

ACÓRDÃO Nº 1446/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 030.098/2017-3.
 - 1.1. Apenso: 010.219/2018-8; 004.656/2018-0; e 005.670/2018-7.
2. Grupo II – Classe de Assunto: V – Relatório de Acompanhamento
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgãos/Entidades: Agência Nacional de Transportes Aquaviários; Casa Civil da Presidência da República; e Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia).
8. Representação legal:
 - 8.1. Pericles Tadeu Costa Bezerra e outros, representando Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil;
 - 8.2. Daniel Vieira Bogéa Soares (OAB/DF 34.311) e outros, representando Associação Brasileira dos Terminais Portuários – ABTP, Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público – Abratec, Associação Brasileira de Terminais e Recintos Alfandegados – Astra e Associação Brasileira de Terminais Líquidos – ABTL; e
 - 8.3. Michael Gleidson Araujo Cunha, representando Agência Nacional de Transportes Aquaviários.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos 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, regulamentador da Lei 12.815/2013, a qual dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250 do Regimento Interno do TCU, determinar ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil que se abstenha de celebrar termos aditivos de adaptação ou, conforme o caso, termos aditivos de prorrogação, 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:

9.1.1. 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;

9.1.2. a extensão do prazo de vigência máximo originalmente previsto, mediante prorrogação para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, desprovida de análise que demonstre que a alternativa da licitação comprovadamente não se mostra a mais vantajosa, bem como o cumprimento dos seguintes requisitos, cumulativamente, para cada contrato de arrendamento:

9.1.2.1. ocorrência de fato superveniente, imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis, alocado como risco do poder concedente que tenha modificado a situação contratada inicialmente;

9.1.2.2. necessidade de adoção de mecanismo para a recomposição de desequilíbrio econômico-financeiro materialmente relevante;

9.1.2.3. 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;

9.1.3. a execução de investimentos na área comum do porto organizado, mediante reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos do art. 42-A do Decreto 8.033/2013, desprovida de análise prévia e fundamentada dos pressupostos que autorizam a modificação contratual no caso concreto, em obediência ao princípio da motivação dos atos administrativos, contemplando pelo menos os seguintes aspectos:

9.1.3.1. identificação do fato superveniente não previsto inicialmente na avença, não decorrente de culpa do contratado;

9.1.3.2. demonstração de desequilíbrio materialmente relevante na equação econômico-financeira e que o risco de ocorrência do evento não estava alocado ao contratado;

9.1.3.3. comprovação de que a realização do investimento não ensejará a descaracterização do objeto do contrato de arrendamento, mediante a aferição de limites objetivos e subjetivos previstos na avença ou em regulamento;

9.1.3.4. preservação do uso público das infraestruturas, vedando qualquer preferência ou distinção de tratamento ao arrendatário ou aos seus clientes;

9.1.3.5. avaliação e aprovação prévia do projeto e do orçamento da obra a ser realizada, assegurando que o reequilíbrio decorrente da realização de investimentos ocorra a preços de mercado;

9.1.3.6. motivação, pela autoridade portuária, de que a realização de investimentos pelo arrendatário naquele caso é solução mais adequada do que sua execução pela própria autoridade;

9.1.4. a substituição de áreas, nos termos do art. 24-A do Decreto 8.033/2013, desprovida de análise prévia e fundamentada dos pressupostos que autorizam a modificação contratual no caso concreto, em obediência ao princípio da motivação dos atos administrativos, contemplando, pelo menos, os seguintes aspectos além daqueles ordinariamente previstos no regulamento:

9.1.4.1 identificação do fato superveniente não previsto inicialmente na avença, caracterizador da situação que impossibilite a utilização da área original, não decorrente de culpa do arrendatário, na hipótese de substituição de área por empecilho superveniente;

9.1.4.2. comprovação de que o risco de ocorrência do evento não estava alocado ao contratado, na hipótese de substituição de área por empecilho superveniente;

9.1.4.3. demonstração de que a substituição de área é a melhor alternativa com vistas ao atendimento do interesse público, dentre outras possíveis, a exemplo da rescisão contratual ou de outras hipóteses de reequilíbrio, conforme art. 14 da Resolução-Antaq 3.220/2014, inclusive na hipótese de substituição de área por empecilho superveniente;

9.1.4.4. realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato;

9.1.4.5. ponderação da alternativa em relação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, assegurando a equivalência econômica entre as áreas permutadas;

9.2. com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250 do Regimento Interno do TCU, determinar ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que, no âmbito de suas competências, adotem medidas concernentes à regulamentação do Decreto 8.033/2013, assegurando que:

9.2.1. em relação à implementação do art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017:

9.2.1.1. vedar a possibilidade de 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;

9.2.1.2. restringir a hipótese de prorrogação contratual para fins de reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de arrendamento portuário às situações em que restar demonstrado que a

alternativa da licitação comprovadamente não se mostra a mais vantajosa, bem como o cumprimento dos seguintes requisitos, cumulativamente, para cada contrato:

9.2.1.2.1. ocorrência de fato superveniente, imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis, alocado como risco do poder concedente que tenha modificado a situação contratada inicialmente;

9.2.1.2.2. necessidade de adoção de mecanismo para a recomposição de desequilíbrio econômico-financeiro materialmente relevante;

9.2.1.2.3. 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;

9.2.1.3. vedar a possibilidade de extensão de prazo cujos arrendatários estejam em falta com as obrigações com o Poder Público, inclusive no que tange aos investimentos originariamente previstos, bem como em relação aos padrões de qualidade e desempenho na prestação de serviço;

9.2.1.4. incluir condição resolutiva a fim de impedir a eficácia da prorrogação nas hipóteses de descumprimento da nova obrigação de investimento assumida pelo arrendatário;

