

TC 030.098/2017-3

Tipo: Monitoramento

Unidade jurisdicionada: Ministério da Infraestrutura (Minfra) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários

Responsável: Tarcísio Gomes de Freitas (CPF 80.777.838-05), Mário Povia (CPF 052.473.918-88) e Francisval Dias Mendes (CPF 340.112.341-68)

Advogado: Não há

Interessado em sustentação oral: Não há

Proposta: Diligência

INTRODUÇÃO

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

HISTÓRICO

2. O Decreto 9.048/2017 foi editado e promulgado com a finalidade de alterar o Decreto 8.033, de 27 de junho de 2013, que regulamenta o disposto na Lei 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e de instalações portuárias. As alterações no regulamento então vigente representaram substanciais inovações no regramento do setor portuário.

3. Com vistas a buscar entender os impactos da mudança regulatória, foram realizadas diligências ao anterior Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil - MTPA (atualmente denominado de Ministério da Infraestrutura - Minfra), à Antaq e à Casa Civil (peças 6, 7 e 8) para que encaminhassem cópias de processos administrativos que tenham tido por objeto a análise de premissas e fundamentos das alterações pretendidas no novo marco normativo infralegal, bem como de notas técnicas, pareceres e outros documentos relevantes.

4. Após a análise das informações colhidas junto aos referidos órgãos e entidades, a unidade técnica apontou indícios de irregularidades em três institutos previstos na minuta padrão de adaptações dos contratos de arrendamento vigentes às disposições do Decreto 9.048/2017: (i) possibilidade de extensão de vigência do contrato sem amparo legal; (ii) possibilidade de realização de investimentos fora da área arrendada; e (iii) possibilidade de substituição de área pública arrendada sem licitação prévia (peça 25, p. 4-14).

5. Argumentou, 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* (peça 25, p. 14-16). Como forma de mitigar o risco identificado, a unidade técnica submeteu à consideração superior proposta de cautelar *inaudita altera pars* para que o MTPA se abstinhasse 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 (peça 25, p. 18-19):

- 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;

- 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

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

6. Ato contínuo, em manifestação acostada à peça 32 dos autos, o 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 nº 8.630/93 até que a Corte de Contas manifeste-se, no mérito, quanto à matéria”.

7. Com base no compromisso estabelecido pelo Ministério, o Ministro Relator entendeu razoável o afastamento da cautelar proposta pela unidade técnica, bem como determinou novas medidas para o aprofundamento do tema (peça 34).

8. Com vistas a dar cumprimento ao Despacho do Ministro Relator, o então Secretário de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária autorizou nova fiscalização com o objetivo de acompanhar os atos e procedimentos adotados pelo MTPA e pela Antaq visando a adaptação de contratos de arrendamentos portuários, decorrentes das alterações normativas introduzidas pelo Decreto 9.048/2017 (peça 48).

9. As conclusões da nova ação de controle dissentiram parcialmente do relatório de auditoria anterior (peça 63, p. 79-82), pois não ratificaram todas as supostas irregularidades encontradas na minuta padrão de adaptações dos contratos de arrendamento vigentes às disposições do Decreto 9.048/2017.

10. Nesse sentido, no que tange à realização de investimentos fora da área arrendada, a equipe dissentiu do entendimento anterior, concluindo pela não subsistência dos indícios de ilegalidade inicialmente apontados sobre o *caput* do art. 42-A do Decreto 8.033/2013. Porém, determinações foram propostas com vistas a mitigar os riscos de aplicação da nova disposição regulatória.

11. Quanto à possibilidade de adaptação de contratos de arrendamento portuário vigentes para promover-se a ampliação de seu prazo máximo, a nova análise do tema confirmou o entendimento anterior, pois os argumentos trazidos pelos gestores em resposta às oitivas não foram capazes de afastar os indícios de ilegalidade detectados. Em apertada síntese, a equipe de auditoria rechaçou a tese de mutabilidade dos contratos de arrendamento como forma de justificar a possibilidade de aplicação imediata e geral da dilatação do prazo máximo previsto, pois este princípio deve ser avaliado a luz da execução contratual, conseqüentemente, é necessária a análise individualizada e fundamentada dos motivos ensejadores da majoração.

12. Em relação às disposições do Decreto 9.048/2017 acerca da possível substituição de área arrendada, a unidade instrutora considerou que a substituição de áreas tratada no referido regulamento poderia ser dividida em duas situações 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, ou seja, como instrumento de planejamento e gestão.

13. No caso da substituição de áreas como instrumento de gestão portuária, a equipe reforçou a tese inicial de possível irregularidade, sob o argumento de que se trata de um instrumento jurídico novo, previsto no Decreto 9.048/2017, que extrapola os ditames legais, esvaziando-se sua legitimidade como uma ferramenta de concretização do plano de desenvolvimento e zoneamento do porto e de gestão portuária. Asseverou, ainda, que tal instrumento de gestão não se confunde com a possibilidade de expansão e/ou unificação de áreas já arrendadas dentro do porto organizado. Em suma, defendeu que o decreto inovou ao criar instituto não previsto em Lei e, conseqüentemente, extrapolou os ditames da própria lei regulamentada.

14. Já no que se refere à substituição de áreas em virtude de empecilho superveniente, constatou-se que não há clareza quanto às situações e condições nas quais poderá ser aplicada a parte final do inciso I do art. 24-A do Decreto 8.033/2013. Contudo, em que pese o caráter genérico do dispositivo, a equipe entendeu que seria possível “a substituição de área arrendada como consequência de mutabilidade inerente aos contratos de arrendamento portuário” (peça 63, p. 75).

15. O relatório de auditoria foi acolhido em sua essência pelo Ministro Relator Bruno Dantas, dissentindo somente quanto à possibilidade de substituição de áreas como instrumento de gestão portuária. O entendimento do Relator foi pela aplicabilidade da substituição, tendo em vista que: (i) a reserva legal absoluta não se aplicaria ao caso em exame e, (ii) a possibilidade de substituição de áreas como medida de planejamento e gestão portuária estaria em consonância com as diretrizes postas no art. 3º da Lei 12.815/2013. Contudo, como forma de evitar eventual burla ao dever de licitar, o Ministro entendeu necessária a imposição de diversas salvaguardas de controle por meio de regulamentação do Decreto 8.033/2013.

16. Além dessas salvaguardas, o voto condutor do Relator defendeu a adoção de outras diversas medidas regulatórias, “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” (peça 75, p. 27).

17. Em plena sintonia com o Voto do Ministro, o Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário trouxe uma série de determinações ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (atual Ministério da Infraestrutura) e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), para que adotassem medidas concernentes à regulamentação do Decreto 8.033/2013.

18. Em 26/2/2019, a Antaq encaminhou um quadro síntese com informações da execução do cronograma de cumprimento das determinações constantes do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário (peça 101). Como forma de modular os efeitos do Decreto aos termos do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, informou que já tinham sido editadas algumas revisões regulamentares. Contudo, destacou que as ações da Antaq referentes ao novo arcabouço envolvendo a análise de viabilidade técnica, econômica e ambiental de arrendamento portuários ainda dependia da definição das novas portarias a serem editadas pela instância ministerial.

19. Em 12/8/2019, a Agência Reguladora atualizou as informações sobre o andamento das alterações regulatórias decorrentes das alterações legislativas introduzidas pelo Decreto 9.048/2017 (peça 105). Apresentou, também, o histórico das providências que foram tomadas para atualizar os temas regulatórios sob a sua competência e informou que algumas matérias ainda encontravam-se inconclusas: (i) a revisão da Resolução Normativa 207-Antaq, de 2016, que regula a ocupação de áreas e instalações portuárias sob gestão da administração do porto no âmbito dos portos organizados; (ii) a revisão da Resolução 5.464-Antaq, com o intuito de aprimorar o Manual de Análise para Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) de arrendamentos nos portos organizados; e (iii) a revisão da norma aprovada pela Resolução 3.220-Antaq, que estabelece procedimentos para a elaboração de projetos de arrendamentos e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias nos portos organizados.

20. No que tange aos procedimentos relativos à Contabilidade Regulatória dos Arrendatários, a Agência informou que a edição das Resoluções Normativas 29 e 32-Antaq em conjunto com a implementação do Sistema de Procedimentos de Regulação Tarifária atendem em sua plenitude as determinações desta Corte de Contas.

21. Em 11/9/2019, o titular da unidade técnica autorizou a realização de diligência ao Ministério da Infraestrutura para que, no prazo de 15 dias, informasse as medidas adotadas para cumprimento aos itens 9.2 e 9.4 do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário. Em 30/9/2019, a resposta do Minfra foi protocolada junto a esta Corte de Contas (peça 113).

EXAME TÉCNICO

22. Inicialmente, destaca-se que a Antaq não encaminhou, até a presente data, atualização das matérias inconclusas indicadas no item 19, impossibilitando uma análise conclusiva sobre o cumprimento das determinações impostas pelo Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário que repousam sob a responsabilidade daquela Agência.

23. Quanto ao cumprimento das determinações endereçadas ao Minfra, com exceção dos itens 9.2.1.5 e 9.2.2.1, a pasta ministerial considerou atendidos todas as exigências do referido Acórdão com a publicação da Portaria Minfra 530/2019 que buscou regulamentar os Decretos 8.033/2013 e 9.048/2017. Segundo informado, os dois itens não atendidos serão objeto de “revisão”. Segue abaixo, tabela apresentada pelo jurisdicionado que relaciona as disposições regulatórias consideradas suficientes para atender às medidas determinadas por esta Corte de Contas (peça 115).

Tabela 1 – Correspondência entre os itens do Acórdão 1.446/2018-Plenário e a Portaria Minfra 530/2019

Acórdão 1.446/2018			
Item	Determinação/recomendação	Atendimento	Identificação na portaria
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:	SIM	Art. 123
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;	SIM	Art. 123
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:	SIM	Art. 90 a 93
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;	SIM	Inciso I do art. 91
9.1.2.2	necessidade de adoção de mecanismo para a recomposição de desequilíbrio econômico-financeiro materialmente relevante;	SIM	Art. 90 a 93
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;	SIM	Inciso II do art. 91

Acórdão 1.446/2018			
Item	Determinação/recomendação	Atendimento	Identificação na portaria
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;	SIM	Art. 15, e inciso III do art. 17
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;	SIM	Inciso III do art. 17
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;	SIM	Inciso IV do art. 17
9.1.3.4	preservação do uso público das infraestruturas, vedando qualquer preferência ou distinção de tratamento ao arrendatário ou aos seus clientes;	SIM	Art. 20
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;	SIM	Arts. 59, 94 e 96
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;	SIM	Inciso I do § 2º do art. 18
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;	SIM	Art. 37 e inciso I do art. 39
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;	SIM	§2º do art. 37
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;	SIM	Inciso I do art. 37
9.1.4.4	realização de reequilíbrio econômico-financeiro do	SIM	Art. 61

Acórdão 1.446/2018			
Item	Determinação/recomendação	Atendimento	Identificação na portaria
	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;	SIM	Art. 39 e §1º do art. 45
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;	SIM	Art. 123
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:	SIM	Parágrafo único do art. 68
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;	SIM	Inciso I do art. 91
9.2.1.2.2	necessidade de adoção de mecanismo para a recomposição de desequilíbrio econômico-financeiro materialmente relevante;	SIM	Art. 90 a 93
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;	SIM	Inciso II do art. 91
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;	SIM	§1º do art. 91
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;	SIM	Inciso XI do art. 79
9.2.1.5	avaliar a imposição de limite temporal com vistas a vedar a utilização do instituto no período final do contrato;	NÃO	Pedido de revisão

Acórdão 1.446/2018			
Item	Determinação/recomendação	Atendimento	Identificação na portaria
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;	SIM	§3º do Art. 91
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;	SIM	Explicado nos parágrafos 2.16 a 2.19 da NT 45/2019
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;	NÃO	Pedido de revisão
9.2.2.2	preservar o uso público das infraestruturas, não gerando qualquer preferência ou distinção de tratamento aos arrendatários ou seus clientes;	SIM	Art. 20
9.2.2.3	estabelecer mecanismos de fiscalização da utilização do instituto;	SIM	Explicado nos parágrafos 2.8 e 2.9 da NT 45/2019
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;	SIM	Inciso IV do art. 16
9.2.2.5	assegurar que o investimento tenha relação, ainda que indireta, com o serviço prestado pelo arrendatário;	SIM	Inciso II do §2º do art. 18 e inciso I do art. 16
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;	SIM	Inciso I do art. 16, inciso II do do §2º do art. 18 e art. 19
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;	SIM	Explicado nos parágrafos 2.16 a 2.19
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	SIM	Art. 60

Acórdão 1.446/2018			
Item	Determinação/recomendação	Atendimento	Identificação na portaria
	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;	SIM	Inciso I do § 2º do art. 18
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;	SIM	Explicado nos parágrafos 2.24 a 2.26 da NT 45/2019
9.2.2.11	vedar a utilização combinada com a prorrogação de prazo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro;	SIM	Inciso III do art. 16
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;	SIM	Art. 45
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;	SIM	Art. 42, art. 44 e 45
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;	SIM	Inciso III do art. 44
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;	SIM	Parágrafo único do art. 93
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;	SIM	§2º do art. 45

Fonte: Planilha encaminhada pelo Minfra adaptada (peça 115)

24. Após a leitura a tabela acima, observa-se que o Ministério considerou como temas afetos à competência da Antaq as determinações indicadas nos itens 9.2.1.7, 9.2.2.3, 9.2.2.7 e 9.2.2.10. Os argumentos que sustentaram essa divisão de responsabilidades constam da Nota

Técnica 45/2019/CGGC I/DGCO-SNPTA/SNPTA - NT 45/2019 (peça 116). Ocorre que, os documentos comprobatórios encaminhados pela Antaq dão conta, tão somente, do cumprimento ao item 9.2.2.10 do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário. Assim, a avaliação do atendimento integral das determinações endereçadas a esta agência ainda dependem do envio de informações comprobatórias.

25. No que tange às determinações indicadas nos itens 9.2.1.2, 9.2.1.2.1, 9.2.1.2.2, 9.2.1.3, 9.2.1.4, 9.2.1.6, 9.2.2.2, 9.2.2.5, 9.2.2.6, 9.2.2.9, 9.2.2.11, 9.2.3.2, 9.2.3.3 e 9.4.2, todas devem ser consideradas cumpridas, pois a simples leitura dos normativos, indicados na tabela, permite concluir pelo atendimento aos referidos itens.

26. Quanto às determinações relacionadas nos itens 9.1.2, 9.1.2.1, 9.1.2.2, 9.1.3.1, 9.1.3.2, 9.1.3.4, 9.1.3.5, 9.1.3.6, 9.1.4.1, 9.1.4.2, 9.1.4.4, o Minfra indica como suficientes para o atendimento a esta Corte de Contas os normativos indicados na tabela acima (peça 115). Por meio de nota, reforça que a diretriz atual do ministério é de negar qualquer pedido de adaptação (peça 113, p. 8):

Assim, **diante da manifestação da Egrégia Corte de Contas, o Ministério manteve seu compromisso estabelecido desde o início de 2018 e atualmente a diretriz ministerial adotada é no sentido de indeferir todos os pedidos de adaptação protocolados neste Poder Concedente.** Logo, não há mais qualquer motivação para a elaboração de uma portaria normativa no sentido de regulamentar as adaptações dos contratos de arrendamentos portuários uma vez que a mesma seria totalmente inócua.

27. Contudo, não fica claro se ocorreu alguma adaptação após a edição do Decreto 9.048/2017, pois somente foi informado que a **diretriz atual** é negar. Assim, é necessário que o Minfra informe se algum contrato foi adaptado nos termos do Decreto 9.048/2017 (item 9.1). Na mesma linha, deve ser esclarecido se algum contrato foi aditivado nos termos do item 9.4.

28. Quanto ao item 9.4.1 do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, o artigo 93 da portaria dispõe sobre a “concessão de tempo de exploração superior ao prazo máximo originalmente previsto no contrato”, muito embora o Acórdão disponha sobre a restrição de prorrogação contratual para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. Assim, a portaria não condiciona o envio de reequilíbrios ocorridos no âmbito de contratos que já sofreram prorrogação dentro do horizonte máximo definido no contrato. Por exemplo, um contrato com previsão máxima de vigência de 25 anos que foi prorrogado por mais 10 anos. Eventual reequilíbrio mediante aditivo para prorrogar o contrato em 15 anos, em tese, pode não ser enviado ao TCU, tendo em vista que o prazo máximo contratual permitido é de 50 anos. Este ponto deve ser esclarecido pela Unidade Jurisdicionada.

29. Em relação às determinações indicada nos itens 9.1.1 e 9.2.1.1, o seu cumprimento deve ser considerado parcial, pois a forma que o tema foi regulado permite sucessivas prorrogações contratuais, em afronta literal ao conteúdo do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, conforme depreende-se da leitura dos trechos abaixo:

Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário

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;

(...)

9.2.1. 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;

Portaria Minfra 530/2019

Art. 123. Os contratos de arrendamento portuário em vigor poderão ser alterados para que **prevejam a possibilidade de sucessivas prorrogações do prazo de vigência**, respeitado o prazo máximo originalmente estabelecido no contrato. (grifos acrescentados)

30. A não aderência plena à exigência desta Corte de Contas foi justificada no bojo da Nota Técnica 33/2019/CGGCI/DGCO-SNPTA/SNPTA (peça 117, p. 27):

5.214. No que se refere ao estabelecimento do prazo de prorrogação contratual, cabe esclarecer que até o advento do Decreto nº 9.048/2017, os contratos de arrendamentos só poderiam ser prorrogados uma única vez, por igual período; ressalvados os casos em que o contrato estabelecia regramento diverso.

5.215. Com base nessa premissa, as prorrogações contratuais eram sempre realizadas uma única vez e por todo o período previsto, mesmo nos casos em que a amortização dos investimentos estava prevista para ocorrer em momento anterior ao período concedido; situação excepcional em que se imporia ao arrendatário uma obrigação de investimentos futura.

5.216. No entanto, com base no dispositivo do novo decreto que permitiu a aplicação das prorrogações sucessivas aos contratos de arrendamento, vislumbrou-se a possibilidade de se aplicar esse instituto para a prorrogação dos contratos já celebrados no momento da publicação do decreto.

5.217. Registre-se que o Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, que avaliou as disposições do Decreto nº 9.048/2017, não impediu a aplicação das prorrogações sucessivas aos contratos em vigor, desde que respeitado o limite de extensão de prazo previsto contratualmente.

5.218. A aplicação das prorrogações sucessivas de contratos de arrendamento, aliado à concessão de prazo com base no cálculo do tempo necessário para a amortização dos investimentos e para a adequada remuneração do empreendedor, trará uma nova eficiência alocativa ao instituto da prorrogação contratual, o que permitirá uma análise do poder concedente com base em critérios muito mais objetivos e concretos em prol de uma gestão de contratos de arrendamento mais otimizada.

31. Mesmo que alguns pontos elencados pelo Minfra possam ser, eventualmente, considerados razoáveis, as determinações do Tribunal de Contas somente podem ser modificadas por via recursal, conforme jurisprudência pacífica desta Corte:

Acórdão 453/2019-TCU-Plenário (Relator: Marcos Bemquerer)

Enunciado:

O cumprimento de determinações e diligências do TCU não se encontra sujeito a juízo de conveniência e oportunidade dos gestores integrantes da Administração Pública, uma vez que se revestem de força cogente. Havendo dúvida ou inconformismo em relação a deliberações do Tribunal, cabe ao responsável utilizar, tempestivamente, os recursos previstos na Lei 8.443/1992 e no Regimento Interno do TCU, e não optar pelo descumprimento injustificado.

Acórdão 4.428/2014-TCU-Primeira Câmara (Relator: Benjamin Zymler)

Enunciado

As determinações do TCU não se encontram sujeitas ao juízo de conveniência dos gestores integrantes da Administração Pública, uma vez que se revestem de caráter coativo. Havendo dúvidas ou inconformismo em relação a deliberação do Tribunal, cabe ao órgão jurisdicionado interpor, tempestivamente, os recursos próprios previstos na Lei Orgânica do TCU e no seu Regimento Interno.

32. O mesmo argumento vale para os itens 9.2.1.5 e 9.2.2.1, cujo descumprimento foi justificado por eventual pedido de revisão a esta Corte. Portanto, as determinações constantes dos itens 9.1.1 e 9.2.1.1, 9.2.1.5 e 9.2.2.1 permanecem sem a comprovação de seu atendimento na totalidade.

33. Quanto ao cumprimento das determinações consignadas nos itens 9.1.2.3 e 9.2.1.2.3 do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, o regulamento reproduziu apenas parcialmente a literalidade do texto empregado na referida deliberação, tendo em vista que suprimiu a parte em negrito abaixo destacada:

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;**

34. Assim, o regulamento não indica as referências normativas que orientam a aplicação no caso concreto da disposição, tornando demasiadamente abstrato o seu conteúdo: “utilização de outros mecanismos que interfiram prioritariamente na relação entre o poder público e o particular”. Contudo, a jurisprudência desta Corte de Contas deve ser obedecida a qualquer tempo, via de consequência, a ausência da indicação expressa na norma regulatória do dever de obediência ao Acórdão 774/2016-TCU-Plenário não causa prejuízo ao atendimento da determinação. Contudo, vale lembrar que a Resolução-Antaq 3.220/2014 encontra-se sob revisão, assim, eventuais modificações da norma podem impactar a presente análise. Portanto, o cumprimento do item 9.2.1.2.3 do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário devem ser avaliados em conjunto com a nova redação da Resolução-Antaq 3.220/2014.

35. No que tange à determinação consignada no item 9.1.4.3, o seu texto também faz alusão a Resolução-Antaq 3.220/2014, portanto sua análise deve ser realizada posteriormente. Ademais, a disposição regulatória indicada como suficiente para demonstrar o cumprimento da referida determinação é pouco aderente ao exigido por esta Corte de Contas, conforme observa-se quando confrontados o conteúdo da deliberação e o respectivo trecho da norma:

Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário

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;

Portaria Minfra 530/2019

Da substituição de área

Art. 37. A área arrendada poderá ser substituída, no todo ou em parte, por área não arrendada no mesmo porto organizado quando:

I - a medida comprovadamente trouxer ganhos operacionais à atividade portuária; ou

II - houver empecilho superveniente ao uso da área original.

§ 1º Considera-se empecilho superveniente ao uso da área original o evento que:

I - impossibilite o uso da área para as atividades descritas no contrato de arrendamento; ou II - impeça a realização eficiente de serviços portuários na área arrendada.

§ 2º Não será aprovada a substituição de área quando o evento causador do empecilho ao uso da área original houver decorrido de culpa do arrendatário ou quando houver ele assumido o risco de sua ocorrência.

36. Portanto, a determinação consignada no item 9.1.4.3 do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário deve ser considerada não atendida.

37. Em relação ao item 9.1.3.3 do referido julgado, que trata de condicionantes à execução de investimentos na área comum do porto organizado, o Minfra, com vistas a atender esta Corte de

Contas, estabeleceu disposição normativa exigindo justificativas pelo arrendatário de “que a realização do investimento não ensejará a descaracterização do objeto do contrato de arrendamento” (inciso IV do art. 17 da Portaria Minfra 530/2019). Porém, a determinação não foi plenamente cumprida, pois foi suprimida da norma a necessidade imposta pelo Tribunal de se demonstrar a não descaracterização contratual “mediante a aferição de limites objetivos e subjetivos previstos na avença ou regulamento”.

38. Quanto ao cumprimento do item 9.2.2.4, que exige a criação de “parâmetros e critérios que possibilitem utilizar o cumprimento das obrigações ordinárias do arrendatário (obrigações contratuais) como subsídio para o emprego do instituto”, o ministério buscou demonstrar o seu atendimento estabelecendo regramento condicionando que pleitos de investimentos fora da área arrendada só poderão ser autorizados mediante a demonstração do cumprimento do cronograma de implantação dos investimentos previstos no contrato de arrendamento (inciso IV do artigo 16 da Portaria Minfra 530/2019).

39. Contudo, a exigência imposta por esta Corte de Contas condicionou a aprovação de investimento na infraestrutura comum do porto organizado ao adimplemento das “obrigações contratuais” pela arrendatária, condição muito mais abrangente do que a mera exigência de cumprimento do cronograma de implantação dos investimentos previstos no contrato. Assim, a determinação consignada no item 9.2.2.4 do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário deve ser considerada parcialmente atendida.

40. Em relação à determinação indicada no item 9.2.2.8 o seu cumprimento foi parcial, pois no que tange à necessidade de evidenciação dos custos dos investimentos em área comum do porto organizado e dos impactos para os usuários dos serviços, a solução normativa do Minfra se restringiu a estabelecer mecanismos de transparência do investimento total a ser realizado, *in verbis*:

Art. 60. Caso aprovado preliminarmente o pleito de alteração contratual, será remetida cópia do processo à Antaq para que exerça suas competências.

Parágrafo único. Em caso de aprovação preliminar de investimento na infraestrutura comum do porto, a Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários promoverá a publicação na internet, no sítio do Ministério da Infraestrutura, de extrato do plano de investimento aprovado, que conterà no mínimo:

I - descrição sucinta dos ganhos para a operação do porto;

II - valor total do investimento na infraestrutura comum do porto;

III - prazo para a implementação do investimento;

IV - planta georreferenciada de alocação do investimento no porto;

V - croqui do empreendimento na área comum. (grifos acrescentados)

41. Ademais, ao que parece, a intenção do Ministro Relator ao fixar a divulgação dos custos foi o de promover maior controle social, conforme depreende-se de trecho de seu Voto:

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 **prestigar 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** (grifos acrescentados).

42. Em relação aos itens 9.1.4.5 e 9.2.3.1, que versam sobre a substituição de áreas arrendadas, a norma regulatória apresentada pelo Minfra não condiciona à aprovação do pleito a demonstração da equivalência econômica das áreas permutadas:

Art. 39. O arrendatário interessado na substituição da área arrendada deverá apresentar requerimento em que constem as seguintes informações, além de outras que sejam consideradas pertinentes:

I - descrição dos ganhos operacionais à atividade portuária que decorreriam da substituição de área, quando o pleito estiver baseado na hipótese prevista no inciso I do caput art. 37;

II - identificação do fato superveniente que tenha inviabilizado a utilização da área original, quando o pleito estiver baseado na hipótese prevista no inciso II do caput art. 37;

III - descrição da área que pretende ocupar, informando sua localização, características e atual ocupação; e

IV - o plano de investimentos, conforme dispõe o art. 10, quando houver.

Parágrafo único. A administração do porto deverá se manifestar sobre a vantajosidade e o interesse em ver realizada a substituição de áreas, esclarecendo o impacto do pleito na melhoria da logística de movimentação em seu mercado relevante e a compatibilidade do pleito com o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto - PDZ.

Art. 45. A substituição de área deverá respeitar o PDZ do porto e preservará a finalidade do arrendamento.

§ 1º **A área arrendada poderá ser substituída, no todo ou em parte, por área não arrendada com metragem equivalente no mesmo porto organizado.**

§ 2º Os termos aditivos tendentes a efetivar a substituição de áreas de arrendamento deverão ser submetidos ao controle prévio do Tribunal de Contas da União. (grifos acrescentados)

43. Conforme depreende-se do trecho destacado acima, a regulação realizada pelo Minfra considerou que a equivalência de metragem substitui a econômica, em flagrante afronta a posição desta Corte de Contas, conforme depreende-se do Voto do Ministro Relator:

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** (grifos acrescentados).

44. Pelos motivos elencados acima, a determinações referentes aos itens 9.1.4.5 e 9.2.3.1 do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário devem ser consideradas não atendidas.

CONCLUSÃO

45. Por todo exposto, constatou-se que diversas determinações do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário ainda carecem de atendimento pleno. Portanto, propõe-se a oitiva do Minfra para que esclareça as divergências apontadas nesta instrução entre a Portaria Minfra 530/2019 e os itens

9.4.1, 9.1.1, 9.2.1.1, 9.2.1.5, 9.2.2.1, 9.1.4.3, 9.1.3.3, 9.2.2.4, 9.2.2.8, 9.1.4.5 e 9.2.3.1 do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário. No que tange ao cumprimento dos itens 9.1 e 9.4 da mesma deliberação, deve ser promovida diligência ao Minfra para que encaminhe a esta Corte as análises efetuadas que demonstrem o atendimento pleno aos referidos itens.

46. No âmbito da Antaq, observou-se que a verificação do cumprimento dos itens 9.2.1.7, 9.2.2.3, 9.2.2.7 e 9.2.2.10 do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário depende do envio de documentos comprobatórios. Assim, deve ser promovida diligência ao órgão regulatório para que as informações comprobatórias sejam encaminhadas.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

47. Diante do exposto e considerando a delegação de competência atribuída pelo inciso I do art. 1º da Portaria-MIN-AA 1, de 21/7/2014 c/c inciso I do art. 2º da Portaria SeinfraPortoFerrovia, de 3/7/2019, submetam-se os autos à consideração superior propondo realizar:

I.a) com fundamento no art. 157 do RI/TCU, diligência:

I.a.1) à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) para que, no prazo de 15 dias, sejam atualizadas as informações referentes ao cumprimento dos itens 9.2 a 9.4 do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, em especial os itens 9.2.1.7, 9.2.2.3, 9.2.2.7, 9.2.2.10, ou, alternativamente, apresentem as justificativas e a identificação dos responsáveis pelo não atendimento das deliberações; e

I.a.2) ao Ministério da Infraestrutura (Minfra) para que, no prazo de 15 dias, informe se, desde a ciência do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, ocorreu algum dos casos previstos nos itens 9.1 e 9.4 do referido acórdão, e em caso afirmativo, encaminhe a esta Corte as análises efetuadas que demonstrem o atendimento aos referidos itens;

II) com fundamento no art. 250, inciso V, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, oitiva do Ministério da Infraestrutura, para que, no prazo de quinze dias, manifeste-se sobre as divergências apontadas nesta instrução entre a Portaria Minfra 530/2019 e os itens 9.4.1, 9.1.1, 9.2.1.1, 9.2.1.5, 9.2.2.1, 9.1.4.3, 9.1.3.3, 9.2.2.4, 9.2.2.8, 9.1.4.5 e 9.2.3.1 do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário; e

III) encaminhar cópia desta instrução para subsidiar as respostas da Antaq e do Minfra.

SeinfraPortoFerrovia, 11 de junho de 2020.

(Assinado eletronicamente)

Luciano Sasaki Cordeiro

AUFC – Mat. 6.552-8