOVOS INVESTIMENTOS
>
> A realização de investimentos não previstos no Contrato de Arrendamento ou em seus aditivos já firmados deverá ser precedida de aprovação do Poder Concedente, mediante prévia análise da ANTAQ.
>
> Parágrafo primeiro.
>
> Investimentos novos realizados sem aprovação do Poder Concedente não serão indenizados ao fim do Contrato, ainda que não tenham sido amortizados, sem prejuízo da possibilidade de obrigar a Arrendatária a desfazer alterações realizadas na área arrendada sem o consentimento do Poder Concedente.
>
> Parágrafo segundo
>
> O Poder Concedente poderá, mediante requerimento da Arrendatária, autorizar a realização de investimentos imediatos e urgentes necessários para, dentre outros:
>
> I – cumprir as exigências de órgãos ou entidades integrantes da administração pública com competência para intervir nas operações portuárias;
>
> II – restaurar a operacionalidade da instalação portuária em razão de fato superveniente que impeça ou dificulte a oferta de serviços portuários; ou
>
> III – aumentar a eficiência operacional ou ampliação de capacidade da instalação portuária.
>
> Parágrafo terceiro.
>
> **O Poder Concedente poderá autorizar que a Arrendatária realize investimentos na infraestrutura comum do porto, fora da área arrendada**, desde que haja anuência da Administração do Porto, **assegurada a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato**." (destaques acrescidos)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

81. A cláusula fundamenta-se no art. 42-A do Decreto 8.033/2013, incluído 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."

82. Sobre esse ponto, as oitivas efetuadas relacionam-se especialmente com a potencial descaracterização do objeto contratado e com eventual burla ao dever de licitar, em virtude da possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro das avenças amparada em investimentos executados fora da área arrendada, na infraestrutura comum do porto organizado.

83. Apresentaram manifestação sobre o ponto a Casa Civil da Presidência da República e o MTPA, sempre reafirmando a legalidade das disposições contidas no Decreto 9.048/2017, sustentando, em síntese:

83.1. 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;

83.2. 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;

83.3. 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;

83.4. que a realização de investimentos não geraria direitos de exclusividade ou prioridade de uso e exploração de bens ao arrendatário;

83.5. que, após a reversão dos bens, os investimentos forneceriam expansão de infraestrutura portuária pública, de fruição coletiva;

83.6. que os investimentos poderiam decorrer da comutação de investimentos inicialmente previstos nos contratos e que, dessa forma, não haveria alterações da matriz de risco;

83.7. que a possibilidade de autorização de investimentos novos a serem realizados fora da área arrendada é admitida pelo art. 4º, inciso IV, da Portaria-GM/SEP 499/2015, que regula o procedimento de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro de contratos de arrendamento;

83.8. que o art. 37, parágrafo 3º, da Resolução-Antaq 7/2016, já autoriza o reequilíbrio de contratos de arrendamento com base em investimentos vinculados a contrato de passagem, quando o contrato estiver vinculado a contrato de arrendamento

83.9. que o art. 25, §1º, da Lei 13.448/2017, prevê a possibilidade de que concessionárias do setor ferroviário realizem investimentos em malhas de terceiros, o que se aplicaria por analogia ao setor portuário;

83.10. 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;

83.11. que seria possível realizar o controle *ex ante* diante das demandas de investimentos novos, mediante a necessária anuência prévia e motivada do Poder Público e exame pelo regulador, por ocasião da celebração do termo aditivo autorizando o reequilíbrio econômico-financeiro;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

83.12. que a licitação não seria um fim em si mesmo, mas um meio para que seja atingido o interesse público;

83.13. 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;

83.14. que se é permitido o adensamento de áreas contíguas ao arrendamento inicial, seria também permitida a realização de investimento na área pública do porto;

83.15. que a realização de obra por terceiro contratado pelo arrendatário, utilizando-se dos mecanismos privados de negociação, pouparia custos de transação inerentes à licitação;

83.16. que a obra seria atrativa para a Administração Pública quando os investimentos fossem considerados mais produtivos do que aqueles realizados no próprio arrendamento portuário;

83.17. que não se desoneraria o poder concedente e a agência reguladora de definirem e regularem a política tarifária das autoridades públicas;

83.18. que o risco de que o arrendatário transfira custos adicionais pela via do reequilíbrio contratual não revestiria o dispositivo regulamentar de ilegalidade; e

83.19. que os riscos existentes poderiam ser mitigados por meio da exigência de justificativa acerca da vantajosidade do procedimento frente às alternativas disponíveis; do controle sobre o preço da obra; e da vedação a que o arrendatário obtenha vantagem não extensível aos demais usuários;

84. A unidade instrutora examinou minuciosamente os argumentos expendidos pela Casa Civil da Presidência de República e pelo Ministério dos Transportes, Porto e Aviação Civil.

85. No caso, dividiu a análise em duas questões principais: (i) legalidade da realização de investimento fora da área arrendada; e (ii) legalidade da obrigatoriedade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário diante da realização de investimento fora da área arrendada.

86. Sobre **a legalidade da realização de investimento fora da área arrendada**, a unidade instrutora conclui 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. Considera não mais subsistirem os indícios de ilegalidade apontados sobre o *caput* do art. 42-A do Decreto 8.033/2013. Não obstante, defende que essa hipótese deveria estar prevista originalmente na avença.

87. No caso de contratos vigentes, entende que essa autorização para a realização de investimentos fora da área arrendada somente seria possível em casos excepcionais, dada a característica de mutabilidade desses contratos, 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, mediante robusta fundamentação e, ainda, mitigados os relevantes riscos advindos dessa possibilidade.

88. Diante desse cenário, sugere determinar ao MTPA e à Antaq que apresentem plano de ação para o estabelecimento de mecanismos de regulação tarifária e contabilidade regulatória destinados a eliminar a possibilidade de incremento indevido de custos para os usuários dos serviços portuários; e 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, com vistas a mitigar os riscos identificados.

89. Sobre a **legalidade da obrigatoriedade de reequilíbrio econômico-financeiro em virtude da realização de investimento fora da área arrendada**, a unidade instrutora conclui que a Cláusula Sexta, parágrafo terceiro, da minuta-padrão de termo aditivo constante do processo

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

50000.021871/2017-91, 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.

90. Isso porque o direito subjetivo ao equilíbrio econômico-financeiro poderá se constituir a partir do preenchimento de determinados requisitos: (i) fato superveniente não previsto na avença inicialmente assinada; (ii) não decorrente de culpa do contratado; (iii) desestabilizador da equação econômico-financeira do contrato; (iv) decorrente de risco não alocado ao particular.

91. Nesse sentido, propõe dar ciência aos mencionados órgãos da irregularidade.

92. Perfilho das conclusões consignadas pela SeinfraPortoferrovia sobre a possibilidade de autorização para realização de investimento em área comum do porto organizado, mediante reequilíbrio econômico-financeiro da avença, desde que observadas determinadas condições.

93. Não me parece existir óbice à possibilidade de autorizar o arrendatário a realizar investimentos em áreas comuns dos portos públicos, desde que essa medida seja adotada com as devidas cautelas, harmonizando-a com princípios e regras que regem a prestação de serviços públicos, o dever constitucional de licitar, as competências originárias do administrador portuário, a economicidade e o planejamento.

94. Com efeito, no atual contexto, a medida mais consentânea com o ordenamento jurídico seria a promoção da regulamentação do art. 42-A do Decreto 8.033/2013 pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários, na medida de suas competências.

95. Nesse particular, importante mencionar que essas entidades já possuem procedimentos versando sobre a regulamentação da referida norma infralegal. Vejamos. O próprio processo 50000.021871/2017-91 em exame neste acompanhamento cuida especificamente sobre a edição de portaria com a finalidade de regulamentar o Decreto 8.033/2013. A Antaq, por sua vez, informou ter instaurado o processo administrativo 50300.011186/2017-72 para promover alterações normativas ou nova regulamentação acerca da exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão da Administração do Porto, no âmbito dos portos organizados. Esse último, à época das informações encaminhadas, ainda estava em estágio processual inicial.

96. De relevo, ainda, a conclusão da Casa Civil da Presidência da República, externada na Nota SAJ 34/2017 (peça 31, p. 39):

> "[a] providência mais consentânea à finalidade perseguida pelo Relatório de Acompanhamento é a de **recomendar ou determinar que sejam exaradas normas regulatórias** que estabeleçam, adequadamente, a governança, o procedimento e os aspectos técnico-econômicos para a anuência prévia da Autoridade Portuária à pretensão de investimentos fora da área arrendada e para o consequente reequilíbrio econômico-financeiro." (destaque acrescido)

97. Portanto, a viabilidade de implementação da norma contida no art. 42-A do Decreto 8.033/2013 estaria condicionada à regulamentação do dispositivo, com vistas a mitigar os riscos elencados ainda na fase interna da edição do decreto, sobretudo no Parecer 20/2017/CONJUR-MT/CGU/AGU e na Nota SAJ 34/2017, consoante registrado em detalhes no relatório que antecede este voto. Os principais riscos identificados referem-se a:

97.1. burla ao dever constitucional de licitar;

97.2. desvirtuamento do contrato de arrendamento, tornando, sob o ponto de vista econômico financeiro, mais vantajosa a realização dessa categoria de investimento do que a prestação do serviço propriamente dito;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

97.3. incentivo ao comportamento oportunista da autoridade portuária, substituindo a via da contratação de investimentos de sua responsabilidade, mediante licitação, pela inclusão dos investimentos nos contratos de arrendamento;

97.4. preferências de uso ou distinção de tratamento em relação ao objeto resultado do investimento; e

97.5. 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.

98. Os mencionados documentos técnico-jurídicos destacam algumas sugestões para tratamento desses riscos:

98.1. respeitar os limites objetivos e subjetivos da avença, com o fito de não desnaturar o objeto contratual;

98.2. desincentivar comportamento leniente ou omissivo da autoridade portuária no dever de manter as áreas e instalações sob seu encargo;

98.3. efetiva fiscalização do ente regulador;

98.4. preservar o uso público das infraestruturas, não gerando qualquer preferência ou distinção de tratamento aos arrendatários ou seus clientes; e

98.5. avaliação formal e prévia quanto ao orçamento da obra a ser realizada, com vistas a assegurar que a contratação será efetuada a preços de mercado.

99. Para além desses riscos destacados nos ditos documentos, entendo que alguns outros aspectos precisam ser levados em consideração da elaboração desse regulamento.

100. Em muitos casos, os atuais contratos não contarão com os ditos limites objetivos. Portanto, é de suma importância que eventual regulamentação fixe limites objetivos com o intuito de evitar a descaracterização do objeto e comportamentos oportunistas de arrendatários que identifiquem vantagem em realizar esse tipo de investimento em detrimento da regular prestação do serviço. Ou seja, há que se assegurar alguma relação de proporcionalidade entre os valores envolvidos na concessão e os investimentos adicionais que serão outorgados ao concessionário.

101. Imprescindível também o estabelecimento de critérios que permitam aferir se o arrendatário está em dia com os seus investimentos ordinários, bem como com as suas metas de qualidade na prestação do serviço e de movimentação, por exemplo. Não é razoável autorizar e remunerar novos investimentos quando não foram feitos nem mesmo os investimentos inicialmente pactuados.

102. Também me parece razoável que os investimentos a serem realizados pelo arrendatário guardem no mínimo alguma relação, ainda que indireta, com o serviço por ele prestado. Vale dizer, tais investimentos adicionais devem ser um meio para a melhoria da prestação do serviço que está a cargo daquele concessionário.

103. Deve-se, ainda, vedar a utilização desse instituto combinado com a extensão do prazo contratual, visto que careceria de razoabilidade utilizar do instituto da prorrogação contratual além dos limites inicialmente previstos como forma de reequilibrar um investimento em área comum do porto.

104. Outro ponto é que essa "carteira de projetos" deve estar previamente formalizada em documento de planejamento da autoridade portuária, como forma de institucionalizar o componente planejamento nesse processo.

105. Deve ser avaliada também a possibilidade e a conveniência de se delimitarem marcos temporais para a inclusão desse tipo de investimento. No setor de concessões rodoviárias, por

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

exemplo, as regras atuais delimitam a inclusão de novos investimentos às revisões quinquenais, o que facilita a regulação e o controle e induz a melhoria dos mecanismos de planejamento.

106. Como registrei na seção anterior deste voto, atenção especial deve ser dada à avaliação dos custos desses investimentos, uma vez que o concessionário será remunerado por preços que não passaram pelo crivo da competição e, sob uma perspectiva econômica, terá incentivos para inflar custos no intuito de aumentar seus ganhos.

107. Também nessa hipótese, a regulamentação ora proposta deverá prever análise rigorosa dos investimentos a serem efetuados nas áreas comuns – incluindo custos e quantitativos – de modo a mitigar os riscos de adoção de soluções técnicas antieconômicas, custos sobreavaliados e quantitativos artificialmente elevados. Devem ser adotadas, inclusive, medidas para simular os efeitos de competitividade ou de barganha nesse processo de orçamentação, considerando, em alguma medida, os ganhos decorrentes da licitação.

108. Deve-se também prestigiar o componente "transparência" nesse processo, promovendo-se especial publicidade das propostas e da formalização de termos aditivos que incluam investimentos dessa natureza nos contratos de arrendamento, contribuindo para o controle interno, externo e social.

109. Quanto à ilegalidade da obrigatoriedade de reequilíbrio econômico-financeiro em virtude da realização de investimento fora da área arrendada, estou de acordo em dar ciência da irregularidade ao MTPA e à Casa Civil. De fato, previamente ao reequilíbrio do contrato há que se avaliar, no mínimo, se houve fato superveniente não previsto no contrato original, se tal fato não decorreu de culpa do contratado, se houve desequilíbrio na equação econômico-financeira e se os novos encargos não se encontravam no âmbito dos riscos alocados ao particular.

110. Não obstante, particularmente, reputo que a medida mais consentânea seria que tais questões também fossem resolvidas na regulamentação ora tratada, uma vez que bastaria que o dito regulamento fosse compatibilizado com a Resolução Antaq 7/2016 e com a Portaria GM/SEP 499/2015, conforme registrado pela SeinfraPortoFerrovia:

> 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)

111. Por fim, diante de todas essas considerações, restou claro que para a inclusão de investimentos em áreas comuns é imprescindível a análise do caso concreto e robusta fundamentação, em observância ao princípio da motivação dos atos administrativos. Nesse sentido, deve-se proferir determinação para que o MTPA se abstenha de celebrar termo de adaptação incluindo essa hipótese em caráter genérico nos contratos vigentes.

V

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

112. Trato agora da questão concernente à adaptação dos contratos de arrendamento portuário vigentes à época da edição do Decreto 9.048/2017 às disposições do mencionado regulamento acerca da **substituição de área arrendada.** A cláusula quinta do termo de adaptação objeto do processo 50000.021871/2017-91 assim dispõe:

> "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."

113. A cláusula fundamenta-se no art. 24-A do Decreto 8.033/2013, incluído pelo Decreto 9.048/2017

> "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)" (destaques acrescidos)

114. Sobre esse ponto, as oitivas efetuadas relacionam-se especialmente com a possibilidade de o decreto, ao criar hipótese de substituição de áreas arrendadas, ter inovado no ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações não previstos em lei, extrapolando o poder regulamentar, bem como a potencial descaracterização do objeto originalmente licitado, podendo ensejar burla ao dever de licitar.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

115. Apresentaram manifestação sobre o ponto a Casa Civil da Presidência da República e o MTPA, novamente reafirmando a legalidade das disposições contidas no Decreto 9.048/2017, sustentando, em síntese:

115.1. 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;

115.2. 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;

115.3. que é fundamental que tais contratos possam ser alterados, dado que a sua vigência pode alcançar décadas;

115.4. que a possibilidade de substituição da área arrendada decorre da própria característica de mutabilidade dos contratos administrativos de longo prazo;

115.5. que a área do porto é apenas um meio para o alcance do objetivo principal do contrato (armazenamento e movimentação de mercadorias) e que a substituição de área não implica qualquer benefício para o arrendatário;

115.6. que a alternativa à substituição de área por empecilho superveniente à sua exploração é 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;

115.7. que a substituição de área seria um instrumento de concretização do plano de desenvolvimento e zoneamento do porto;

115.8. que não há risco à segurança jurídica, uma vez que, se os arrendatários quiserem se opor à substituição, poderão rescindir o contrato;

115.9. que, existindo equivalência técnico-econômica entre a área original e a área de destino, não haveria burla à licitação e nem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato;

115.10. 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 do que requisitos presentes no Decreto e mecanismos institucionais evitariam a descaracterização do objeto contratual;

115.11. que, se a Lei 12.815/2013 autoriza a ampliação da área arrendada, a mesma justificativa poderia se aplicar no caso de substituição da área original;

115.12. que a substituição da área original por outra com características equivalentes, quando se impuserem as circunstâncias supervenientes, a fim de que o arrendatário dê continuidade à operação portuária contratualmente definida, não deve ser tomada como descaracterização do objeto contratual;

115.13. que, permanecendo o entendimento de que a substituição de área é um procedimento ilegal, a Administração poderá ser obrigada a conviver com um contrato de arrendamento portuário ineficiente ou teria que encampar instalações e realizar nova licitação, com enormes custos de transação;

115.14. que não houve criação de uma nova hipótese de rescisão contratual, mas que se trataria apenas de uma hipótese de rescisão amigável;

115.15. que a doutrina reconhece a possibilidade de rescisão amigável e cita jurisprudência do STJ que também admitiria tal modalidade;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

115.16. que não há extrapolação do poder regulamentar porque a mutabilidade dos contratos administrativos é admitida pela legislação;

115.17. que a substituição de área não seria inovação de conceito e de possibilidade na legislação portuária, uma vez que a Lei 12.815/2013 já agasalha dispositivo que determina a previsibilidade da ampliação de área contratual; e

115.18. 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.

116. A SeinfraPortoFerrovia analisou em profundidade os argumentos apresentados pela Casa Civil da Presidência de República e pelo Ministério dos Transportes, Porto e Aviação Civil.

117. No caso, a unidade instrutora considerou que a "substituição de áreas" tratada no Decreto 9.048/2017 poderia ser separada em duas figuras jurídicas distintas: (i) em virtude de **empecilho superveniente** à exploração da área original (superveniência de fato novo); e (ii) para fins de **ganhos operacionais à atividade portuária** (portanto, como instrumento de planejamento e gestão portuária).

118. Sobre a **primeira figura**, ou seja, **substituição de área por superveniência de fato novo**, a unidade instrutora considera que essa hipótese se amolda à característica de mutabilidade inerente aos contratos de longo prazo, como forma de buscar assegurar os princípios da atualidade, da eficiência e da continuidade do serviço público e, consequentemente, da prestação do serviço adequado (art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei 8.987/1995).

119. Não obstante, ressalta que a efetivação dessa hipótese está condicionada à necessidade de exame do caso concreto e à apresentação de fundamentação robusta e adequada, demonstrando a legitimidade do fato gerador (fatos posteriores e imprevisíveis à época da contratação - ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis) para fins de recomposição, e que a substituição é a única alternativa, ou a melhor alternativa, com vistas ao atendimento do interesse público (frente às demais opções, como rescisão contratual, reequilíbrio por meio das hipóteses menos interventivas, como por exemplo o aumento ou redução dos valores financeiros previstos no contrato de arrendamento, conforme preconizado no art. 14 da Resolução-Antaq 3.220/2014).

120. Salienta que o risco de ocorrência do evento não deve estar alocado ao arrendatário e que se deve promover o reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

121. Ressalta 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 naquele espaço específico, devendo ser ponderado ainda na tomada de decisão o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o qual deve ser preterido apenas em situações excepcionais e de forma justificada.

122. Sobre a **segunda figura**, **substituição de áreas como instrumento de planejamento e gestão portuária**, a unidade instrutora defende que ela não poderia ter sido instituída por meio de decreto. Isso porque, com base no corolário do princípio da legalidade, apenas as leis, organicamente consideradas, podem delinear o perfil dos direitos e das obrigações, elastecendo ou reduzindo o seu conteúdo.

123. No seu entender, o princípio da legalidade preconiza que o administrador público só pode fazer o que a lei autoriza, de modo que "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".

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

124. Na sequência, sustenta que o instituto da substituição de área difere do instituto da expansão de área, sendo que apenas esse último foi previsto expressamente em lei (arts, 3°, inciso I, e 5°, inciso IX, da Lei 12.815/2013).

125. Arremata 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.

126. Argumenta a unidade instrutora que, ainda que admitida a tese de que não seria necessária autorização legal para o instituto da substituição de áreas como ferramenta de gestão do porto organizado, o dispositivo regulamentar não contempla qualquer requisito ou mecanismo capaz de resguardar o cumprimento do dever de licitar previsto constitucionalmente, o que também o tornaria irregular.

127. Diante disso, propõe determinação à Casa Civil da Presidência da República e ao MTPA para que adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, no que toca à 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.

128. Perfilho da análise empreendida pela unidade instrutora acerca da hipótese de **substituição de áreas por empecilho superveniente**. Com efeito, a característica de mutabilidade intrínseca aos contratos de longo prazo agasalha o instituto previsto na parte final da alínea I do art. 24-A do Decreto 8.033/2013. Esse também tem sido o posicionamento do TCU nos casos em que se debruçou sobre modificações contratuais de contratos de concessão em face de eventos supervenientes, ressalvando que essa mutabilidade não é absoluta.

129. Tendo em vista os contornos delineados pela unidade instrutora em sua análise, e a fim de conferir estabilidade regulatória e segurança jurídica, reputo importante **expedir determinação** ao MTPA para que a regulamentação do instituto incorpore as condicionantes acima mencionadas, quais sejam: (i) a legitimidade do fato gerador; (ii) avaliação das alternativas para atendimento do interesse público; (iii) demonstração de que o risco de ocorrência do evento não está alocado ao arrendatário; (iv) e ponderação da alternativa com relação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

130. Quanto à hipótese de **substituição de áreas para fins de ganhos operacionais à atividade portuária, ou seja, como instrumento de planejamento e gestão portuária**, dissinto das conclusões da unidade instrutora.

131. No meu entender, é preciso reconhecer, especialmente no âmbito do Direito Público Econômico, um dos ramos no qual se assenta o Direito dos Serviços Públicos, que não subsiste a concepção clássica do princípio da legalidade segundo a qual a Administração só pode fazer aquilo que expressamente a lei autoriza.

132. Reputo que essa concepção rígida do princípio da legalidade no qual a Administração Pública é somente executora da lei não mais prepondera na maioria das atividades administrativas. Os frequentes e complexos desafios que se impõem ao administrador contemporâneo exigem que ele tenha um determinado nível de autonomia para adotar atos e medidas a fim de dar concretude aos objetivos, diretrizes, princípios e finalidades que orientam a consecução das políticas públicas, desde que dentro dos contornos que o quadro normativo lhe impõe. Essa concepção inclusive é consentânea com princípios mais modernos do direito administrativo, como o da eficiência e o da economicidade.

133. Acerca da moderna doutrina administrativa, vale transcrever excerto da obra de Odete Medauar, quando analisa possíveis interpretações e sentidos dados à aplicação do princípio da legalidade na Administração Pública:

> "O terceiro significado – somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a uma hipótese abstrata fixada explicitamente por norma legislativa -, traduz uma concepção rígida do princípio da

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

> legalidade e corresponde à ideia de Administração somente executora da lei; hoje não mais se pode conceber que a Administração tenha só este encargo. Esse significado do princípio da legalidade não predomina na maioria das atividades administrativas, embora no exercício do poder vinculado possa haver decisões similares a atos concretizadores de hipóteses normativas abstratas.
>
> O segundo significado exprime a exigência de que a Administração tenha habilitação legal para adotar atos e medidas; desse modo, a Administração poderá justificar cada uma de suas decisões por uma disposição legal; exige-se base legal no exercício dos seus poderes. Esta é a fórmula mais consentânea à maior parte das atividades da Administração brasileira, prevalecendo de modo geral. No entanto, o significado contém gradações; a habilitação legal, por vezes, é somente norma de competência, isto é, norma que atribui poderes para adotar determinadas medidas, ficando a autoridade com certa margem de escolha no tocante à substância da medida; por vezes, a base legal expressa um vínculo estrito do conteúdo do ato ao conteúdo da norma ou às hipóteses aí arroladas." (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7ª ed., Ed. RT, São Paulo, 2003, p. 137).

134. Tendo em vista a impossibilidade de que o legislador desça a todas as minúcias, é dado ao administrador, e ao regulador em especial, expedir normas que preencham espaços deixados na legislação primária. No caso concreto, esse entendimento é ainda mais reforçado pelo fato de estarmos diante de um decreto expedido pelo Presidente da República, que evidentemente dispõe de maior grau de legitimidade normativa em relação aos administradores comuns.

135. Por outro lado, nessa perspectiva, é preciso que os mesmos parâmetros que autorizam um maior alargamento desse poder normativo também possibilitem o controle do regulamento, uma vez que no Estado Democrático de Direito não pode existir ato insuscetível de controle.

136. No Acórdão 380/2018-TCU-Plenário, de minha relatoria, que tratou de possível extrapolação do poder regulamentar por agência reguladora, anotei, com base em entendimento doutrinário, que assistiria alargada autonomia ao regulador – que, por vezes, é o próprio Poder Executivo, evidentemente – para dispor sobre determinadas matérias, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Naquele caso concreto, entretanto, o vício do regulamento era atingir matéria protegida por reserva legal absoluta (campo material que a Constituição reserva expressa e exclusivamente à disciplina de lei formal, entendida como ato normativo emanado do Congresso Nacional e sujeito à sanção e veto por parte do Presidente da República). Transcrevo, por oportuno, excerto do voto condutor daquele aresto (grifei):

> "34. Disso extrai-se que, no entender da doutrina, **a agência reguladora possui certa autonomia para, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo legislador, dispor, de maneira geral, sobre a ordenação do transporte aquático**. Contudo, especificamente no tocante à matéria do parágrafo único do art. 178 em comento, que trata justamente da competência para estabelecer "as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras", o constituinte não deixou margem para tanto. **A constituição foi taxativa ao determinar que apenas lei formal poderia dispor sobre essa matéria**.
>
> 35. Nesse contexto, entendo que não poderia a Antaq, por meio de resolução, ter criado novas condições para o afretamento de embarcações estrangeiras além daquelas já previstas pelo legislador ordinário na Lei 9.432/1997. Vale dizer, **por mais alargado que seja o poder normativo das agências reguladoras, é evidente que ele não alcança conteúdos reservados à regulamentação exclusiva de lei formal**."

137. No caso aqui examinado, a criação do instituto da substituição de áreas não está envolvida em reserva legal absoluta (ou seja, exigência constitucional expressa de que determinado tema seja exclusivamente tratado por meio de lei formal, excluída qualquer outra fonte infralegal). Nesse ponto especificamente, tenho entendimento diverso da unidade instrutora, segundo a qual a outorga, pela Constituição Federal, de competência privativa à União para legislar sobre regime portuário teria criado hipótese de reserva legal absoluta, vedando, portanto, a criação de novos institutos jurídicos por norma infralegal. O art. 22, inciso X, da Constituição Federal dispõe:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

> "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> (...)
>
> X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;"

138. Esse dispositivo delimita que os demais entes federativos não podem legislar sobre a matéria. Se essa previsão estabelecesse, por si só, reserva legal absoluta, qualquer matéria de competência legislativa da União (todo o art. 22 da CF/88, portanto) somente poderia ser disciplinada por meio de lei formal.

139. De se observar como é distinta a situação constitucional das "condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras", cuja disciplina está expressamente reservada à lei pela Constituição. Vejamos:

> "Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.
>
> Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, **a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras**."

140. No caso concreto, no que diz respeito à possibilidade de substituição de áreas como medida de planejamento e gestão portuária, me parece que o regulamento editado encontraria esteio nas diretrizes emanadas do art. 3° da Lei 12.815/2013, sobretudo quando versa sobre o estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias e à eficiência das atividades prestadas, como forma de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do país.

141. Acrescento ainda que, existindo equivalência entre as áreas permutadas, a Administração não estará criando direito a favor do delegatário. Também julgo que não ocorreu a criação de uma obrigação ao arrendatário, uma vez que, não obstante inexistir previsão legal para rescisão amigável na Lei 8.987/1995, essa hipótese tem sido reconhecida por diversos doutrinadores e por decisões judiciais (v.g. AgRg no AgRg no Ag 1120090/SP. Relator Ministro Teori Zavascki).

142. A unidade instrutora discorre que, ainda que vencida essa possibilidade de estabelecer uma hipótese de substituição de área pela via infralegal, a inexistência de mecanismos capazes de assegurar o dever constitucional e legal de licitar ensejaria burla a esse dever, incorrendo em irregularidade do decreto.

143. Sobre esse ponto, no meu entender, há que se estabelecerem critérios e procedimentos extremamente rígidos que controlem os riscos apontados pela SeinfraPortoFerrovia. A substituição de área não pode servir de subterfúgio para burlar o dever constitucional de licitar ou para descaracterizar os objetos originalmente licitados. Por óbvio, a disciplina infralegal não pode colidir com preceitos constitucionais e legais.

144. Nesse sentido, julgo que o risco de fuga ao procedimento licitatório deve ser mitigado por meio de regulamentação do Decreto 8.033/2013 que oriente a sua aplicação no caso concreto, assim como feito nas demais questões tratadas neste voto. Reputo que, para além de assegurar que o dever de licitar não reste fulminado por via oblíqua, seria necessário delinear ainda outros controles para os seguintes riscos:

144.1. burla ao dever de licitar e desvirtuamento do objeto original de arrendamento;

144.2. comportamento oportunista do arrendatário de buscar a sua realocação para áreas mais "valorizadas" do porto organizado; e

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

144.3. tratamento favorável, ou mesmo desfavorável, a determinados grupos em vista do poder de influência que possuam junto à administração portuária.

145. É importante observar, inclusive, que no julgado trazido pela unidade instrutora (Acórdão 1.972/2012-TCU-Plenário), o TCU considerou ilegal a substituição de áreas num caso em que restou evidenciado que não existia equivalência entre as áreas permutadas, o que descaracterizava o objeto licitado e, de fato, é inadmissível.

146. Portanto, a deliberação que proponho dá ares extremamente restritivos à aplicação do instituto, de modo a torná-lo compatível com o ordenamento jurídico. Na regulamentação do dispositivo, deve-se estabelecer regras para que exista equivalência econômica entre as áreas permutadas (benfeitorias e obstáculos existentes, necessidades de investimento, facilidade de acesso, perspectivas de expansão, capacidade de movimentação, características do entorno, apenas para citar alguns aspectos que influenciam), manutenção da finalidade do arrendamento, e medidas outras que evitem a descaracterização do objeto.

147. Quanto aos comportamentos oportunistas e potencial favorecimento, tenho que eles serão tão menores quanto mais alinhadas as decisões estejam com os instrumentos de planejamento. Portanto, assim como manifestei na seção em que tratei dos investimentos em áreas comuns, deve ser avaliada a possibilidade de estabelecer marcos temporais em que esse instituto possa ser utilizado, evitando-se o casuísmo. Em outras palavras, seria recomendável que essa hipótese não seja efetuada a qualquer tempo até mesmo para assegurar que é, de fato, uma ferramenta de planejamento e de gestão.

148. Deve-se ainda prever ampla publicidade aos instrumentos de planejamento e, sobretudo, à cada utilização do instituto, de modo a possibilitar participação e controle social dos demais interessados, inclusive mediante mecanismos de denúncia e impugnação por parte de terceiros.

149. Ante o exposto, deve-se expedir determinação ao MTPA e à Antaq para a adequada regulamentação da questão. Considerando ainda que a hipótese de substituição de área deve ser analisada no caso concreto, com base em robusta motivação, insta determinar ao MTPA que se abstenha de celebrar termo de adaptação incluindo essa hipótese em caráter genérico nos contratos vigentes.

VI

150. Ao tempo em que concluo, passo a examinar consequências práticas da decisão.

151. As medidas ora propostas conciliam a impossibilidade de se afastar, em abstrato, os dispositivos impugnados e a preservação das normas – regras e princípios – que condicionam toda a atividade administrativa e regulatória. As determinações endereçadas aos órgãos envolvidos têm, portanto, o intuito de dar a esses institutos aplicação hígida nos quadros normativos vigentes.

152. É certo que, a partir desta deliberação, a aplicação desses dispositivos aos contratos vigentes ganha caráter absolutamente extraordinário e excepcional, mas é esse mesmo o entendimento externado pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil tanto nos procedimentos de elaboração do decreto quanto em sua manifestação nos autos.

153. Em relação à celebração de termo aditivo possibilitando a ampliação do prazo máximo de vigência dos atuais contratos de arrendamento para até setenta anos, cláusula segunda do termo de adaptação objeto do processo 50000.021871/2017-91, o meu entendimento é o de que essa possibilidade estaria em contrariedade a todo o ordenamento vigente. Aplicar o art. 2° do Decreto 9.048/2017 a todo e qualquer caso violaria o dever de licitar, os princípios da impessoalidade, da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório, da motivação e a obrigatoriedade de prazo determinado. E, segundo o próprio MTAP, não foi esse o sentido que norteou a elaboração da norma.

154. Ou seja, a decisão busca preservar o dever de a Administração licitar periodicamente o objeto das concessões portuárias, evitando que, no limite, os atuais arrendatários se perpetuem na

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

exploração dessas atividades. Por trás da obrigação legal de licitar, está a busca pela renovação constante e a mínima rotatividade na exploração dos serviços, de forma a fomentar a competitividade no setor e oportunizar a entrada de novos interessados, o que tende a aprimorar as tecnologias e o nível de serviço prestado.

155. Por outro lado, a vedação à ampliação do prazo de vigência dos atuais contratos não impõe qualquer prejuízo aos atuais arrendatários, visto que não há direito adquirido à prorrogação, como bem salientou o Poder Concedente, e à época da disputa licitatória não havia expectativa de prazo elastecido.

156. Além disso, ficou evidenciado que não há razão para que ocorra modificação genérica dos contratos vigentes, sem qualquer demonstração técnica da necessidade e da conveniência dessa medida caso a caso. Ao contrário, ainda que os contratos de concessão sejam mutáveis por natureza, a alteração das regras originadas no procedimento licitatório deve ser feita mediante profunda fundamentação técnica, examinadas as peculiaridades de cada caso concreto e explicitadas as vantagens dessa alteração em face das alternativas possíveis para atingir a finalidade pública.

157. Diante disso, proponho determinar ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil que se abstenha de celebrar termos aditivos de adaptação ou termos aditivos de prorrogação de prazo propriamente dito, dos contratos de arrendamento vigentes às regras do Decreto 8.033/2013, com a redação conferida pelo Decreto 9.048/2017, contendo cláusulas que possibilitem a ampliação da vigência máxima dos atuais contratos, nas hipóteses de prorrogação ordinária e antecipada, desprovida de análise que considere como parâmetros o prazo original do contrato de arrendamento e a possibilidade de prorrogá-lo, uma única vez, por um período igual ou inferior a esse prazo

158. Essa medida não afeta direitos subjetivos de atuais arrendatários, especialmente porque o que se examina nestes autos são os procedimentos de regulamentação do decreto e não os pleitos promovidos pelos arrendatários, os quais poderão ser examinados caso a caso pelo Ministério em procedimentos igualmente sindicáveis por esta Corte.

159. Cumpre destacar que neste momento inexiste situação jurídica plenamente constituída que deva ser preservada, sobretudo porque não há direito subjetivo à prorrogação de contrato.

160. As demais determinações postulam a adoção de medidas regulatórias consideradas necessárias, a fim de dar às disposições do Decreto 8.033/2013 a interpretação que busque sua hígida preservação no ordenamento jurídico, em homenagem à presunção de legalidade das normas de que se reveste o regulamento. Desse modo, o Tribunal não coloca impedimento prático à operação das regras, mas sim a necessidade de cumprimento de etapa de regulamentação de seu *modus operandi* à luz das demais regras e princípios aplicáveis ao setor, sobretudo os de natureza legal e constitucional.

161. Essa medida vai ao encontro do que já vem sendo feito pelo MTPA e pela Antaq e está aderente às manifestações dos órgãos no processo. Nesse particular, reforço que as providências aqui delineadas encontram, em grande medida, suporte nas ponderações feitas à época das discussões no processo de edição do Decreto 9.048/2017 sobre o que se pretendia com a criação de tais institutos. Na verdade, o que se busca definir com a presente decisão são regras regulatórias que previnam riscos na aplicação concreta do Decreto, medida sugerida pelo próprio Ministério nas suas manifestações nos autos e em reuniões junto ao meu gabinete.

162. Julgo que, efetivada a regulamentação pelos órgãos competentes, levando em consideração as sugestões aqui alvitradas, o ambiente de negócios vai ganhar maior previsibilidade, estabilidade e segurança.

163. Por isso, há que se afastar o frequente argumento de que uma aplicação mais rígida do Decreto poderia "travar" investimentos.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.

164. Em primeiro lugar, o que favorece investimentos não é a perpetuação de contratos já existentes, em condições por vezes insatisfatórias, mas a construção de um ambiente de negócios sadio, com regras que propiciem isonomia, eficiência, competitividade, mérito e desempenho. Investidores sérios se prontificam a disputar um certame se identificam que as regras serão minimamente estáveis ao longo do contrato e serão cumpridas não só por eles e pelo governo, mas também pelos seus concorrentes. Ao direcionar seus recursos, buscam previsibilidade na atuação governamental, estabilidade das regras, integridade nas relações e observância dos contratos: em suma o cumprimento das regras, sobretudo aquelas que já eram conhecidas de todos ao tempo da celebração das avenças.

165. Ademais, nossas constatações têm demonstrado que a continuidade dos concessionários atuais nem sempre é a melhor medida para viabilizar investimentos. O dado da realidade mostra que, em diversos setores regulados e de maneira generalizada, a regra é a inexecução dos investimentos pactuados. Infelizmente, o setor portuário não figura como exceção, conforme trabalhos recentes do Tribunal e que, em breve, serão submetidos ao Plenário.

166. É notório que a edição do Decreto 9.048/2017 foi cercada de muita suspeita, envolvendo questões que escapam a natureza e o escopo deste trabalho. Tais suspeitas estão sendo apuradas nos foros competentes a partir de informações que não estão à disposição deste Tribunal.

167. Ao menos sob uma perspectiva procedimental, deve-se reconhecer o esforço de publicidade e participação adotado nas etapas que integraram o procedimento de elaboração do regulamento. A cópia do procedimento administrativo encaminhado pelo MTPA abrange atas de reuniões, pareceres técnicos e jurídicos e um extenso relatório final e seus anexos. Todos os pontos tratados neste acompanhamento foram objeto de divergências e de indicação de riscos nas discussões internas, as quais, a despeito da redação final do decreto, restaram registradas nos autos e são passíveis de consulta e de subsídio ao eventual controle dos atos.

168. Quanto à solicitação do MTPA para autorização de celebração de termos aditivos de adaptação com cláusula resolutiva e de termos aditivos de prorrogação transitória (peça 62), com o presente julgamento entendo que o pleito perdeu o objeto.

169. Por fim, gostaria de agradecer as valiosas contribuições recebidas dos Ministros Benjamin Zymler, José Múcio Monteiro, Raimundo Carreiro e Walton Alencar Rodrigues.

Ante todo o exposto, voto no sentido de que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em tagDataSessao.

Ministro BRUNO DANTAS

Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59593579.