9.2.1.5. avaliar a imposição de limite temporal com vistas a vedar a utilização do instituto no período final do contrato;

9.2.1.6. avaliar a definição de limites que assegurem que o prazo admissível para a prorrogação guarde razoável relação de proporcionalidade com o prazo inicial do contrato;

9.2.1.7. estabelecer metodologia de avaliação e aprovação prévia de projetos e do orçamento do investimento a ser realizado, procurando, inclusive, simular os efeitos de competitividade ou de barganha nesse processo de orçamentação, considerando, em alguma medida, os ganhos decorrentes da licitação, de modo a assegurar que o reequilíbrio pelo investimento ocorra a preços de mercado;

9.2.2. em relação à execução de investimentos em área comum do porto organizado, mediante reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos do art. 42-A do Decreto 8.033/2013:

9.2.2.1. fixar limites objetivos, com vistas a evitar a descaracterização do objeto do contrato de arrendamento e potencial comportamento oportunista dos arrendatários;

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

9.2.2.3. estabelecer mecanismos de fiscalização da utilização do instituto;

9.2.2.4. estabelecer parâmetros e critérios que possibilitem utilizar o cumprimento das obrigações ordinárias do arrendatário (obrigações contratuais) como subsídio para o emprego do instituto;

9.2.2.5. assegurar que o investimento tenha relação, ainda que indireta, com o serviço prestado pelo arrendatário;

9.2.2.6. incorporar o componente “planejamento” na utilização do instituto, avaliando a possibilidade e a conveniência de limitar o seu uso a casos de investimentos previstos nos instrumentos de planejamento da autoridade portuária, e de estabelecer marcos temporais para a inclusão desses investimentos nos contratos de arrendamento;

9.2.2.7. estabelecer metodologia de avaliação e aprovação prévia de projetos e do orçamento da obra a ser realizada, procurando, inclusive, simular os efeitos de competitividade ou de barganha nesse processo de orçamentação, considerando, em alguma medida, os ganhos decorrentes da licitação, de modo a assegurar que o reequilíbrio pelo investimento ocorra a preços de mercado;

9.2.2.8. instituir mecanismos de transparência, promovendo-se especial publicidade das propostas e da formalização de termos aditivos que incluam investimentos dessa natureza nos contratos de arrendamento, evidenciando custos considerados e impactos para os usuários dos serviços;

9.2.2.9. instituir mecanismos que coibam potencial comportamento oportunista da autoridade portuária no dever de implantar e manter as áreas e instalações sob seu encargo, a exemplo da exigência de motivação, pela autoridade portuária, de que a realização de investimentos pelo arrendatário naquele caso é solução mais adequada do que sua execução pela própria autoridade;

9.2.2.10. instituir mecanismos de regulação tarifária e contabilidade regulatória destinados eliminar a possibilidade de incremento indevido de custos para os usuários dos serviços portuários;

9.2.2.11. vedar a utilização combinada com a prorrogação de prazo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro;

9.2.3. em relação à possibilidade de substituição de áreas de arrendamento, nos termos do art. 24-A do Decreto 8.033/2013:

9.2.3.1. instituir mecanismos que mitiguem o risco de desvirtuamento do objeto original do arrendamento, assegurando-se de manter a equivalência econômica entre as áreas permutadas e a finalidade do arrendamento;

9.2.3.2. adotar medidas que coibam potencial comportamento oportunista de arrendatários e o tratamento favorável ou desfavorável a grupos com maior ou menor poder de influência, a exemplo da utilização de instrumentos de planejamento e ampla transparência;

9.2.3.3. instituir mecanismos de participação e controle social contemplando, pelo menos, a realização de audiências públicas e a formalização de canais institucionais para denúncias e impugnações por parte de terceiros;

9.2.4. apresentem ao TCU, no prazo de 30 (trinta) dias, plano de ação com indicação de etapas intermediárias, responsáveis e prazos relativos aos subitens 9.2.1, 9.2.2 e 9.2.3 deste acórdão;

9.3. dar ciência ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil de que a redação da Cláusula Sexta, parágrafo terceiro, da minuta-padrão de termo aditivo objeto do Parecer 706/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU, ao disciplinar o disposto no art. 42-A do Decreto 8.033/2013, contraria o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira disposto no art. 9º, §§ 2º e 4º, da Lei 8.987/1995;

9.4. determinar ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que:

9.4.1. na hipótese da prorrogação contratual prevista no subitem 9.2.1.2, a proposta deverá ser encaminhada ao TCU, nos termos do art. 10 da Instrução Normativa 81, de 20 de junho de 2018, para pronunciamento, aplicando, no que couber, os termos da referida IN;

9.4.2. submeta ao TCU, previamente à sua celebração, aditivos tendentes a efetivar a substituição de áreas de arrendamento prevista no art. 24-A do Decreto 8.033/2013;

9.5. considerar prejudicada, por perda de objeto, a solicitação do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil constante da peça 62;

9.6. encaminhar cópia deste acórdão à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, à Casa Civil da Presidência da República, ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, à Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal, à Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados e às entidades admitidas como amicus curiae nestes autos;

9.7. encaminhar cópia do inteiro teor desta deliberação à Procuradoria-Geral da República, para que avalie a pertinência de propor junto ao foro cabível as ações adequadas ;

9.8. restituir os autos à SeinfraPortoFerrovia para o monitoramento das deliberações e para a continuidade do presente acompanhamento.

10. Ata nº 24/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 26/6/2018 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1446-24/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, José Múcio Monteiro, Bruno Dantas (Relator) e Vital do Rêgo.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral